

## O ILÍCITO DO ESTADO: UM PROBLEMA DE “ESTÉTICA DO PENSAMENTO” (A PROPÓSITO DE HANS Kelsen, O ILÍCITO DO ESTADO\* )\*\*

### THE ILLICIT ACT OF THE STATE: A PROBLEM OF “AESTHETICS OF THOUGHT” (ON HANS Kelsen, THE ILLICIT ACT OF THE STATE)

### EL ILÍCITO DEL ESTADO: UN PROBLEMA DE “ESTÉTICA DEL PENSAMIENTO” (SOBRE HANS Kelsen, EL ILÍCITO DEL ESTADO)

BERNARDO SORDI

<http://orcid.org/0000-0001-7555-5834> / [www.unifi.it/p-doc2-2015-0-A-2b32392e3a2b-1.html](http://www.unifi.it/p-doc2-2015-0-A-2b32392e3a2b-1.html)  
[/bernardo.sordi@unifi.it](mailto:bernardo.sordi@unifi.it)

Università degli studi di Firenze (Itália)

#### RESUMO

No presente trabalho, tentaremos entender o notável valor estratégico que a tese da impossibilidade (*Nichtkönnen*) para o Estado de cometer ilícitos possuía na obra do jurista austríaco Hans Kelsen. Tal tese, afirmada pela primeira vez em 1911 nos *Hauptprobleme* e depois explicada em detalhes no ensaio *Über Staatsunrecht* (“Sobre o ilícito do Estado”) de 1913-14, nasce ainda totalmente imersa na estática jurídica e é uma consequência logicamente necessária da unidade da vontade estatal (*Staatswille*), constituindo uma passagem argumentativa obrigatória para evitar uma grave antinomia interna do sistema e a ruptura da unidade entre Estado e ordenamento jurídico. A questão é, sobretudo, de estética conceitual e sua solução encontra-se na ideia de ilícito do órgão, que, não representando a totalidade do ordenamento jurídico, não incorre em nenhuma contradição lógica ao violar o direito: no órgão que viola o direito, cessa de agir o Estado. Abrem-se, assim, as portas também para a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus próprios órgãos sob a forma de responsabilidade civil por fato de outrem.

**Palavras-chave:** Hans Kelsen; Ilícito do Estado; Ilícito do órgão; Responsabilidade do Estado.

#### ABSTRACT

We will try to understand the remarkable strategic value that the thesis of the impossibility (*Nichtkönnen*) for the State to commit illicit acts had in the work of Austrian jurist Hans Kelsen. This thesis, first stated in 1911 in the *Hauptprobleme* and later explained in detail in the essay *Über Staatsunrecht* (“On the illicit act of the state”) of 1913-14, was still totally immersed in the nomostatics and is a logically necessary consequence of the unity of the state’s will (*Staatswille*), constituting a mandatory step to avoid a serious internal antinomy in the system and the rupture of the unity between the state and the law. The issue is, above all, one of conceptual aesthetics and its solution is in the idea of illegality of the state organ, which cannot fall in any logical contradiction when violating the law since it does not represent the totality of the legal system: in the organ that violates the law, the state ceases to act. As a consequence, the liability of the state for damages caused by its organs becomes possible in the form of civil liability for someone else’s fact.

**Keywords:** Hans Kelsen; State’s illicit act; Illicit act of the state organ; State liability.

\* Kelsen, Hans. *L’illecito dello Stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

\*\* Tradução de Alexander de Castro. Revisão de Arno Dal Ri Jr.

## RESUMEN

En este trabajo, tratamos de comprender el notable valor estratégico que tuvo la tesis de la imposibilidad (*Nichtkönnen*) de que el Estado cometa ilícitos en la obra del jurista austriaco Hans Kelsen. Esta tesis, enunciada por primera vez en 1911 en el *Hauptprobleme* y luego explicada en detalle en el ensayo *Über Staatsunrecht* (“Sobre el ilícito del Estado”) de 1913-14, estaba todavía totalmente inmersa en la estática jurídica y es una consecuencia lógicamente necesaria de la unidad de la voluntad del Estado (*Staatswille*), constituyendo un paso obligado para evitar una grave antinomia interna en el sistema y la ruptura de la unidad entre el Estado y el ordenamiento jurídico. El tema es, sobre todo, de estética conceptual y su solución está en la idea del ilícito del órgano estatal, que no puede caer en contradicción lógica al violar la ley ya que no representa la totalidad del ordenamiento jurídico: en el órgano que viola la ley, el Estado deja de actuar. En consecuencia, la responsabilidad del Estado por los daños causados por sus órganos se hace posible bajo la forma de responsabilidad civil por hecho ajeno.

**Palabras clave:** Hans Kelsen; Ilícito del Estado; Ilícito del órgano estatal; Responsabilidad del Estado.

## SUMÁRIO

1 O ILÍCITO DO ESTADO: UM PROBLEMA DE “ESTÉTICA DO PENSAMENTO” (A PROPÓSITO DE: HANS KELSEN, O ILÍCITO DO ESTADO); REFERÊNCIAS.

# O ILÍCITO DO ESTADO: UM PROBLEMA DE “ESTÉTICA DO PENSAMENTO” (A PROPÓSITO DE HANS KELSEN, O ILÍCITO DO ESTADO)

Somente com um rígido autocontrole, um atento leitor dos *Hauptprobleme* kelsenianos poderia esconder a própria surpresa frente à afirmação tão peremptória quanto chocante da infalibilidade jurídica do Estado. Todavia, não podiam vir-lhe em socorro erros de leitura ou de interpretação: o princípio segundo o qual “die Staatsperson kann nicht Unrecht handeln”<sup>12</sup> era afirmado com letras muito claras para que eventuais incompreensões pudessem parecer justificadas.

A plena limitação da autoridade estatal através das malhas do ordenamento jurídico, perseguida, entre os mil problemas postos pela definição do poder legislativo e executivo, nas densas páginas do volume, já poderia - é verdade - colocar o leitor na direção dos significados profundos de um princípio afirmado de modo tão rigoroso. Mas devia ser o próprio Kelsen a considerar necessário explicitar plenamente daqueles significados, pois em poucos anos dedicaria ao tema do ilícito do Estado um ensaio específico, precisamente aquele que hoje é oferecido ao público italiano graças à tradução e à atenta organização de Angelo Abignente.

<sup>1</sup> Nota do tradutor: “A pessoa jurídica do estado não pode comportar-se ilicitamente”.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen: Mohr, 1911, p. 447. Citamos a partir da impressão da segunda edição, KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Aalen: Scientia Verlag, 1960.

A tese da impossibilidade (*Nichtkönnen*) para o Estado de cometer ilícitos possuía, portanto, aos olhos do jurista austríaco um notável valor estratégico. Tentaremos entender por quê.

O ensaio não veio à luz isolado; aparece em 1913-14, em anos particularmente ricos de contribuições kelsenianas e de fecundas realizações teóricas. Kelsen está desenvolvendo os resultados alcançados nos *Hauptprobleme* e, através de uma contraposição frontal com a doutrina dominante, de Otto Mayer a Karl Kormann, de Walter Jellinek a Richard Thoma, está verificando as potencialidades ínsitas na dissolução da pessoa jurídica do Estado em um simples “ponto” final do processo de imputação jurídica.

Os objetos de estudo variam, assim, dos princípios fundamentais aos institutos, do conceito de Estado de direito à distinção entre lei formal e material, do negócio de direito público ao ilícito do Estado<sup>3</sup>, enquanto se anunciam já as primeiras formulações da teoria da *Grundnorm* (1914) e aquela “colaboração” com Adolf Merkl que consolidará a nascente Escola de Viena em torno do estudo “dinâmico” dos processos de criação do direito<sup>4</sup>.

*Über Staatsunrecht* é um trabalho ainda bem inserido na estática jurídica, representa mais um apêndice dos *Hauptprobleme* que a antecipação de futuras inovações construtivas, revelando-se plenamente funcional ao horizonte problemático aberto pelo volume de 1911.

Com os *Hauptprobleme*, são comuns já as coordenadas fundamentais: também em *O ilícito do Estado*, os laços teóricos confluem todos para a relação entre *Rechtsordnung* e *Exekutive*, sob cuja marca desenvolvem-se, de resto, expressamente as primeiras páginas do

<sup>3</sup> Recordemos KELSEN, Hans. Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung. *Juristische Blätter*, 42, pp. 229-232, 1913, agora em KELSEN, Hans. Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBEK, H. (hrsg.). *Die Wiener Rechtstheoretische Schule: ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merks und Alfred Verdross*. Bd. 2. Wien: Europa Verlag, 1968, pp. 1255-1264; KELSEN, Hans. Rechtsstaat und Staatsrecht. *Österreichische Rundschau*, 36, pp. 83-94, 1913, agora em KELSEN, Hans. Rechtsstaat und Staatsrecht. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBEK, H. (hrsg.). *Die Wiener Rechtstheoretische Schule: ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merks und Alfred Verdross*. Bd. 3, Wien, 1968, pp. 1255-1264; KELSEN, Hans. Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, pp. 53-98, 1913. Para uma análise desses trabalhos kelsenianos, seja-nos permitido reenviar às nossas páginas, SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica del primo dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 102 e ss. *O Ilícito do Estado* aparece, porém, com o título “Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt” em *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 40, pp. 1-114, 1913-14.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 32, pp. 202-245, 1914, onde já se individualiza uma “oberste Norm” que se torna “der archimedische Punkte von dem aus die Welt der juristischen Erkenntnis in Bewegung gesetzt wird”.

ensaio. O tema do ilícito não é nada mais do que um caso particular no qual pode emergir uma perigosa contradição entre vontade e ação dentro da pessoa jurídica estatal. A negação da possibilidade lógica de um ilícito do Estado representa por isso uma consequência necessária para garantir a unidade do *Staatswille*, constitui uma passagem argumentativa obrigatória para apagar uma grave antinomia interna do sistema.

O objetivo que o jurista coloca-se nessas páginas não é senão o de limpar o campo de um insidioso prisma conceitual - o Estado que comete ilícitos - que poderia chegar a danificar irremediavelmente a identificação entre Estado e ordenamento.

O valor estratégico do *Staatsunrecht* está todo aqui, no risco que dos sutis delineamentos dogmáticos do ilícito reemerja uma realidade do Estado diferente de sua identidade com o ordenamento jurídico, ressurgja aquela construção antropomórfica contra a qual se obstinaram tantas páginas dos *Hauptprobleme*<sup>5</sup>.

É certo que o tema é essencialmente de “estética do pensamento”, de “construção jurídica”<sup>6</sup>: o que importa é, antes de tudo, uma necessidade de coerência lógica. Não se trata, entretanto, de um simples exercício retórico, considerando que da proclamada identidade entre Estado e ordenamento deriva a possibilidade mesma de um tratamento jurídico das funções estatais.

A negação da possibilidade lógica do ilícito não pode esposar, conseqüentemente, argumentações tradicionais. Não pode nem mesmo favorecer a criação de uma responsabilidade “especial” dos órgãos do Estado “limitada” pela imperatividade conexa ao exercício das funções soberanas e, por isso, de algum modo privilegiada no que concerne aos sujeitos do direito comum.

A única especificidade presente, o único elemento diferencial que deve distinguir nitidamente o Estado das outras pessoas jurídicas - e que requer por isso um especial tratamento do ilícito - deve necessariamente consistir na sua identificação com o ordenamento jurídico.

Mesmo que à primeira vista possa parecer paradoxal, exatamente a tese oposta que reconhece a possibilidade lógica do *Staatsunrecht* proclama a autonomia do Estado em relação ao ordenamento jurídico, a sua realidade de pessoa jurídica e por isso também a possibilidade para a autoridade estatal de exteriorizar-se “aus eigener Kraft”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. em particular KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Aalen: Scientia Verlag, 1960, pp. 162 e ss., o capítulo dedicado a “Der Wille des Staates”.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *L'illecito dello Stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 49.

<sup>7</sup> N. do T.: “pela própria força”. MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Vol. 1. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895, p. 74; e para a elaboração de um sistema de responsabilidade do Estado

São muitos os pontos de contato com as teses expostas pouco tempo antes na obra *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*<sup>8</sup>, naquelas páginas nas quais a crítica à dicotomia entre direito público e direito privado tinha sido construída através de uma refutação pontual das teses de Otto Mayer sobre negócio de direito público, na precisa perspectiva de reconduzir a especificidade publicística à racional unidade do ordenamento jurídico.

Sem essa conexão problemática e cronológica - como sublinha também Abignente - partes inteiras do ensaio sobre o ilícito teriam por resultado um escasso significado.

Pense-se no longo capítulo dedicado ao ato estatal imperfeito, que constitui uma verdadeira integração do ensaio sobre o negócio de direito público. Trata-se de um específico tratamento da patologia dos atos de Estado e do seu sistema de validade, e que vê Kelsen confrontar-se não mais tanto com Mayer, quanto com os “discípulos” Walter Jellinek e Karl Kormann<sup>9</sup>.

O tema da contenda faz-se mais sutil, o *Mehrwert*<sup>10</sup> oculta-se desde já em refinadas sistemáticas dos atos que prosseguem e confirmam o programa da *Umbildung*<sup>1112</sup> dos institutos civilistas, que inauguram a “parte geral” do direito público. No centro do debate está a distinção entre nulidade e anulabilidade, ainda uma vez um problema de categoria, de estreita construção dogmática. Os contornos práticos são apenas sinalizados, permanecem no fundo, escondidos nos diversos efeitos - declarativos ou constitutivos - da sentença que confirma a invalidade. Os unilateralismos de Mayer parecem quase uma recordação, atenuados pelo consciente uso de categorias gerais e pelo perfeito domínio das construções civilistas.

Mesmo nesse caso, entretanto, se a construção de um sistema de invalidade dos atos do Estado parece direcionar-se a uma dimensão completamente dogmática, a orientação de

---

especificamente publicístico cfr. MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Vol. 2. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895, pp. 345 e ss.

<sup>8</sup> N. do T.: “Para uma doutrina do negócio de direito público”. KELSEN, Hans. *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, pp. 53-98, 1913.

<sup>9</sup> JELLINEK, Walter. *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen: eine Verwaltungs- und prozessrechtliche Studie*. Tübingen: Hirschfeld, 1908; KORMANN, Karl. *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*. Berlin: Springer, 1910, especialmente pp. 203 e ss; reimpressão: KORMANN, Karl. *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*. Aalen: Scientia Verlag, 1962.

<sup>10</sup> N. do T.: “valor agregado”.

<sup>11</sup> N. do T.: “reorganização”.

<sup>12</sup> FLEINER, Fritz. *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentlichen Recht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1906.

fundo do “método hoje dominante” pressupõe de qualquer modo, para Kelsen, “uma contraposição a priori entre direito público e privado”<sup>13</sup>.

O asséptico sistema de invalidade ainda evoca, portanto, aquela dicotomia público-privado que deve ser recomposta na unidade do ordenamento e de seus vínculos normativos.

Não é possível afirmar com Kormann “a prevalente validade do princípio de anulação” no direito público no que diz respeito ao direito privado somente porque, coerentemente com a afirmação que quer o ato administrativo “em si mesmo” e “não determinado como o negócio jurídico pelo ordenamento”<sup>14</sup>, fica-se obrigado a elaborar uma disciplina especificamente publicística também sobre os limites entre nulidade e anulabilidade: com a não irrelevante consequência que o ato administrativo ilegítimo - não sendo, na maior parte dos casos, nulo mas simplesmente anulável - conservará intacto o próprio valor vinculante até à pronúncia judiciária de anulação<sup>15</sup>.

Para Kelsen, ao contrário, a regra será única e esta deverá ser - na ausência de uma expressa disposição normativa de anulação - a nulidade do ato imperfeito, no direito privado como no direito público, em plena simetria com o resultado negativo do qual vai ao encontro, neste caso, a tentativa de imputação jurídica. Uma distinção entre nulidade e anulabilidade que se apoie na contraposição público-privado, portanto, “deve ser absolutamente excluída”. O princípio condutor é de lógica jurídica e deve basear-se em uma “consideração jurídico-formal” que deve ser unitária para todos os ordenamentos<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *L'illecito dello Stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 93.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *L'illecito dello Stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, pp. 94-5. Mas veja-se todo o parágrafo dedicado a “A delimitação das fronteiras entre nulidade e anulabilidade com base na contraposição entre direito privado e público”, KELSEN, Hans. *L'illecito dello Stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, pp. 89 e ss.

<sup>15</sup> KORMANN, Karl. *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*. Berlin: Springer, 1910, pp. 216 e ss.

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *L'illecito dello Stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, pp. 90-91 e 99. Somente para oportuna informação do leitor, recordamos que sobre as relações entre nulidade e anulabilidade Kelsen retornará a elas nas obras posteriores, chegando a significativos ajustamentos. Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: F. Deuticke, 1934, pp. 84 e ss.; KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1945, tradução italiana: KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità, 1959, pp. 156 e ss. Se se adota a tese da construção dinâmica do direito, o problema da validade tende, de fato, a identificar-se essencialmente com um problema de correspondência entre normas de grau inferior e superior, na perspectiva de garantir a unidade do ordenamento jurídico e evitar qualquer “contradição” na “hierarquia do direito”. No plano dos efeitos jurídicos, poderão, assim, verificar-se para Kelsen apenas duas hipóteses: uma validade plena - ou seja uma conformidade entre norma inferior e superior - e uma validade restrita - ou seja a possibilidade de que a norma de grau inferior seja anulada pelo órgão ao qual compete examinar a sua conformidade à norma superior. A nulidade perde assim a própria centralidade, determinando simplesmente “o mais alto grau de anulabilidade”, coerentemente com o princípio com base no qual: “uma norma é sempre válida,

Se para definir as condições e determinar os efeitos daqueles juízos de anulação que o ordenamento jurídico “subtraiu da autoridade lógica do indivíduo e reservou à autoridade do Estado” será necessária uma disposição de direito positivo, no caso da nulidade será suficiente “o silêncio do ordenamento” e por isso o recurso aos princípios lógicos gerais, para eliminar um ato que, enquanto nulo, pertence simplesmente ao “não jurídico”. O ato nulo possui, portanto, no plano dos efeitos jurídicos, uma disciplina coerente e não “problemática”: é um ato não imputável, “um não-ato do Estado”, um nada jurídico. Um resultado negativo do processo de imputação e o conseqüente juízo de nulidade excluem qualquer contradição lógica entre Estado-ordenamento e Estado-pessoa<sup>17</sup>.

Problemas muito mais graves abrem-se, ao contrário, quando se passa do plano da invalidade àquele da ilicitude dos atos do Estado. Com ilícito, Kelsen identifica aqui “segundo a única concepção justa, uma figura típica qualificada positivamente pelo ordenamento jurídico e precisamente aquela à qual é coligada uma sanção: pena ou execução forçada”<sup>18</sup>.

Ora, se para uma pessoa física ou jurídica o ilícito constitui uma violação do ordenamento plenamente hipotizável e - como dir-se-á nas obras posteriores<sup>19</sup> - a própria “condição” da sanção, para o Estado o ilícito representa, ao contrário, o resultado de uma radical contraposição de vontade, de uma insanável contradição entre vontade e ação, entre o comando jurídico desejado pelo Estado no ordenamento e a ação executada pelo Estado através de seus órgãos.

Isso comprometeria gravemente a arquitetura lógica do sistema: o Estado transgrediria uma própria ordem sua e agiria, desse modo, contra a própria vontade; demonstraria que, ao mesmo tempo, “deseja seja o ilícito, seja a sanção”<sup>20</sup>.

Talvez seja agora mais claro por que aos olhos de Kelsen a negação da possibilidade de um ilícito do Estado representava uma passagem conceitual obrigatória.

São exatamente as exigências de coerência interna do sistema que tornam imprescindível evitar a “absurda representação” de um “Estado que destrói a si mesmo”<sup>21</sup>, que insidia todas as reconstruções do ilícito civil do Estado nos termos da execução forçada.

---

não pode ser nula, mas pode ser anulada”. A nulidade está, assim, “além do sistema jurídico”, confinada na hipótese residual da nulidade absoluta, na qual qualquer sujeito do ordenamento, sem necessidade de recorrer a um especial procedimento jurídico, poderá anular aquela “alguma coisa” que tem somente aparência de norma jurídica. (KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità, 1959, pp. 162-63).

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *L'illecito dello Stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, pp. 101-103.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. *L'illecito dello Stato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 110.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità, 1959, p. 53.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità, 1959, p. 204.

A solução do combate é, entretanto, somente formal e almeja simplesmente restabelecer uma linearidade comprometida, uma estética conceitual ofuscada por uma construção jurídica do caso particular exageradamente tributária de uma assimilação do Estado à pessoa jurídica de direito privado.

O perigo de uma fratura lógica da unidade do *Staatswille* é removido, desse modo, graças a uma reprimada distinção entre personalidade do Estado e personalidade dos órgãos. Nenhuma concessão, portanto, aos privilégios da soberania: distinção entre *imperium* e fisco, limitação de responsabilidade, limitações às ações impetráveis e às efetivas possibilidades de execução sobre o patrimônio estatal estão fora de questão. Não é nos contornos tradicionalmente referidos ao direito civil do Estado que se encontram as objeções e as críticas ao instituto da execução forçada contra o Estado. O nó a desatar é de construção jurídica; em última análise, há somente um erro de subsunção - se assim se pode dizer - que deve ser corrigido.

Ao ilícito civil do Estado e à imagem da execução forçada substitui-se, em modo talvez um pouco óbvio, o ilícito do órgão, não só incapaz de abraçar a totalidade do ordenamento jurídico, mas também, finalmente, possível autor da violação. O ilícito volta a ser conceitualmente hipotizável; desaparece a divergência das vontades pela simples razão de que, no órgão que viola o direito, cessa de agir o Estado. Vontade e ação recompõem-se, a contradição se dissolve; o órgão inadimplente é substituído, na execução da norma, por um órgão do Estado: o juiz da execução.

A ação do Estado é restituída à realidade dos aparatos administrativos, enquanto a atrelagem à pessoa física titular do órgão permite redescobrir uma possibilidade de violação do ordenamento: também as normas e penas disciplinares podem assim encontrar uma coerente colocação sistemática, vindo a sancionar as obrigações e os ilícitos dos órgãos estatais.

Preservada a coerência lógica entre vontade e ação, também uma responsabilidade do Estado pelos danos causados pelos próprios órgãos não pode encontrar dificuldade excessiva para ser configurada. Tratar-se-á, quando muito, de um problema de “determinação jurídico-positiva”, mas não há dúvidas de que a política legislativa deve-se mover nessa direção: enfim “um sentimento jurídico refinado, guiado pela ideia social, não simplesmente pela justiça individual, requer em numerosos casos uma responsabilidade do Estado pelos ilícitos de seus

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità, 1959, p. 53.

órgãos no exercício do império”<sup>22</sup>. O instituto da responsabilidade civil por fato de outrem está, de resto, já pronto para descrever os casos relativos. Infalibilidade jurídica do Estado e responsabilidade demonstravam, assim, que podiam ainda coexistir, ao menos no mundo da “estética do pensamento”.

O postulado de infalibilidade jurídica do Estado, de resto, teria conhecido nas obras kelsenianas sucessivas até mesmo uma ulterior consolidação. No ensaio de 1913 há ainda espaço para uma, limitada, exceção: o Estado pode ser reconhecido como autor, ao menos, de ilícitos internacionais. Ordenamento interno e ordenamento internacional constituem ainda dois sistemas independentes, caracterizados por duas distintas vontades que, com a benção da lógica jurídica, bem podem ser divergentes. O Estado, completamente transfigurado no próprio ordenamento, mas ainda distinto daquele internacional, voltava a ser “capaz” de um ilícito, colocando-se no lugar de todas as outras pessoas jurídicas.

A tese - como é notório - será destinada a ser radicalmente superada com a adesão do jurista austríaco a uma perspectiva monista do direito internacional. Identificada “com suficiente clareza a unidade do direito estatal e do direito internacional”<sup>23</sup>, fundidos um e outro ordenamento em um sistema unitário, também o delito internacional do Estado chegava ao limiar do *Nichtkönnen* para ser excluído do mundo do juridicamente possível.

Naquele momento, as exigências de estética conceitual ou - como outros já sublinharam - de uma “unidade da imagem jurídica”<sup>24</sup> teria decisivamente alcançado a supremacia.

## REFERÊNCIAS

CARRINO, Agostino. Presentazione. In: KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale**: contributo per una dottrina pura del diritto. Milano: Giuffrè, 1989, pp. XIII-XX.

FLEINER, Fritz. **Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentlichen Recht**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1906.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. **Teoria generale del diritto e dello Stato**. Milano: Edizioni di Comunità, 1959, pp. 126-28.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts**: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre. Tübingen: Mohr, 1920, tradução italiana: KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale**: contributo per una dottrina pura del diritto. Milano: Giuffrè, 1989, p. 215.

<sup>24</sup> CARRINO, Agostino. Presentazione. In: KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale**: contributo per una dottrina pura del diritto. Milano: Giuffrè, 1989, pp. XIII-XX, p. XII.

---

JELLINEK, Walter. **Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen: eine Verwaltungs- und prozessrechtliche Studie.** Tübingen: Hirschfeld, 1908.

KELSEN, Hans. **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre.** Tübingen: Mohr, 1920.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State.** Cambridge (USA): Harvard University Press, 1945.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze.** Tübingen: Mohr, 1911.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze.** Aalen: Scientia Verlag, 1960.

KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto.** Milano: Giuffrè, 1989.

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

KELSEN, Hans. Rechtsstaat und Staatsrecht. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBEK, H. (hrsg.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule: ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merks und Alfred Verdross.** Bd. 3, Wien, 1968, pp. 1255-1264.

KELSEN, Hans. Rechtsstaat und Staatsrecht. **Österreichische Rundschau**, 36, pp. 83-94, 1913.

KELSEN, Hans. Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Bd. 32, pp. 202-245, 1914.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik.** Leipzig und Wien: F. Deuticke, 1934.

KELSEN, Hans. **Teoria generale del diritto e dello Stato.** Milano: Edizioni di Comunità, 1959.

KELSEN, Hans. Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt. **Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart**, Bd. 40, pp. 1-114, 1913-14.

KELSEN, Hans. Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung. **Juristische Blätter**, 42, pp. 229-232, 1913.

KELSEN, Hans. Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBEK, H. (hrsg.). **Die Wiener Rechtstheoretische Schule: ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merks und Alfred Verdross.** Bd. 2. Wien: Europa Verlag, 1968, pp. 1255-1264.

KELSEN, Hans. Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. **Archiv des öffentlichen Rechts**, 31, pp. 53-98, 1913.

KORMANN, Karl. **System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts.** Berlin: Springer, 1910.

KORMANN, Karl. **System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts.** Aalen: Scientia Verlag, 1962.

MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht.** Vol. 1. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895.

MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht.** Vol. 2. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895.

SORDI, Bernardo. **Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica del primo dopoguerra.** Milano: Giuffrè, 1987.

Artigo convidado

#### COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

SORDI, Bernardo. O ilícito do Estado: um problema de “estética do pensamento” (a propósito de Hans Kelsen, o ilícito do estado). **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 16, n. 3, e71686, set./dez. 2021. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369471686>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/71686> Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2021 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira, Angela Araujo da Silveira Espindola e Bruna Bastos



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

#### SOBRE O AUTOR

##### BERNARDO SORDI

Professor ordinário em tempo integral de história do direito medieval e moderno. Desenvolveu atividades de pesquisa no Hans Kelsen Institut de Viena e no Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt sobre o Meno. Ensinou história do direito italiano na Università di Camerino. De 2003 a 2012 dirigiu o Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Faz parte da redação dos “Quaderni fiorentini”. Trabalha com história da administração pública e do direito administrativo.