



ILÍCITO DO ESTADO

KELSEN, Hans. *L'illecito dello Stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

RESENHA

POR:

Nathalia Ferreira Masson¹

1 A OBRA DE HANS KELSEN

Hans Kelsen nasceu em Praga em 11 de outubro de 1881 e morreu em Berkeley, Califórnia, EUA, em 11 de abril de 1973. Praticamente toda sua formação profissional se deu em Viena, Áustria, onde se doutorou em Direito (no ano de 1906, na Universidade de Viena), e começou a lecionar, primeiro na Academia de Exportação do Real e Imperial Museu de Comércio de Viena em 1909 e, posteriormente, como professor em direito constitucional e filosofia do direito, na Faculdade de Direito de Viena.

Kelsen se tornou mundialmente conhecido como o autor da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2003). Observe-se, porém, que a teoria pura não é tão somente o título de uma obra e sim de um empreendimento que tencionava livrar o Direito de elementos estranhos² a uma leitura jurídica de seu objeto – isto é, visava desconsiderar a influência de outros campos do conhecimento como o político, o social, o econômico, o ético e o psicológico, uma vez que estes em nada contribuíam para a descrição das normas jurídicas – possibilitando que o Direito se elevasse à posição de verdadeira ciência jurídica. Desde, pois, a publicação de sua primeira importante obra *Problemas Fundamentais do Direito Público* em 1911, até nos últimos meses de sua vida – os quais dedicou à elaboração de uma ampla obra que levaria o nome de *Teoria Geral das Normas*, mas que infelizmente não

¹ Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/RJ. Professora da Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora.

E-mail: nathaliamasson@yahoo.com.br

² Ao expor as razões por que qualifica de *pura* sua teoria do Direito, logo nos primeiros parágrafos da *Teoria Pura do Direito*, edição de 1934, Kelsen afirma que “si ella se califica como teoría ‘pura’, es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como derecho. Es decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños” (KELSEN *apud* MÉTALL, 1976, p. 4). Tradução livre: “se ela se qualifica como teoria ‘pura’, é porque pretende assegurar um conhecimento dirigido somente ao direito, e porque pretende eliminar deste conhecimento tudo aquilo que não pertence ao objeto exatamente especificado como direito. Vale dizer: quer livrar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”.

foi terminada; tendo sido, todavia, seu primeiro capítulo publicado, postumamente, em alemão em 1965 e inglês em 1973 – Kelsen se ocupou deste projeto: elaborar uma teoria do direito positivo capaz de superar os particularismos regionais.

Caso o desenvolvimento histórico das teorias se desse como outrora se pensava, isto é, de forma cumulativa e retilínea, possivelmente a Teoria Pura do Direito de Kelsen – em virtude não só dos êxitos encontrados em seu campo de aplicação, o Direito, como também por ser extremamente racional e lógica – poderia ter se firmado como um paradigma, no sentido Kuhniano¹. Esta teoria se tornou internacionalmente conhecida e forneceu as bases dos novos estudos para a Teoria do Direito, não obstante muitas foram as críticas recebidas, nem sempre construtivas.

Em meio ao desenrolar deste projeto Kelsen publica, no ano de 1913 – quando ainda iniciava sua carreira acadêmica como professor na Faculdade de Direito de Viena – a obra que aqui nos interessa, qual seja, *O Ilícito do Estado*, consistente em um amplo tratado sobre o ilícito estatal, no qual se ocupou, simultaneamente, dos atos estatais irregulares e da capacidade das pessoas jurídicas para delinqüir.

2 O ILÍCITO DO ESTADO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em apertada síntese, o que Kelsen procura responder através dessa obra é se juridicamente podemos falar em um ilícito do Estado, bem como o significado de ilícito e as implicações de seu reconhecimento.

Para o autor, a teoria do direito do Estado – como uma teoria jurídica dogmática, à medida que se ocupa da aquisição de conceitos fundamentais gerais de direito – é uma disciplina normativa. Mas isso não significa que tal disciplina, enquanto ciência jurídica, deva criar normas jurídicas, como se legislador fosse, exercendo uma função volitiva, mas simplesmente reconhecer tais normas (tal como fazem a ética e a gramática, que não criam normas morais ou lingüísticas, e sim as

¹ Preceitua o autor que as crises são uma pré-condição necessária para que haja a emergência de novas teorias, todavia é fato constatado que os cientistas não renunciam logo ao paradigma que os conduziu à crise. Para tanto, é imperioso que uma nova teoria surja como alternativa. De acordo com Kuhn “o juízo que leva os cientistas a rejeitarem uma teoria previamente aceita, baseia-se sempre em algo mais do que essa comparação da teoria com o mundo. Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro, e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, *bem como* sua comparação mútua” (com grifos no original). Menciona, ainda, Kuhn, quatro condições para que se dê a transição da ciência normal, a saber, critério de pertencimento, de fundação, de aplicação e, por fim, de ampliação (Cf. KUHN, 2001, p. 61).

reconhecem como tais); exercitando, pois (como verdadeira ciência), uma função cognoscitiva. Seu objeto, portanto, será o dever-ser, principalmente o jurídico; não será o acontecer efetivo, o ser real. Em razão disso, não deve a ciência explicar causalmente o suceder efetivo como fazem as disciplinas explicativas, nem deve determinar quais coisas devem necessariamente ocorrer e porque ocorrem, seu fim é compreender as normas jurídicas, as quais estabelecem que alguma coisa (e qual coisa) deve acontecer. Seu âmbito de atuação é o ideal e não o real. Dessa incompatibilidade lógica entre o ser e o dever-ser nasce a nítida distinção entre o explicativo e o normativo.

O resultado alcançado pela obra é de natureza normativa. A reprovação, sempre recorrente, de que a obra não trata da vida social é rechaçada sob o argumento de que tal viés não diz respeito ao trabalho – uma vez que a vida social é objeto (sempre em contraste com as normas) tão-somente da sociologia ou psicologia social. Já a doutrina jurídica e a doutrina do direito do Estado têm como objeto as normas, e sua finalidade é aquela de proceder conceitualmente. Por esta razão, o autor não entra em discussão com aqueles que não partem deste mesmo objeto, nem perde tempo discutindo com aqueles que não aceitam a idéia de que é possível construir conceitos gerais, válidos para todo o ordenamento.

Ninguém pode, também, objetar que ele supervaloriza as possibilidades da lógica. A partir das palavras introdutórias que ele escreve qualquer pessoa será capaz de perceber que a lógica é usada só no âmbito que lhe diz respeito. Abandoná-la para Kelsen é uma covardia, se não do coração, do cérebro, e por esta razão ele afirma que pensar (!) é a primeira virtude que a ciência confere aos seus adeptos, e se, para alcançar a solução de um problema jurídico científico, o pesquisador deve escolher entre uma estrada longa e mais difícil – porque somente percorrida a partir dos pressupostos anteriormente dados –, que requer maior esforço conceitual, e uma mais curta e cômoda, mas ilógica – porque diretamente contra os pressupostos dados – ele não hesita em escolher, nesse aparente dilema entre o pensamento lógico e o econômico, o lógico.

2.2 ESTRUTURAÇÃO DA OBRA

Em termos formais, a obra contém uma introdução explicativa, quatro grandes capítulos – Capítulo I – Il principio generale, Capítulo II – L’illecito penale e civile dello Stato, Capítulo III – L’atto statale imperfetto e Capítulo IV – Illecito dello Stato e responsabilità per suoi organi¹ — além de uma nota (escrita à semelhança de uma síntese conclusiva) do tradutor.

Substancialmente, pode-se dizer que no primeiro capítulo (O princípio geral) o autor enfrenta a grande questão da obra: saber se o Estado pratica ilícitos, e se os pratica, em quais termos isso é pensável. Inicia o estudo analisando o antigo dogma do direito constitucional inglês que afirmava que o Rei não poderia praticar nenhum ilícito: “*The king can do no wrong.*” Com isto se exprimia, antes de tudo, quanto (e o quanto!) valia o monarca para o Estado Moderno; em outros termos, o monarca nunca violava o ordenamento jurídico, simplesmente porque não estava sujeito a tal ordenamento. No entanto, esta exceção do monarca ao ordenamento não era absoluta, uma vez que subsistia a possibilidade do Estado se obrigar em termos civilistas; logo, a proposição enunciada ao início é justa e verdadeira, desde que excluída a limitação do monarca a prática de um ilícito civil – isto é, ele podia violar uma *parte* do ordenamento jurídico, aquela passível de sanção civil.

Esse dogma passou a assumir um outro significado com a moderna teoria jurídica do Estado, que concebe o monarca somente como um símbolo do Estado e afirma a impossibilidade de um comportamento ilícito não por parte do monarca como pessoa física, mas sim do Estado como pessoa jurídica. De fato, para Kelsen, a impossibilidade do ilícito estatal não pode evidentemente ser motivada juridicamente do mesmo modo que o juízo que exprime a incompatibilidade entre a posição do monarca e qualquer violação do direito. Esta incompatibilidade se funda na posição extrajurídica que o monarca ocupa. No entanto, do ponto de vista de uma teoria do direito estatal, não é possível conceber o Estado como externo ao ordenamento jurídico, já que a personalidade unitária do Estado só é concebida através do ordenamento jurídico. Aqueles, portanto, que consideram a existência extrajurídica do Estado, possuem, para o autor, um posicionamento que podemos considerar irrelevante.

Destarte, se o Estado não pode cometer qualquer ilícito, tal particularidade não se funda no fato de que ele está fora do ordenamento jurídico, como o monarca, mas sobre o fato de que ele é infalível juridicamente (mas ainda sim está no ordenamento e abaixo dele).

¹ A tradução para o português pode ser feita da seguinte forma: Capítulo I – O princípio geral, Capítulo II – O ilícito penal e civil do Estado, Capítulo III – O ato estatal imperfeito e Capítulo IV – O ilícito do Estado e a responsabilidade pelos seus órgãos.

Kelsen acena, pois, para o fato de que a moderna doutrina do direito estatal é inclinada a aceitar um dogma: o de que o Estado não pode praticar um ilícito. Todavia, sua posição sobre o assunto não é nada precisa.

Em verdade o que pode ser encontrado na doutrina são duas posições a respeito do tema: temos os chamados rigorosos – que excluem a possibilidade de ocorrer um ilícito do Estado, pois isto contradiz determinados pressupostos da construção jurídica – e como a práxis induz a não formular o problema de maneira tão intransigente, temos a segunda corrente, dos que entendem que o Estado não pode praticar ilícitos, sendo tal posição uma regra, passível, no entanto, de ser excetuada. A esta regra corresponderia tão-somente um Estado ideal; na realidade imperfeita da práxis constitucional teriam lugar as exceções¹.

Sobretudo Georg Jellinek², tentou solucionar o problema desta maneira. Para Kelsen, com tais posições não se resolve o problema e sim o ignora. De fato, se o Estado pode realizar um ilícito – e ao Estado é atribuído somente um postulado ideal, de que ele deve evitar um ilícito – ele é colocado no mesmo plano de todos os outros sujeitos jurídicos. Neste ponto, todavia, parece que existe uma distinção a ser feita entre o ilícito do Estado e o das outras pessoas. Principalmente porque estes últimos são os sujeitos sempre apresentados como os possíveis transgressores do Direito. Caso se aceite o princípio fundamental da moderna doutrina de direito estatal, que o Estado é pessoa jurídica submetida ao ordenamento e, como todas as outras pessoas, sujeito de direitos e deveres, esta parificação parece antes de tudo compreender em si a possibilidade de um ilícito estatal. Se o Estado-pessoa tem obrigações jurídicas é evidente que ele também pode violá-las.

¹ Atualmente tem-se discutido a utilidade em separar as normas jurídicas em categorias estanques, numa dicotomização que estabelece, de antemão, o que é regra e quais são as exceções que podem vir a ressaltá-la. Para a moderna doutrina de Direito Italiano – podemos citar Pietro Perlingieri como um dos expoentes – essa classificação não depende de uma qualificação anterior e genérica, mas sim do papel que a norma exerce no sistema, depende da *ratio* que ela exprime, do valor que representa para o ordenamento. Destarte, pode-se perfeitamente sustentar que nem todas as normas reconhecidas como regras o são verdadeiramente, mas certamente são as que possuem caráter axiológico elevado por resultarem diretamente de princípios e valores de relevância constitucional, como os inspirados na tutela, na garantia e na promoção da dignidade da pessoa. Não são, pois, regras (ou exceções) as normas que a lei diz que o são, tal análise deverá ser feita em cada caso, a partir de considerações acerca das diretrizes constitucionais, o que nos leva a crer que doutrinas construídas sobre esta base carecem de consistência. Como já mencionado, na obra Perlingieri, encontramos argumentos significativos a sustentar tal tese. De tal problema não carece, todavia a obra de Kelsen, de forma que toda a explanação acerca da desnecessidade da dicotomização do ordenamento como um sistema de regra-exceção serve, tão somente, para apontar a falta de técnica das teorias construídas deste modo e em oposição à Kelseniana (PERLINGIERI, 1999).

² Hans Kelsen, nos meses em que esteve em Heidelberg trabalhando em sua obra *Problemas Fundamentais do Direito Público*, não assistia a nenhum curso, exceto os seminários de Georg Jellinek, os quais não corresponderam às suas expectativas. Tempos antes de partir para Heidelberg Kelsen havia estudado com atenção as principais obras de Jellinek, tendo concluído que suas teorias sobre o Estado eram aceitáveis, mas, ao revés, suas teorias sobre Teoria do Direito eram pouco originais. Suas impressões sobre o professor pioraram quando o conheceu. Jellinek estava sempre rodeado por um impenetrável círculo de alunos bajuladores que nada de útil produziam, tão-somente recitavam os escritos do mestre, o que impossibilitava que a sala de aula se tornasse um local apto a desencadear discussões frutíferas acerca de novas teorias. Kelsen logo se desentendeu com Jellinek, o que não o impediu, todavia, de continuar a se debruçar sobre os trabalhos do professor, analisando-os e por vezes criticando-os, tal como ocorre na obra aqui analisada. (cf. MÉTALL, 1976, p. 18 e 19).

Em verdade a distinção principiológica que deve ser feita entre o Estado e as pessoas, é que a vontade do Estado-pessoa é o próprio conteúdo do ordenamento jurídico. Em verdade, o Estado não é considerado pela moderna doutrina do direito estatal como um sujeito submetido ao ordenamento, mas sim como o portador unitário do ordenamento. Enquanto a vontade expressa no ordenamento jurídico é, para os outros sujeitos, uma vontade externa, com a qual suas vontades individuais podem entrar em contradição, ao Estado-pessoa não se contrapõe uma vontade externa, mas a sua própria. É, pois, para Kelsen, inconcebível uma contradição material entre a vontade do Estado como sujeito de direitos e deveres e a vontade do Estado como portador do ordenamento jurídico.

Acaso se entenda como possível visualizar o Estado em dois momentos distintos – primeiro no ordenamento jurídico como um Estado que manifesta uma vontade, e depois, no Poder Executivo como o Estado que age (que cumpre com suas obrigações e faz valer seus direitos) – a hipótese de um ilícito estatal, isto é, de uma *fattispecie* imputável ao Estado que viola o ordenamento jurídico, significaria que o Estado quer no ordenamento jurídico exatamente o contrário do que faz ou põe em ação através do Poder Executivo. Neste caso teríamos duas vontades discordantes mas emanadas do mesmo ente, pois estaríamos frente a uma manifestação discordante da vontade do Estado enquanto ordenamento, mas em consonância com a vontade do Estado enquanto Poder Executivo.

Parece evidente que tal posicionamento viola o pressuposto fundamental da construção jurídica do Estado: uma vontade unitária e, conseqüentemente, uma personalidade única.

Kelsen adverte que os críticos podem opor, como consideração final, que a tese por ele defendida da unidade do Estado não seja necessária, quiçá admissível. No entanto, adverte o autor, seria tão impraticável um perfeito isolamento formal e material do Estado-pessoa nas suas duas formas fenomênicas, que só é lícito aceitar uma distinção de forma entre o Estado como sujeito do ordenamento e como pessoa jurídica do Poder Executivo, vez que somente sob este viés eles podem ser contrapostos e lidos de maneira absolutamente independente.

A teoria do Estado como portador e sujeito do ordenamento jurídico objetivo mereceu do autor rica análise.

Partindo da consideração de todo o ordenamento jurídico como uma soma de normas jurídicas de mais diverso conteúdo, como vontade de um único sujeito, a conclusão imperiosa é que isto não pode ter um conteúdo psicológico. Uma vontade psíquica pode ser somente a de um homem, e, pergunta-se, enquanto vontade de um homem seria suficiente

para conter todo o ordenamento jurídico de um estado moderno? Em verdade, naturalmente se conclui que a configuração de um ordenamento jurídico como vontade de um único sujeito não pode ter nenhum senso psicológico, somente lógico. Essa vontade pode somente exprimir que todo o ordenamento jurídico (as numerosas normas jurídicas de diverso conteúdo) pode ser reconduzido a um único ponto.

Quando se diz do Estado que todo o ordenamento jurídico contém uma vontade sua, com isto se quer dizer que todo o ordenamento jurídico contém uma vontade única, ou seja, uma vontade que não se contradiz. Ou que cada norma jurídica exprime a vontade de um idêntico sujeito, significando que as numerosas normas jurídicas nunca se contradizem entre si, não se excluem logicamente, mas sim se completam reciprocamente formando um sistema unitário.

Tentar personificar o Estado nos reconduz a análises tão complexas quanto ilógicas. Se for possível tentar estabelecer um paralelo entre o ordenamento jurídico e o universo, é como se dissemos que assim como tudo no universo remete à vontade de Deus, tudo no ordenamento referiria ao Estado. Desta forma, assim como é inconcebível um pecado de Deus, impensável também seria um ilícito do Estado. A personificação do Estado é útil somente para compreender de forma unitária o mundo normativo, é, pois, simbólica e convencional. A solução apontada pelo autor é abandonar a visão de que o Estado é uma pessoa, organicamente definida, mas sim um centro de imputação. O que isto significa? Vejamos.

Quando dizemos que o Estado puniu um indivíduo – ou administra um órgão ou constrói uma escola –, queremos dizer que certas ações humanas não são atribuídas aos homens que as praticaram fisicamente e sim ao Estado, pois ele é o ponto conclusivo de um processo de reconstrução de uma ‘fattispecie’ em torno de um centro, o Estado é o termo final do processo de imputação¹.

Desta idéia uma importante conclusão pode ser alcançada: se o ordenamento é fruto direto da vontade estatal, e todas as possibilidades de imputação de delitos estão subordinadas a previsões normativas, como conceber que num primeiro momento o Estado

¹ Kelsen diferencia a imputação da causalidade, ressaltando, no entanto, que as duas partem da mesma proposição: um julgamento hipotético que liga alguma coisa como condição, a outra coisa como consequência. A diferença é que o princípio da causalidade afirma que se A existe, B existe (ou existirá), enquanto o princípio da imputação afirma que se A existe, B deve existir. Nos dizeres do autor “a diferença entre causalidade e imputação é que a relação entre a condição, que na lei da natureza é apresentada como causa, e a consequência, que é aqui apresentada como efeito, é independente de um ato humano ou sobre-humano; ao passo que a relação entre condição e consequência afirmada por uma lei moral, religiosa ou **jurídica** é estabelecida por atos de seres humanos ou sobre-humanos. É justamente este significado específico da ligação entre condição e consequência que é expresso pelo termo ‘dever ser’”. (Sem grifos no original). Outra diferença apontada pelo autor é que o número de vínculos na imputação não é infinito como na causalidade, ou seja, “(...) existe um ponto final de imputação, mas não um ponto final de causalidade”, (KELSEN, 2001, p. 331 e 332).

quis punir determinado comportamento e depois o pratica, ensejando então uma punição operada por si mesmo? Caso aceitássemos tal contra-senso, do Estado querer algo e praticar uma ação completamente diversa, ocasionando uma punição efetivada por ele próprio, poderíamos dizer que existe sim o ilícito do Estado. Todavia, salta aos olhos o monstro jurídico que tal criação é!

Vê-se, pois, já no segundo capítulo (O ilícito penal e civil), que é em oposição a teoria organicista de Gierke¹, que Kelsen define a pessoa jurídica – substrato jurídico do Estado-pessoa – como o centro de imputação de ‘fatispecies’ determinadas pelo ordenamento jurídico positivo. Ele tenciona rebater a juridicidade do conceito de órgão, produto de uma qualificação normativa que se põe como um ‘prius’ lógico, antes que jurídico, da imputação ao Estado. A ação da pessoa jurídica não é outra senão uma ação praticada por um órgão e a esse é imputada em virtude de uma norma positiva do ordenamento jurídico dado. No entanto, se para imputar um ilícito civil é condição necessária e suficiente a previsão normativa, a argumentação do autor demonstra como a não configuração de um ilícito penal de pessoa jurídica deriva de um limite intrínseco ao processo de imputação.

Em primeiro lugar a distinção entre ilícito civil e penal repousa na distinção do tipo de sanção imposta a cada um, isto é, enquanto para o segundo existe previsão de pena, para o primeiro a sanção é a execução forçada. Pode-se apontar ainda a necessidade de haver a imperiosa comprovação de culpa nos ilícitos penais e não nos ilícitos civis. Como a imputação penal vai, pois, depender sempre de uma análise dos processos interiores (da psique) e é sabido que estes são estranhos às pessoas jurídicas, tem-se, mais uma vez, demonstrada a impossibilidade de um ilícito estatal (assim como de qualquer outra pessoa jurídica).

Cumprе ressaltar que a inadmissibilidade das pessoas jurídicas serem responsabilizadas penalmente é praticamente unânime entre os autores penalistas contemporâneos – cite-se como exemplo a opinião de Rogério Greco (2006, p.153), Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 361). Dois são os principais motivos que nos levam a não reconhecer a capacidade penal destes entes, quais sejam, a falta de capacidade ‘natural’ de ação e a carência de capacidade de culpabilidade. Tal entendimento remonta as obras de Savigny e Feuerbach, todavia, desde que adotamos o Finalismo (teoria proposta

¹ Uma das teorias que pretende explicar o Estado enquanto unidade sociológica é a doutrina de que o Estado é um organismo natural, sendo que sob essa perspectiva a sociologia é a biologia do Estado. Para Kelsen, tal biologia poderia ser rejeitada como absurda se não fosse a circunstância de ter uma importância política muito grande. Afirma o autor que o objetivo verdadeiro desta teoria não é explicar cientificamente o fenômeno do Estado, mas sim frisar o valor do mesmo enquanto instituição. Otto Gierke é o mais ilustre expoente da teoria orgânica (KELSEN, 2001).

por Hans Welzel nos idos de 1931) tornou-se ainda mais distante tal possibilidade, principalmente porque esta teoria propugna um conceito de ação mais forte que outrora, não mais confundido com o mero provocar, e sim baseado no efetivo querer dirigido finalisticamente à obtenção de um resultado, previamente representado na mente do sujeito. Destarte, tal conduta só pode ser produto do agir de um homem e não de uma pessoa jurídica.

A impossibilidade, portanto, da ocorrência de um ilícito estatal não decorre da ausência de uma previsão normativa, mas sim da impossibilidade de não identificarmos a vontade do Estado (enquanto portador do ordenamento) com sua vontade exteriorizada (através do Poder Executivo). E este pressuposto tem tanto valor que inclusive é útil para desclassificarmos também a ocorrência de ilícitos civis por parte do Estado. Ora, a aceitação de que o Estado comete atos ilícitos, ainda que cíveis, necessariamente contradiz o postulado acima firmado (da vontade unitária). O argumento material lançado contra esta tese de que é o patrimônio estatal que sustenta a execução forçada nos casos em que um ilícito civil tem lugar, não é suficiente para desconstruir a argumentação jurídica de Kelsen, vez que o órgão que age em desconformidade com a vontade do Estado e, pois, pratica um ilícito, exorbita sua esfera de dever jurídico, não exprimindo mais a vontade do Estado (como queria Gierke, com sua teoria orgânica).

A conclusão a que se chega é que o órgão que age contrariamente ao preceituado pelo Estado pratica, ele próprio, um ilícito civil. Não há uma proibição para estes órgãos que cumprem a tarefa de representar o Estado de não cometerem ilícitos, mas sim uma impossibilidade, pois a representação cessa quando termina a ação baseada na vontade do Estado e se inicia a contrária a referido querer.

Na seqüência (Capítulo III O ato estatal imperfeito) o autor diferencia o ato estatal imperfeito (proibido, mas possível), do ilícito do Estado (impossível, mas não proibido). Neste capítulo Kelsen permanece firme na convicção de que o Estado não pode praticar ilícitos, afastando-se, ainda mais, da doutrina tradicional que costuma equiparar estas duas figuras.

Para o autor o ato imperfeito deve ser entendido como um ato que não corresponde em ponto algum aos requisitos estabelecidos pelo ordenamento (quer pela lei, quer pelo costume). Todavia, um ato estatal que não respeita o previsto no ordenamento não poderia ser um ato estatal, a rigor tal expressão seria uma contradição de termos – isso se não tivéssemos vícios que não implicam na nulidade absoluta do ato e que, por conseguinte, autorizam a utilização desta expressão.

No quarto capítulo (O ilícito do Estado e a responsabilidade pelos seus órgãos), o professor inicia a conclusão do seu trabalho afirmando que a questão sobre se o Estado pode ou não agir ilicitamente é exclusivamente um problema de construção jurídica. Conseqüentemente estão erradas as opiniões segundo as quais o princípio de que o Estado não pode cometer ilícito tem validade delimitada somente para o campo do ideal e não pode ser realizado sem exceção na práxis do Estado concreto. Kelsen discorda. De fato, a expressão consagrada no Direito Inglês “*The king can do no wrong*” não deve corresponder à práxis, jamais, mas sim à teoria do Estado, e não se deve atribuir a esta o significado de que a legislação e administração devam incomodar-se, ou dar-se o trabalho, de evitar o ilícito estatal, mas sim que a jurisprudência não pode reconhecer nenhum ato como um ato ilícito do Estado. Exatamente nisto consiste o erro de G. Jellinek, segundo o qual em certos casos de suposto ilícito do Estado – por exemplo se o ato imperfeito do órgão, que vai além da sua competência, tem efeito de ato estatal – deriva de ‘*lege ferenda*’ para o Estado a exigência de aumentar as garantias para que haja rígida manutenção da competência. Para Jellinek, somente na imaginação o ilícito do Estado não é possível; todavia Kelsen o refuta ao demonstrar que é função da ciência jurídica estabelecer que não será aceitável (porque impossível) um ilícito do Estado.

Importante, todavia, não confundir a impossibilidade do Estado cometer ilícito com a indispensável responsabilização por estes. Alguns doutrinadores tentam objetar a teoria de Kelsen sob o argumento de que se não podemos imputar ao Estado uma ilegalidade, também não podemos responsabilizá-lo pelos danos. É de todo falsa tal explanação, haja vista o Estado não poder ser tratado diversamente dos demais sujeitos de obrigações; logo o Estado tem a obrigação de ressarcir os danos, o que não nos obriga a imputá-lo à prática do ilícito. São duas coisas distintas, conforme afirma o autor: “Apesar de nenhum delito, no sentido do Direito nacional, poder ser imputado ao Estado, o Estado pode, contudo, ser obrigado a reparar o dano que consiste no não-cumprimento de sua obrigação.” (KELSEN, 2000, p. 287).

Vê-se, destarte, que um órgão do Estado é obrigado a anular o ato antijurídico cometido por um indivíduo que, como órgão do Estado, era obrigado a cumprir a obrigação do Estado mas não o fez, a punir esse indivíduo e a reparar com o patrimônio do Estado o dano juridicamente causado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, ressalte-se que Hans Kelsen nunca abandonou as deduções alcançadas na obra aqui sob análise, haja vista o fato de as ter mantido, de forma estável e segura, em seus principais estudos desenvolvidos posteriormente – tais como a *Teoria Pura do Direito*, a *Teoria Geral do Direito e do Estado* e *O que é a Justiça?* Na *Teoria Pura* (KELSEN, 2003, p. 337 e 338), Kelsen não hesita em afirmar que o Estado não pode praticar, de forma alguma, um ilícito, fundamentando sua posição no fato de que o Estado que quer o Direito – porque o Direito é a sua ‘vontade’ – não pode, concomitantemente, querer o ilícito – o não-Direito, pois seria por demais contraditório. Quando um ilícito é praticado, só pode ser um ilícito do indivíduo que o cometeu através de sua conduta, mas nunca um ilícito do Estado, em relação ao qual este indivíduo apenas se comporta como órgão quando sua conduta é autorizada pela ordem jurídica enquanto criação, aplicação, ou observância do Direito, mas não enquanto violação do Direito. A violação do Direito sai da autorização ou competência conferida a um órgão do Estado e não é, por isso, atribuível ao Estado.

Neste mesmo sentido são seus apontamentos na *Teoria Geral do Direito e do Estado* (KELSEN, 2000, p. 287) quando afirma que “O Estado não pode – falando-se de modo figurado – ‘querer’ ambos, o delito e a sanção. O parecer oposto é culpado, pelo menos, de uma inconsistência teleológica”. Mais adiante o autor faz uma consideração, também já apontada pela primeira vez em *O Ilícito do Estado*, relativa à possibilidade do Estado cometer um delito perante a ordem internacional. Nas lições de Kelsen:

Contudo, um delito que é violação do Direito Internacional pode ser imputado ao Estado, exatamente como um delito que é violação do Direito Nacional pode ser imputado a qualquer pessoa dentro da ordem jurídica nacional. Em ambos os casos, pensa-se na função como emanado de uma pessoa, que não aquela a quem é atribuído o delito. A sanção do Direito Internacional é imputada à comunidade jurídica internacional, exatamente como a sanção, no Direito nacional, é imputada ao Estado. Portanto, o Estado não pode cometer um mal no sentido do Direito nacional, mas pode cometer um mal no sentido do Direito internacional. (KELSEN, 2000, p. 287).

Em *O que é a Justiça?* o autor é explícito ao afirmar que seus estudos desenvolvidos na obra por ora analisada, ainda não foram desmentidos: “Tanto quanto sei, os argumentos propostos naquele estudo nunca foram refutados”. (KELSEN, 2001, p. 298)

Por todo o exposto, vê-se que a obra *O ilícito do Estado* é digna de apreciação tanto para os acadêmicos, quanto para os aplicadores do Direito interessados em ampliar seu

conhecimento acerca da natureza e dos elementos componentes do conceito de Estado na obra de Hans Kelsen – este excepcional jurista que se destaca pela extensa (e de ótima qualidade) produção acadêmica, devidamente marcada por um posicionamento crítico, sem cuja observância estar-se-ia fadado a uma mera repetição do discurso tradicional, e pela seriedade e entusiasmo com o qual sustenta suas teorias e contesta as demais.

REFERÊNCIAS

- GRECO, R. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 7 ed. Niterói: Impetus, 2006.
- KELSEN, H. O direito como técnica social específica. In: ---. **O que é Justiça?** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, H. **O que é a justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, H. **Que es la teoria pura del derecho?** 9. ed. Córdoba: Fontamaras, 2002.
- KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas** [Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira] 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- MÉTALL, R. A. **Hans Kelsen, Vida y Obra**. México: Instituto de Investigações Jurídicas, 1976.
- PERLINGIERI, P. **Forma dei negozi e formalismo degli interpreti**. 4. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1999.
- ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte general**. 3. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.