

CAPÍTULO 5

As relações entre os ordenamentos jurídicos

1. *A pluralidade dos ordenamentos*

Consideramos até agora os problemas que nascem *no interior* de um ordenamento. Existe ainda outro a ser tratado para completar aquela teoria do ordenamento jurídico que nos havíamos proposto desde o início: o problema das relações entre os ordenamentos, ou melhor, os problemas, se quisermos nos exprimir com uma fórmula correspondente, que nascem *no exterior* de um ordenamento. É uma questão pouco tratada até agora, do ponto de vista da teoria geral do Direito. Este capítulo não será outra coisa senão o esboço de um assunto que deveria ser tratado muito mais amplamente.

A primeira condição para que se possa falar de relações entre os ordenamentos é que os ordenamentos jurídicos existentes sejam mais do que um. O ideal do ordenamento jurídico único persistiu no pensamento jurídico ocidental. O prestígio do Direito romano, primeiro, e o do Direito natural, depois, determinaram o surgimento e a duração da ideologia de um único Direito universal, do qual os direitos particulares não eram outra coisa senão especificações históricas. Mais do que indagar as relações entre ordenamentos diferentes, tratava-se de colocar em evidência as relações dos vários Direitos particulares com o único Direito universal. Um dos problemas mais discutidos no âmbito da ideologia universalista do Direito foi, justamente, o das relações entre Direito positivo e Direito natural.

Os processos através dos quais a ideologia universalista do Direito decaiu são dois, principalmente, e sucederam-se no tempo. Se chamarmos de “monismo jurídico” a idéia universalista, com base na qual existe um só ordenamento jurídico universal, e de “pluralismo jurídico” a idéia oposta, poderemos dizer que o pluralismo jurídico percorreu duas fases.

A primeira fase é a que corresponde ao nascimento e ao desenvolvimento do *historicismo jurídico*, que, sobretudo através da escola histórica do Direito, afirma a nacionalidade dos direitos que emanam direta ou indiretamente da consciência popular. Desta forma, ao direito natural único, comum a todos os povos, se contrapõem tantos Direitos quantos são os povos ou as nações. Do assim chamado gênio das nações, que constituirá um dos motivos recorrentes das doutrinas nacionais do século passado, é produto típico também o Direito. Essa primeira forma de pluralismo tem caráter estatista. Há não apenas um, mas muitos ordenamentos jurídicos, porque há muitas nações, que tendem a exprimir cada uma num ordenamento unitário (o ordenamento estatal) a sua personalidade, ou se quisermos, o seu gênio jurídico. Essa fragmentação do Direito universal em tantos Direitos particulares, interdependentes entre si, é confirmada e teorizada pela corrente jurídica que acabou por prevalecer na segunda metade do século passado: falo do *positivismo jurídico*, isto é, da corrente segundo a qual não existe outro Direito além do Direito positivo, e a característica do Direito positivo é ser criado por uma vontade soberana (o positivismo jurídico identifica-se com a concepção voluntarista do Direito). Onde existe um poder soberano existe um Direito e, todo poder soberano sendo por definição independente de qualquer outro poder soberano, cada Direito constitui ordenamento autônomo. Há tantos Direitos diferentes entre si quantos são os poderes soberanos. Que os poderes sobe-

ranos sejam muitos e independentes é um fato. Partindo do dogma voluntarista do Direito, um Direito universal não pode ser concebido senão pela hipótese de um único poder soberano universal; esta hipótese dera origem à idéia de que o Direito emanasse de uma única vontade soberana, a vontade de Deus, e os singulares poderes soberanos históricos fossem emanações diretas ou indiretas da vontade de Deus. Porém, a idéia foi abandonada ao surgir o pensamento político moderno, no qual a idéia universalista do Direito reapareceu sob a forma do Direito natural, cujo órgão criativo não era mais a vontade, mas a razão. Mas, reconhecendo-se novamente como fonte do Direito não a razão, mas a vontade, e tendo caído a concepção teológica do universo na filosofia e nas ciências modernas, derivará, como consequência inevitável, o pluralismo jurídico.

A segunda fase do pluralismo jurídico é aquela que podemos chamar de *institucional* (para distingui-la da primeira, que podemos chamar de estatal ou nacional). Aqui “pluralismo” tem um significado mais pleno (tanto que, se se fala de “pluralismo” sem maiores especificações, nos referimos a esta corrente e não à precedente): significa não somente que há muitos ordenamentos jurídicos (mas todos do mesmo tipo), em contraposição ao Direito universal único, mas que há ordenamentos jurídicos de *muitos e variados tipos*. Chamamo-lo de “institucional” porque a sua tese principal é a de que existe um ordenamento jurídico onde existe uma instituição, ou seja, um grupo social organizado. As correntes de pensamento que lhe deram origem são as mesmas correntes sociológicas, anties-tatais, que vimos na origem da escola do livre Direito (no § 3 do capítulo anterior) Também a teoria institucional é um produto da descoberta da sociedade abaixo do Estado. A consequência dessa teoria é uma ulterior fragmentação da idéia universalista do Direito, e, entende-se, um en-

riquecimento do problema, que se torna cada vez mais complexo e cheio de perspectivas, referente ao relacionamento entre ordenamentos. Aceitando a teoria pluralista institucional, o problema do relacionamento entre ordenamentos não compreende mais somente o problema das relações entre ordenamentos estatais, mas também o das relações entre ordenamentos estatais e ordenamentos diferentes dos estatais. Entre os ordenamentos não-estatais, distinguiamos quatro tipos:

a) ordenamentos *acima* do Estado, como o ordenamento internacional e, segundo algumas doutrinas, o da Igreja Católica;

b) ordenamentos *abaixo* do Estado, como os ordenamentos propriamente sociais, que o Estado reconhece, limitando-os ou absorvendo-os;

c) ordenamentos *ao lado* do Estado, como o da Igreja Católica, segundo outras concepções, ou, também, o internacional, segundo a concepção chamada “dualística”;

d) ordenamentos *contra* o Estado, como as associações de malandros, as seitas secretas, etc.

Constatada a queda da concepção universalista do direito, não queremos com isso dizer que o universalismo jurídico tenha morrido também como exigência moral ou como tendência prático-política. Ao contrário, o universalismo como tendência nunca morreu, e nestes últimos anos, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial e da criação da Organização das Nações Unidas, está mais vivo do que nunca. O universalismo jurídico ressurgiu hoje não mais como crença num eterno Direito natural, mas como vontade de constituir um *Direito positivo único*, que recolha em unidade todos os Direitos positivos existentes, e que seja produto não da natureza, mas da história, e esteja não no início do desenvolvimento social e histórico

(como o Direito natural e o estado de natureza), mas no fim. A idéia do Estado mundial único é a idéia-limite do universalismo jurídico contemporâneo; é uma unidade procurada não contra o positivismo jurídico, com um retorno à idéia de um Direito natural revelado à razão, mas através do desenvolvimento, até o limite extremo, do positivismo jurídico, isto é, até a constituição de um Direito positivo universal.

2. *Vários tipos de relação entre ordenamentos*

Como as normas de um ordenamento podem ser dispostas em ordem hierárquica, nada exclui que os vários ordenamentos estejam num relacionamento entre si de superior para inferior. A pirâmide que nasce no interior de um ordenamento pode prolongar-se fora do ordenamento, se alguns ordenamentos de um certo tipo são subordinados a um ordenamento superior e este, por sua vez, a outro, e assim por diante. A imagem da pirâmide das normas pode ser completada com a imagem da pirâmide dos ordenamentos. Por isso uma primeira classificação das relações entre ordenamentos pode ser feita com base no diferente grau de validade que eles têm em relação ao outro. Distingamos assim:

- a) relações de coordenação;
- b) relações de subordinação (ou reciprocamente de supremacia).

Relacionamentos típicos de *coordenação* são aqueles que têm lugar entre Estados soberanos e dão origem àquele particular regime jurídico, próprio do relacionamento entre entes que estão no mesmo plano, que é o regime pactuário, ou seja, o regime no qual as regras de coexistência são o produto de uma autolimitação recíproca. Relaciona-

mentos típicos de *subordinação* são, por outro lado, os verificados entre o ordenamento estatal e os ordenamentos sociais (associações, sindicatos, partidos, igrejas, etc.), que têm estatutos próprios, cuja validade deriva do reconhecimento do Estado. Na concepção curialista das relações entre Estado e Igreja, relação de subordinação é também aquela intercorrente entre o ordenamento fundado sobre a *potestas temporalis* e o fundado sobre a *potestas spiritualis*. Há uma concepção das relações entre ordenamentos estatais e ordenamento da comunidade internacional (o Direito internacional), dita concepção monística do Direito internacional, segundo a qual a relação entre Direito internacional e Direitos estatais é uma relação entre superior e inferior.

Um segundo critério de classificação do relacionamento entre ordenamentos é aquele que leva em conta a diferente *extensão* recíproca dos respectivos âmbitos de validade. Aqui podemos ter três tipos de relação:

- a) de exclusão total;
- b) de inclusão total;
- c) de exclusão parcial (ou inclusão parcial).

Exclusão total significa que os âmbitos de validade de dois ordenamentos são delimitados de maneira a não se sobreporem um ao outro em nenhuma das suas partes. Podemos tomar como exemplo típico o de dois ordenamentos estatais que excluem-se totalmente (salvo alguma exceção) com respeito à validade espacial das respectivas normas jurídicas: podem ser representados como dois aros que não têm nenhum ponto em comum. Estado e Igreja, ao invés, podem ser concebidos como se excluindo um ao outro, se se partir da teoria dos ordenamentos coordenados: aqui, porém, a exclusão ocorre não a respeito da validade espacial (e de fato as normas

da Igreja e as do Estado são válidas no mesmo território), mas a respeito da respectiva validade material (a matéria regulada por um dos ordenamentos é diferente da regulada pelo outro). Com relação à diferente validade material, o ordenamento jurídico e o ordenamento moral são considerados como “excludentes entre si” por parte daqueles que sustentam a teoria segundo a qual o Direito e a moral distinguem-se pelo objeto diferente dos respectivos ordenamentos normativos: o direito regula as ações externas, a moral, as internas.

Inclusão total significa que um dos dois ordenamentos tem um âmbito de validade compreendido totalmente no do outro. Se consideramos, por exemplo, a validade espacial, o ordenamento de um Estado-membro está compreendido totalmente no ordenamento do Estado federal. Considerando também a validade material, o ordenamento da Igreja está totalmente incluído no ordenamento do Estado, numa concepção de tipo erastiana das relações entre Estado e Igreja, isto é, de uma concepção em que não há matérias especificamente espirituais reservadas à Igreja, mas onde a total jurisdição, seja em matéria espiritual, seja em matéria temporal, está reservada ao Estado. Há uma concepção do relacionamento entre Direito e Moral que pode ser representada como exemplo de inclusão total: aquela segundo a qual a extensão das regras jurídicas é mais restrita que a das regras morais, e não há regra jurídica que não seja também regra moral. Essa concepção diz-se também teoria do Direito como “mínimo ético”, para indicar que o Direito no seu conjunto compreende um mínimo de regras morais, aquele mínimo necessário à coexistência (isto é, para evitar o mal pior, que é o da desordem e da guerra).

Exclusão parcial e inclusão parcial significa que dois ordenamentos têm uma parte em comum e uma parte não-comum. Essa situação se verifica quando o ordenamento

estatal absorve ou assimila um ordenamento diferente, como, por exemplo, o ordenamento da Igreja ou o ordenamento de uma associação particular, mas não o absorve totalmente: uma parte do ordenamento absorvido fica então fora do ordenamento estatal e continua a regular o comportamento dos seus membros numa zona que é, em relação ao Estado, de mera licitude; por outro lado, o Estado se estende sobre muitas zonas do comportamento humano que são estranhas àquelas às quais se dirige o ordenamento parcial absorvido. Não importa, para caracterizar tal situação, que seja grande ou pequena a esfera comum: o que importa é que, além da esfera comum, em que dois ordenamentos vieram a coincidir, existam duas outras esferas, nas quais um dos ordenamentos não coincide com o outro. Na questão das relações entre Direito e Moral, a solução que apresenta esses relacionamentos como relacionamentos de inclusão parcial e exclusão parcial é talvez a mais comum: Direito e Moral, segundo esse modo de ver, em parte coincidem e em parte não, o que significa que há comportamentos obrigatórios tanto para um quanto para o outro, mas, além disso, existem comportamentos moralmente obrigatórios e juridicamente lícitos, e, inversamente, comportamentos juridicamente obrigatórios e moralmente lícitos. Que não se deva roubar vale tanto em Moral como em Direito; que se devam pagar as dívidas de jogo vale somente em Moral; que se deva cumprir um ato com certas formalidades para que seja válido somente vale em Direito.

Enfim, se considerarmos os possíveis relacionamentos entre ordenamentos por um terceiro ponto de vista, isto é, tomando como base a validade que um determinado ordenamento atribui às regras de outros ordenamentos com os quais entra em contacto, encontramos-nos frente a três diferentes situações, que esquematicamente podemos formular assim:

- a) indiferença;
- b) recusa;
- c) absorção.

Por situação de *indiferença* entendemos aquela em que um ordenamento considera lícito aquilo que num outro ordenamento é obrigatório: típico exemplo é, por parte de um ordenamento jurídico como o italiano, no qual as dívidas de jogo são obrigações naturais, as obrigações contraídas reciprocamente pelos jogadores. Por situação de recusa entendemos aquela em que um ordenamento considera proibido aquilo que num outro ordenamento é obrigatório (ou, vice-versa, obrigatório aquilo que num outro é proibido): o mais típico exemplo é o das relações entre Estado e associação de malandros. Por situação de absorção, enfim, entendemos aquela em que um ordenamento considera obrigatório ou proibido aquilo que noutro ordenamento é também obrigatório ou proibido. Essa última situação pode assumir duas formas que chamamos de reenvio formal e reenvio material, e, mais simplesmente, *reenvio* e *recepção*. Por “reenvio” entendemos o procedimento pelo qual um ordenamento deixa de regular uma dada matéria e acolhe a regulamentação estabelecida por fontes normativas pertencentes a outro ordenamento; por “recepção” entende-se o procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento.

3. Estado e ordenamentos menores

Na fenomenologia do relacionamento entre os ordenamentos, ocupam lugar à parte as relações entre o ordenamento estatal e certos ordenamentos menores, cuja vida se desenvolve no interior da do Estado e se entrelaça

de várias maneiras com esta. Aqui entendo por “ordenamentos menores” os que mantêm unidos os seus membros para fins parciais e que, portanto, investem somente uma parte da totalidade dos interesses das pessoas que compõem o grupo. Poderíamos chamá-los também de “ordenamentos parciais”, se não fosse o caso de que verdadeiramente “total” não é nem o Estado, nem mesmo o Estado totalitário. Não me deterei a precisar se estes ordenamentos menores são também jurídicos ou não. São considerados jurídicos pela teoria institucional, que se limita a pedir como requisito da juridicidade um mínimo de organização. A questão de serem ou não jurídicos não tem, na presente discussão, relevo particular. Queremos fazer notar que o ordenamento jurídico de um Estado não é um bloco compacto: assim como o geólogo pesquisa os vários estratos da terra, assim também o teórico do Direito deverá colocar-se frente a um ordenamento jurídico na atitude do historiador que nele busca as várias fases de formação. Quando falamos das fontes, no Capítulo 2, distinguimos ordenamentos simples e ordenamentos complexos; já repetimos várias vezes que os ordenamentos estatais são ordenamentos complexos. Podemos dizer agora que não são simples também num outro sentido, isto é, na medida em que são *compostos*: por “compostos” entendemos aqui que são *estratificados*, ou seja, resultantes de uma estratificação secular de ordenamentos diversos, a princípio independentes um do outro e depois, pouco a pouco, absorvidos e amalgamados no ordenamento estatal único ora vigente.

Um dos processos através do qual ocorreu esta estratificação é o procedimento de absorção de um ordenamento jurídico por parte de um outro que, no parágrafo anterior, chamamos de *recepção*. No relacionamento entre Estado e ordenamentos menores, um típico exemplo de recepção são aquelas partes do ordenamento estatal que ori-

ginariamente eram ordenamentos parciais, surgidos em comunidades com interesses e finalidades particulares, como o Direito comercial ou o Direito da navegação, os quais, no início e durante longos séculos, foram o produto da atividade independente dos comerciantes e dos navegadores e, depois, pouco a pouco, introduzidos e integrados no ordenamento estatal único com a progressiva ampliação e reforço do monopólio jurídico do Estado. Entende-se que onde houve a recepção não há mais vestígios do ordenamento originário e somente a busca dos estratos o revelará. E essa busca não tem um relevo jurídico direto, mas um interesse principalmente histórico e para a teoria geral do Direito.

Mas nem sempre ocorre a recepção: por vezes, o processo através do qual o ordenamento estatal utiliza os ordenamentos menores é o do *reenvio*, quer dizer, aquele processo pelo qual um ordenamento não se apropria do conteúdo das normas de outro ordenamento, como ocorre na recepção, mas limita-se a reconhecer a sua plena validade no próprio âmbito. Por exemplo, a vida da família em colônia não está regulada por normas materialmente pertencentes ao ordenamento estatal: está regulada por costumes aos quais o ordenamento estatal atribui validade de normas jurídicas através de um reenvio de caráter geral. Se nos lembrarmos sempre de nossa definição de ordenamento jurídico como conjunto de regras de eficácia reforçada, no caso de ordenamentos menores, ao qual o ordenamento estatal reenvia, poderemos dizer que nos encontramos frente a regras de conduta formadas fora e independentemente do ordenamento estatal, às quais o Estado presta a própria proteção. Veja-se, por exemplo, a referência que a legislação italiana faz, em alguns casos, às regras da *integridade* (artigo 1.175 do C. C.) e às de *integridade profissional* (artigo 2.598, 3, do C. C.): trata-se de regras das relações sociais que são produzidas pelas exi-

gências da convivência e da comunicação em condições particulares de ambiente e de atividade. O legislador italiano não diz quais sejam essas regras; limita-se a reconhecer sua existência e a dar a elas proteção, em determinados casos, como se fossem normas formuladas diretamente pelos próprios órgãos dotados de poderes normativos. Um Estado que venha a incorporar um grupo étnico com costumes, civilização e história muito diferentes das do grupo étnico predominante pode seguir a via da absorção e a da tolerância: a primeira requer, frente ao ordenamento menor, o procedimento que chamamos de recusa, isto é, o do desconhecimento das regras próprias do grupo étnico e da substituição violenta pelas normas já em vigor no ordenamento estatal; a segunda poderá ser realizada através do processo de reenvio, isto é, atribuindo-se às normas, provavelmente a um grupo de normas, formadas integralmente no ordenamento menor, a mesma validade das normas próprias do ordenamento estatal, *como se* aquelas fossem idênticas a estas.

A atitude mais freqüente do Estado em relação às regras de ordenamentos menores e parciais é a da *indiferença*. Isso quer dizer que tais ordenamentos têm suas ordens e suas proibições, mas o Estado não as reconhece. Essas ordens e essas proibições valem para as pessoas que aderem àquele ordenamento, e são condição necessária para a sua participação nele, mas o Estado não dá a elas nenhuma proteção, com a conseqüência de que se torna lícito no ordenamento estatal aquilo que é ilícito no ordenamento não-reconhecido. Típico exemplo dessa atitude é aquela que o Estado geralmente assume frente aos regulamentos dos jogos e dos esportes e às obrigações assumidas pelos jogadores e pelos esportistas entre si. Para o jogo e a aposta, o legislador italiano dispôs, através do artigo 1.933, inciso primeiro, do C. C., que “não cabe ação pelo pagamento de uma dívida de jogo ou de aposta, mesmo se se tratar

de jogo ou de aposta não-proibidos”. Que não caiba ação ao vencedor para obter o prêmio da vitória quer dizer que seu direito não está protegido; e que o seu direito não seja protegido quer dizer que não existe uma obrigação juridicamente relevante do perdedor. Aquilo que é obrigatório entre os jogadores, pagar as dívidas de jogo, não é obrigatório para o ordenamento estatal, isto é, é *lícito* não pagá-las. A dívida de jogo é um caso particular da mais ampla categoria das chamadas obrigações naturais, a que se refere o artigo 2.034 do C. C.; são obrigações para as quais o legislador italiano “não concede ação”, embora excluindo a repetição “sobre algo espontaneamente concedido”. O artigo 2.034 do C. C. fala, em geral, de “deveres morais e sociais” sem outra especificação.

Às vezes a atitude do Estado em relação aos ordenamentos menores é a da recusa. Caso típico, no ordenamento italiano, é o do duelo, que é certamente um comportamento obrigatório no ordenamento legado pelos *gentlemen*, regulado pelo particular código de procedimento conhecido pelo nome de “código cavalheiresco”. Aquilo que é dever para aquele que se considera participante do ordenamento dos *gentlemen* é proibido no ordenamento estatal. O legislador italiano considera o duelo como um delito, sob o título de “tutela arbitrária das próprias razões” (artigos 394-396 do C. P.).

4. *Relações temporais*

As relações mais importantes, e mais merecedoras de estudo, são as que se interpõem entre os ordenamentos estatais, ou entre ordenamentos estatais, de um lado, e ordenamentos originários, aos quais se atribui por comum consentimento caráter de ordenamentos jurídicos, como

o ordenamento internacional e o ordenamento da Igreja Católica.

Tentemos uma classificação dessas relações partindo dos diferentes âmbitos de validade de um ordenamento, em particular dos âmbitos *temporal*, *espacial* e *material*. Se dois ordenamentos se diferenciam com respeito a esses três âmbitos, é provável que não tenham entre si interferência alguma: portanto, um problema de suas relações não é nem colocado em questão. Quando se diz que se encontram entre si em relação de *total exclusão*, diz-se tudo, e não é necessário acrescentar mais nada. O exame do relacionamento entre os ordenamentos torna-se interessante quando estes têm em comum dois desses âmbitos e diferem no terceiro. Basta a diferença de um dos três âmbitos para excluir a sua identificação, isto é, o relacionamento de total superposição que seria tão pouco interessante quanto o da total exclusão. Mas ter em comum dois âmbitos é condição suficiente para o nascimento de interferências recíprocas que merecem alguma atenção.

Podem-se distinguir três tipos de relacionamento entre ordenamentos, conforme o âmbito diferente seja temporal, espacial ou material:

1) dois ordenamentos têm em comum o âmbito espacial e material, mas não o temporal. Trata-se de caso de dois ordenamentos estatais que se sucedem no tempo no mesmo território;

2) dois ordenamentos têm em comum o âmbito temporal e o material, mas não o espacial. Trata-se do relacionamento entre dois Estados contemporâneos, que vigem ao mesmo tempo e, *grosso modo*, regulam as mesmas matérias, mas em dois territórios diferentes;

3) dois ordenamentos têm em comum o âmbito temporal e espacial, mas não o material. Trata-se do relacionamento característico entre um ordenamento estatal e o

ordenamento da Igreja (com particular atenção às igrejas cristãs, sobretudo à Igreja Católica): Estado e Igreja estendem sua jurisdição no mesmo território e ao mesmo tempo, mas as matérias reguladas por um e por outro são diferentes.

Começemos a considerar neste parágrafo o primeiro desses três relacionamentos. Trata-se do relacionamento entre ordenamento velho e ordenamento novo, como se verifica, por exemplo, em seguida a uma revolução, que quebra a continuidade de um ordenamento jurídico (do ponto de vista interno, mas não do ponto de vista do Direito internacional, para o qual vale o princípio *forma regiminis mutata non mutatur ipsa civitas*). O que se entende juridicamente por revolução? Entende-se o abatimento ilegítimo de um ordenamento jurídico preexistente, executado a partir de dentro, e ao mesmo tempo a constituição de um ordenamento jurídico novo. A definição jurídica de revolução causou muitas controvérsias entre os juristas porque apresenta duas faces: com respeito ao ordenamento precedente é um fato ilegítimo (tanto é verdade que, se falir, aqueles que nele se envolveram acabam mal, e não se chama mais nem revolução, mas insurreição e subversão); com respeito ao ordenamento posterior, que dela tira a origem, é o próprio fundamento da legitimidade de todo o ordenamento, isto é, é um fato constitutivo de Direito. A dificuldade está em que, nas duas faces, ela é um fato. Carnelutti viu bem essa dificuldade, e divide os fatos jurídicos em bilaterais e unilaterais, conforme tenham caráter jurídico a situação inicial e a situação final, ou apenas uma das duas, e os unilaterais, por sua vez, em constitutivos (como o costume) e extintivos (como o descostume), e considera a revolução como um dúplice fato unilateral, ao mesmo tempo extintivo (do velho ordenamento) e constitutivo (do novo). E como pode um mero fato produzir direito? A per-

gunta não nos assusta, uma vez que acreditamos que o direito nasce do fato: o fundamento de um ordenamento jurídico é um poder tão grande que possui não só a autoridade de estabelecer normas para os membros de um grupo, mas também a força de fazê-las cumprir por aqueles que não querem saber delas. De qualquer forma, as tentativas para dar uma definição jurídica do "fato" revolução são muitas, mas podem ser reduzidas a uma destas três possibilidades:¹

a) a revolução é por si só um fato jurídico e, portanto, tem uma autonomia jurídica. É a teoria de Romano, segundo a qual a revolução é uma instituição, uma vez que é uma organização estatal em embrião, isto é, um ordenamento jurídico em si mesma, diferente tanto do ordenamento precedente, que se extingue, quanto do que dele vier a surgir;

b) a revolução é um fato juridicamente qualificado do ponto de vista de um ordenamento diferente do estatal. É a tese de Kelsen, segundo a qual a qualificação jurídica de revolução deve ser baseada no Direito internacional: a revolução não é outra coisa senão um dos processos previstos, e portanto legítimos (do ponto de vista do ordenamento internacional), mediante os quais pode ser mudado um ordenamento jurídico estatal;

c) a revolução é um fato jurídico do ponto de vista do próprio Direito interno ao Estado. É a teoria, talvez mais difundida, segundo a qual a *necessidade*, mesmo que não expressa, deve ser considerada entre as fontes do Direito, e a revolução é uma manifestação específica da necessidade, que justifica aquilo que, fora daquele particular estado de necessidade, seria ilegítimo.

(1) Para um exame pormenorizado dos vários problemas ligados à revolução cf. M. A. Cattaneo, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milão, 1960.

É certo, portanto, que com a revolução tem-se uma interrupção na continuidade: ela é como um divisor de águas entre um ordenamento e outro. Mas essa divisão é absoluta? O ordenamento velho e o novo estão em relação de exclusão recíproca entre si? Eis o problema. Mas a resposta só pode ser negativa: a revolução opera uma interrupção, mas não uma completa solução de continuidade; há o novo e o velho; mas há também o velho que se transvasa no novo, e o novo que se mistura com o velho. É um fato que, normalmente, parte do velho ordenamento passa para o novo, e apenas alguns princípios fundamentais referentes à constituição do Estado se modificam. Como se explica essa passagem? A melhor explicação é aquela que recorre à figura da *recepção*. No novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho; e entendem-se de fato recebidas todas aquelas normas que não sejam explícita ou implicitamente abrogadas.

O fato de o novo ordenamento ser constituído em parte por normas do velho não ofende em nada o seu caráter de novidade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas *materialmente* ao primeiro; *formalmente*, são todas normas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. Nesse sentido falamos de recepção, e não pura e simplesmente de permanência do velho no novo. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.

Uma interessante tipologia das atitudes que o novo ordenamento jurídico pode assumir frente ao velho é extraída do Decreto Legislativo de 5 de outubro de 1944, n.º 249, sobre a "Ordem da legislação nos territórios liberta-

dos", no qual os atos ou providências da República de Salò são distribuídos em quatro categorias:

- a) *inválidos* (os atos do governo e em geral as leis);
- b) *inválidos, mas revalidáveis* (os atos administrativos, enumerados no artigo 2º, e as sentenças do artigo 5º, inciso 2);
- c) *válidos, mas invalidáveis* (os atos administrativos diferentes dos relacionados no artigo 2º e as sentenças do artigo 6º, inciso 2);
- d) *válidos* (os atos de estado civil em geral).

5. *Relações espaciais*

O caso em que pode parecer que o estudo das relações entre ordenamentos não tenha muita matéria de exame é o da relação entre ordenamentos que têm validade espacial diferente, como é o caso de dois Estados cujas normas valem dentro de limites espaciais (o chamado território) bem definidos. Poder-se-ia pensar que aqui deveria ser aplicada a figura da exclusão recíproca: e, na realidade, os Estados consideram-se independentes uns dos outros, dotados de um poder originário e autônomo que lhes assegura a não-ingerência no seu reservado domínio por parte de outros Estados. Mas há uma série de casos em que também o Estado recorre a normas de um outro Estado para resolver algumas controvérsias. Trata-se daqueles casos estudados por uma disciplina jurídica especializada, o Direito internacional privado, que faz parte, didaticamente, do curso de Direito internacional, razão pela qual me limitarei aqui a algumas observações.

O Direito regula geralmente relações intersubjetivas referentes a coisas, bens e serviços atinentes a um determinado território. Tudo corre bem quando os sujeitos da relação são cidadãos do mesmo Estado e a coisa a que se

referem pertence ao território desse Estado. Mas e se um dos dois sujeitos é estrangeiro? Se os dois sujeitos pertencem a um Estado, mas a coisa a que se referem se encontra num outro Estado? Bastam essas duas perguntas para nos fazer entender que são infinitos os casos, sobretudo no mundo contemporâneo em que as relações internacionais se vão intensificando, que podem ser resolvidos, conforme se leve em conta a nacionalidade de um ou do outro sujeito, ou a nacionalidade da coisa em relação à dos sujeitos, com normas pertencentes a dois ordenamentos diferentes. Mas, uma vez que num caso só pode ser aplicada uma norma, é preciso escolher ou uma ou outra. Em alguns casos é escolhida a norma estrangeira. Em geral pode-se dizer que em todo ordenamento moderno há casos que são resolvidos aplicando-se não uma norma do ordenamento, mas uma norma do ordenamento estrangeiro. Em resumo, verificam-se, não tão raramente, situações particulares nas quais têm vigor, num ordenamento estatal, normas de outro ordenamento. Como se vê, esse é um caso, bastante claro e de enorme interesse prático, de reenvio de um ordenamento a outro, mais precisamente de reenvio entre dois ordenamentos que têm âmbito de validade espacial diferente.

O ordenamento italiano aplica muito as normas estrangeiras nos casos sujeitos à disciplina do Direito internacional privado. Como é sabido, as normas que regulam estes casos fazem parte das Disposições preliminares do C. C. (artigos 17-31). Basta dar uma olhada nessas normas para perceber em quantas circunstâncias diferentes o juiz italiano deve aplicar a lei estrangeira.

O problema teórico que essas normas suscitam, e que foi objeto de intermináveis disputas, é o da natureza do reenvio por elas contemplado. Também para essa discussão remetemos ao curso de Direito internacional. Limitamo-nos a considerar as duas figuras de reconhecimento de um

Direito externo que chamamos de recepção e de reenvio. Não há dúvida de que as normas de Direito internacional privado põem em vigor não uma recepção, mas um reenvio. Elas, de fato, não têm intenção de se apropriar do conteúdo de normas de outros ordenamentos em determinadas circunstâncias, mas indicam pura e simplesmente a fonte de onde a norma deverá ser tirada, seja qual for o seu conteúdo. Em outras palavras, em algumas circunstâncias o Direito italiano remete ao Direito estrangeiro, não porque seja objetivamente melhor, isto é, dê uma solução mais justa, mas porque considera conveniente que cada situação tenha a sua regra certa: nesse caso, "a cada um o seu" significa "a cada um a própria regra". É verdade que a legislação estrangeira, à qual remete o ordenamento italiano numa determinada matéria, pode mudar, mas é sempre automaticamente solicitada. Aquilo a que o nosso ordenamento reenvia não é a *maneira* pela qual uma dada matéria está regulada, mas a *fonte* que a regula. Por isso as normas de Direito internacional privado foram chamadas de *normas sobre a produção jurídica*.

6. *Relações materiais*

De diversos gêneros são as relações entre o ordenamento do Estado e o ordenamento da Igreja Católica, considerado como ordenamento originário. As normas dos dois ordenamentos têm, além da mesma validade temporal, no sentido de que são contemporaneamente vigentes, a mesma validade espacial, no sentido de que são vigentes no mesmo território. Porém não se identificam e apenas raramente se sobrepõem (e quando se sobrepõem nascem os célebres conflitos entre Estado e Igreja). Eles se diferenciam um do outro no que diz respeito ao âmbito de validade material: isso, em outras

palavras, quer dizer que tanto um quanto o outro dirigem-se às mesmas pessoas, no mesmo território, ao mesmo tempo, mas regulam matérias diferentes. A linha de divisão entre os dois ordenamentos não é um limite espacial, como o que divide um Estado de outro, mas um limite ideal, muito mais difícil de determinar, entre a matéria espiritual e a matéria temporal. Como esse limite é mais dificilmente determinável, os casos de ingerência de um ordenamento no outro, e portanto de conflito, são mais freqüentes que nos relacionamentos entre dois Estados e, também, de solução mais difícil. Além disso, enquanto no que toca ao relacionamento entre os Estados existe um ordenamento internacional, que compreende todos os Estados e pode dirimir os conflitos, não existe um ordenamento superior que compreenda de maneira estável os Estados e as Igrejas, porque se trata de ordenamentos heterogêneos que não podem dar lugar a um ordenamento comum.

A história do relacionamento entre Estado e Igreja (do cristianismo em diante) é rica em conflitos. Durante séculos foram propostos vários tipos de soluções, classificadas das maneiras mais variadas. A classificação mais sintética nos parece a seguinte:

1) *reductio ad unum*. Distingue-se conforme se trate da redução do Estado à Igreja (teocracia) ou da Igreja ao Estado (cesaropapismo na época imperial, erastianismo nos modernos Estados nacionais protestantes);

2) *subordinação*. Aqui também é necessário distinguir duas teorias ou sistemas, conforme se pretenda que o Estado seja subordinado à Igreja (teoria, prevalentemente seguida pela Igreja Católica, da *potestas indirecta* ou da *potestas directiva* da Igreja sobre o Estado) ou que a Igreja seja subordinada ao Estado (jurisdicionalismo e territorialismo, durante o período das monarquias absolutas);

3) *coordenação*. É o sistema fundado sobre relacionamentos concordatários, que pressupõem o reconhecimento recíproco dos dois poderes como "cada um, na própria ordem, independentes e soberanos" (artigo 7º da Constituição);

4) *separação*. Segundo o sistema do separatismo, em voga, por exemplo, nos Estados Unidos, as igrejas são consideradas a nível de associações privadas, às quais o Estado reconhece a liberdade de desenvolver a sua missão dentro dos limites das leis.

Interessa-nos aqui o relacionamento entre o Estado italiano e a Igreja Católica, regulado pelo Direito positivo vigente. Não se trata de dois ordenamentos fechados um ao outro: em particular o ordenamento estatal se refere, de várias maneiras, a instituições reguladas pelo Direito canônico. Por outro lado, os problemas que nascem da atitude do Estado italiano em relação à Igreja são objeto de uma disciplina particular, o Direito eclesiástico, à qual reenviamos, como no parágrafo anterior, ao Direito internacional. Aqui nos limitamos a chamar atenção sobre o fato de que a recorrência que o ordenamento do Estado italiano faz a normas do Direito canônico foi assimilada por alguns (Checchini) às normas de Direito internacional privado, das quais falamos no parágrafo anterior. Mas, de modo geral, houve mais críticas que consenso. Em contraste, foi sustentado que o relacionamento entre ordenamento estatal e ordenamento da Igreja deve preferencialmente ser assimilado às relações do Estado com os ordenamentos jurídicos menores (Quadri). Mas a doutrina mais comum é que se trata de relações *sui generis*, nas quais se encontram, ao lado das figuras comuns ao relacionamento entre Estados, figuras características.

A doutrina colocou em relevo sobretudo duas figu-

ras que me parecem se distinguir nitidamente do reenvio às normas de Direito estrangeiro e, também, da figura da recepção, mesmo que a primeira das duas não deva ser considerada como figura característica do relacionamento entre ordenamento estatal e ordenamento da Igreja:

a) o *pressuposto*. Entende-se por “pressuposto” aquela situação em que o ordenamento externo (seja canônico, seja de outro Estado) é utilizado para determinar as características de um certo fato específico, ao qual o ordenamento interno atribui certas conseqüências que não são necessariamente as mesmas atribuídas pelo ordenamento externo.

O Estado italiano certamente não atribui ao batismo as mesmas conseqüências a ele atribuídas pela Igreja. Porém, com as leis raciais de 1938, o batismo foi considerado como o “pressuposto” para a atribuição de conseqüências jurídicas próprias do Estado italiano. Assim, o sacramento da ordem está regulado por normas do Direito canônico, e certamente o Estado italiano não atribui à qualidade de clérigo as mesmas conseqüências atribuídas a ela pela Igreja, mas o ordenamento italiano pode fazer, em certas circunstâncias, da qualidade de clérigo um “pressuposto” para conseqüências jurídicas relevantes no próprio ordenamento (por exemplo, a isenção do serviço militar).²

É claro que essa forma de ligação entre dois ordenamentos não tem nada a ver com o reenvio, do qual já falamos (e muito menos com a recepção): com o reenvio, a norma externa é solicitada em sua função própria de regra de um certo comportamento; no pressuposto é solicitado o comportamento regulado pela norma externa para atribuir-lhe novas conseqüências jurídicas. E é também indiscutível que essa figura do “pres-

(2) Cf. A. Checchini. “L’ordinamento canonico nel diritto italiano” (1939), in *Scritti giuridici e storico-giuridici*, Pádua, 1958, III, p. 94 e segs.

suposto" não é própria das relações entre Estado e Igreja. O ordenamento italiano vale-se freqüentemente de "pressupostos" cuja determinação deriva de normas de Direito estrangeiro, como quando, por exemplo, refere-se a noções jurídicas como "cidadão estrangeiro", "chefe de Estado de uma nação estrangeira", etc.;

b) o *reconhecimento dos efeitos civis*. Trata-se do caso em que o Estado não assume um comportamento regulado pelo Direito da Igreja como pressuposto da própria regulamentação, mas renuncia à própria regulamentação, limitando-se a atribuir à regulamentação dada pelo ordenamento da Igreja efeitos civis. Um caso, ainda que discutível, é o previsto no artigo 31 da Concordata, no qual se diz que "a criação de novos entes eclesiásticos ou associações religiosas será feita pela autoridade eclesiástica segundo as normas do Direito canônico: o seu reconhecimento para efeitos civis será feito pelas autoridades civis". Também essa figura deve ser distinguida do reenvio próprio do Direito internacional privado, que não seria exato definir como atribuição de efeitos civis a institutos regulados por normas estrangeiras. Diferentemente do pressuposto, essa é uma figura característica do relacionamento entre o Estado italiano e a Igreja Católica. O exemplo mais importante e caracterizante é o reconhecimento do matrimônio canônico, ao qual são atribuídos, com base no artigo 54 da Concordata, os mesmos efeitos do matrimônio civil: através dessa instituição, um setor de um Direito externo é acolhido no Direito italiano como parte integrante dele, mediante um procedimento que se distingue tanto do reenvio quanto da recepção.