

SOBRE A TEORIA DA INSTITUIÇÃO⁽¹⁾

J. V. COELHO

“O problema juridico fundamental do mundo moderno se apresenta, no-lo afirma François Geny, como um conflito entre o individuo e a sociedade, uma luta do individualismo contra o sociologismo, do direito social contra o direito individual”. A autonomia da vontade contra o absolutismo do Estado. Kant e Hobbes. Desaparecido com a Renascença e a Reforma, como já foi observado, aquele **universalismo harmonioso** que tem admirado todos quantos estudam a idade media sob qualquer aspecto, desde o puramente artista, como fez Em. Male, até o propriamente politico, visto através dos estudos de Otto Gierke, dominou o mundo novo o individualismo (2). Entretanto com a exclusiva atenção prestada ao individuo não se podia esquecer uma grande realidade, impossivel de ser negada e difficil de ser explicada : o Estado. A justiça comutativa reclama de certa fôrma a justiça distributiva. E como era forçoso de ser logico havia-se de concluir, muito justamente, que ou o Estado pela sua vontade era o criador do Direito dentro no qual o individuo seria o seu escravo — e neste caso se caia no estadismo hegeliano de que talvez Kelsen — para quem o Estado é o Direito — seja o mais moderno e apreciavel adepto ; ou, então o Estado

(1) — Trabalho apresentado no curso de doutorado (cadeira de direito civil comparado).

(2) — Fazendo-se uma rapidissima sintese de idéas não se leva em conta aqui senão o sentido geral da Historia. E assim, e só assim, se poderá dizer que depois da Idade Media tudo foram movimentos para a eclosão da Revolução Franceza, a grande vitoria do individualismo. Doutra fôrma precisaríamos fazer distinções.

não seria senão um obstáculo a remover, um mal necessário para as sociedades que ainda não atingiram a perfeição, e de que, á medida que o progresso da civilização se faça, se deve ir afastando aos poucos — e se cai no marxismo que sonha com o anarquismo absoluto. De todo o modo, o individuo em frente do Estado só podia ter atitudes de senhor ou de escravo. Ou o individuo é tudo, ou o Estado é tudo. A formula de Kant do minimo possivel de autoridade no maximo possivel de liberdade se opunha á formula de Hobbes pela qual cabe ao principe **discerne inter bonum et malum**, discernir entre o bem e o mal. Seria interessante observar a narquia do pensamento moderno como começa com os filosofos desse duplo absolutismo. Um discipulo de Descartes. Spinoza, veria, se vivo fosse, a sua filosofia politica triunfante na filosofia de um discipulo de Kant, Hegel, em quem, substituindo o conceito panteista pelo mais radical materialismo, Karl Marx reconhece as proprias semelhanças. E, seguindo a ordem dessas considerações, seria ainda muito interessante procurar na filosofia de Kant subretudo, a metafisica do Estado moderno, e, em Jorge Hegel, no incompreensivel Jorge Hegel, a maior parte do idealismo contemporaneo que, na confusão dos tempos, passa, ás vezes, por bom espiritualismo... (3)

Sem poder negar essa opposição fundamental entre o individuo, e o Estado, Renard, analisando os dois conceitos antinomicos, tentou modificar, num esforço de penetração mais agudo, o segundo termo.

Com efeito "a filosofia exigia do Estado seu titulo a ser e a agir". Se, "em materia politica e social, como diz Luiz Le Fur, em **Raças, Nacionalidade e Estados**, o fato maximo é o Estado", faz-se preciso para que ele se respeite, que mostre os seus direitos ao poder de coação, diga quasi os seus titulos metafisico á existencia afim de que na medida dessa existencia se conheçam os limites de sua ação. Ora, o Estado foi obra de homens

(3) — Todos estão lembrados da sensação que a certos espiritualistas causou a famosa conferencia do prof. Gilberto Amado sobre o **Espírito do nosso tempo**. A horrorosa confusão do prof. da Faculdade de Direito do Recife pareceu a muitos o sinal de sua conversão ao catolicismo.

em determinada altura da Historia, se bem que impulsionados, como indicam a sua universalidade e permanencia, por uma **necessidade de associação**, no dizer do filosofo grego (Platão). Todo o Estado tem o seu fundador, e o erro da escola historica foi não ver o papel do homem no **produto organico da vida social**, que para ela é o direito. Ao lado do individuo e tem frente do Estado surgem outras realidades sociais que têm a mesma natureza que o segundo e o mesmo direito á existencia como ambos. A instituição preexiste ao Estado que, por sua vez, tambem é uma instituição. De fôrma que na revisão do binario juridico se deve substituir o segundo termo que era muito limitado, que póde, no plano das idéas, chamar de genero. Para chegar a esse resultado não se deve empregar outro metodo que o da observação. E é nesse sentido que Renard poude dizer que "o individualismo é um sistema, o sociologismo outro sistema, mas a doutrina institucional não é um sistema, é uma interpretação tão larga quanto possivel da realidade."

A cada passo, a toda hora, estamos sentindo em volta de nós a presença de uma realidade invisivel, ideal sim, mas não puramente verbal, imperceptivel sim, mas perfeitamente inteligivel. Observe-se, é o exemplo de Renald, aquele soldado que passa ; ele traz na blusa o numero do seu regimento, de que ele sabe a historia e onde experimenta a vida da caserna. Aos poucos, a alma do batalhão repassa pela sua alma e ele se sente unido como ela, e já fóra dele, em qualquer circunstancia da vida é o seu batalhão que ele distingue sem distinguir mais nem um só companheiro. O batalhão é um corpo cujos membros se renovam perpetuando a sua existencia, uma instituição emfim. A Faculdade de Direito serviria para outro exemplo. Ela representa, sem duvida, uma realidade ainda quando não se conheça mais um só aluna, ainda quando o tempo tenha encoberto uma série de professores. A familia podia ser o terceiro exemplo por isso que ela é a séde de uma vida juridica interna, que consiste nas "relações entre esposos, pais, filhos e colaterais e clientes em certos tipos familiares ; é séde de uma autoridade, o tipo acabado de continuidade. Póde haver nisso, adverte Renard, al-

guma dose de romantismo sentimental, mas não ha negar, que é também pura psicologia experimental. Poder-se-ia alargar o exemplos incluindo, a nação, as fundações, ou pessoas morais, as corporações, até aqueles que pela sua insignificancia passam despercebidas como a **gare de caminho de ferro** ; mas, em todas acabariamos por encontrar **permanencia na sucessão do tempo, unidade de ser na diversidade de órgãos**, tudo dentro de uma séde de via juridica interna e de uma autoridade — que são os traços de toda a instituição.

E' bem de se ver que aproximação não tem esse conceito da instituição com a de pessoa moral de Hauriou : um corpo constituido, no interior do qual se manifesta uma atividade moral. O prof. Gaston Morin fez a sintese historica da instituição. Através dela vemos que a noção de ser institucional, que precisava ser definida, esclarecida no meio das inquietações das formulas novas foi apresentada com esse nome pelo Deão Hauriou em sua **Ciencia social tradicional**, aparecida em 1896, nos Principios de Direito Publico, publicados em 1.^a edição em 1910, e, finalmente, no 4.^o caderno da **Nouvelle Journée**, 1925, sob o titulo : "A theoria da instituição e da fundação". Hauriou distingue, sem muita clareza, aliás, as **instituições coisas** das **instituições pessoas**, fazendo das primeiras todas as regras leaes que se impõem á vontade das partes e das segundas as organizações de sociedades constituidas, o Estado, a associação, sindicatos, etc. Diga-se ligeiramente que as primeiras equivalem ás instituições-regras de Cuche e as segundas equivalem ás instituições-organismo deste mesmo autor que, aliás, gostava de acrescentar as instituições-mecanismo que seriam variantes das instituições regras. Todas essas distinções, entretanto, têm pouco valor depois do trabalho de Georges Renard que tende, pelos seus mais vivazes comentadores, a constituir uma **teoria geral do ato juridico e do direito positivo**, como pensa Delos, acho que, muito acertadamente.

A instituição define o proprio Renard, "é um organismo com fins de vida e meios de ação superiores em poder e duração aos dos individuos que o compõem". Para ser organismo, ou melhor, por ser organismo, a instituição é uma idéa se realizando, informando uma certa materia. De modo que o primeiro conceito a re-

tirar-se da instituição é que ela é o ser de uma idéa. De onde se vê que entre a pessoa e a instituição ha esta enorme diferença : que a personalidade juridica tem seu principio na razão humana — fonte de idéa; e a instituição está presa a uma idéa. Ha um segundo elemento, a autoridade, que representa o poder que se põe a serviço da idéa. E finalmente o terceiro elemento da instituição vem a ser a **comunhão** de interesses como diz Hauriou, ou uma intimidade para falar com G. Renard, de todos os membros em redor de uma idéa diretora. Com esses tres elementos se realiza a construção juridica nova, que se póde chamar institucional, ou organica, quando se compara com a construção juridica classica e individualista, ou contratual. As consequencias que se podem tirar da teoria da instituição implicam uma metafisica, já não digo uma metafisica do direito mas uma metafisica geral no sentido escolastico. E é bastante grato para os que acreditam no renascimento da filosofia aristotelicatomista vêr mais uma vez que tambem no Direito os novos rumos da ciencia se orientam de par com as lições do mais puro tradicionalismo. Assim duas consequencias tomistas não podem deixar de ser recolhidas da instituição : o finalismo e o intelectualismo juridicos (4).

Com efeito, o conceito organico de instituição conduz o filosofo do direito, ou o sociologo, ao estudo do fim, do sentido, da causa da idéa diretora e informadora. E como a idéa é sempre anterior á vontade será o valor da intelligencia o que sobre o organismo institucional terá o primado da interpretação, tudo isto no sentido da procura do fim da instituição **Proprium rationis, cognoscere ordinem**, é proprio da razão conhecer a ordem, já dizia o Doutor comum. E para não sair de um só exemplo escolhemos a familia para mostrar a diferente conceituação juridica que ela póde ter segundo a tése contratual e individualista e a teoria organica ou institucional,

(4) — Deve-se logo fazer uma distinção entre a instituição e a teoria da instituição, ou melhor, entre o ser institucional e a concepção institucional do direito. Com a leitura do agora já notavel livro de G. Renard, *La théorie de l'institution*, sente-se que já faltou no livro essa distinção mais clara. E no entanto ela precisava ser feita, inicialmente, para que da instituição tomasse posse inteiramente a filosofia tradicional.

com a sua consequente interpretação finalista e intelectualista. No rigor dos seus preceitos dada a concepção individualista do direito e a autonomia absoluta da vontade que fazem do casamento um contrato, o divorcio parece quando menos uma opinião defensável. (5)

Agora, si se faz da família uma instituição, o divorcio se torna logo um impossível juridico em vista do fim do casamento e da idéa de família. Outros exemplos bastante interessantes, pôde cada um tirar consigo, como fez o prof. Gaston Morin a estudar a teoria de George Renard.

Mas eu escolhi de proposito a família para ter ocasião de dizer que tenho minhas duvidas em fazer da instituição uma teoria juridica. Penso que tal como foi descoberta por Hauriou e desenvolvida por Renard, ela pertence mais legitimamente a sociologia que ao direito. Ou então que para entrar no direito ela tem de ficar no ambito da filosofia do direito como uma concepção geral do fato juridico, como quer Delos.

Senão vejamos, nesse mesmo exemplo agora citado, se tantas consequencias nós podemos tirar dessa ana-

(5) — Não se quer dizer que se fazendo do casamento um contrato a tése do divorcio seja obrigatoria, basta dizer que o casamento contrato é defendido pela maioria dos teologos catolicos, e é assim que está expresso no Canon 1081, regulador do assunto, doCodigo do Direito Canonico. (V. pg. 87, "La doctrine du mariage chétien" — J. Dermine). Addc. Dabin: "L'indissolubilité du lien conjugal, n'apparait peut-être pas avec le caractere d'une dette de stricte justice sur le plan individuel des rapports d'époux á époux, mais revêt ce caractere quand on l'envisage a la lumiere de l'intérêt familial identique a l'intérêt de l'espèce". ("La Philosophie de l'orde juridique positif", Louvain, 1929, pg. 392-393). Vale a pena ainda acrescentar outra observação de J. Dabin: se a perpetuidade do vinculo conjugal é demonstrada (v. S. Deploige — "Saint Thomas et la famille", pg. 29) pela fidelidade a um contrato em que as partes se obrigam á mesma perpetuidade, "a razão decisiva, capaz por si só de justificar o carater imperioso e obrigatorio da regra deve ser procurada na idéa familiar".

lise institucional da família nunca se poderia dizer que a família é um sujeito de direito, é uma pessoa moral (6).

Decerto a família é uma instituição, uma realidade social, um dado sociológico, da classificação de Geny, mas nem por isso se pôde dizer que ela é um sujeito de direito. Ninguém dirá, por exemplo, que o Código Suíço no art. 159, onde escreveu "a celebração do matrimônio cria a união conjugal", fazia dessa união uma pessoa moral (7). Não, como observam Rossel et Menthon, seus comentadores aquilo é frase decorativa, *méra littérature*... de juristas, digamos. Pôde parecer um tanto confuso mas penso que é real, a instituição é dado sociológico, como o homem, como todas as outras múltiplas espécies de fatores sociais. Mas com uma diferença, enquanto homem passa para o direito assumindo obrigações e possuindo direitos, como ser livre e inteligente, pessoa portanto, a instituição não tem forças para subir esse degrau, não pôde atingir essa etapa, ha de ficar sempre criação do homem, que, em regra o é.

(6) — Como diz, com muito senso, o prof. Dabin, da Universidade de Lovaina, erraria quem, a pretexto de fortificar a família quizesse personificá-la, isto é, atribuir a cada grupo familiar a qualidade de sujeito de direitos e obrigações sobre o plano civil, ou mesmo sobre o plano político: família-proprietário, família-devedor, família-eleitor. Ha, e não se pôde negar, direitos de família, mas estes, como no-lo adverte o mesmo autor, não são mais do que direitos de cada um dos seus membros, seja em relação com terceiros, seja em suas relações recíprocas. "E quando se diz que um homem faltou aos deveres de família significa-se simplesmente que ele pecou contra a sua esposa, contra os seus filhos, contra seu pai, ou sua mãe, ou, ainda, contra a disciplina familiar, mas não contra uma *pessoa familiar* que não tem existência real, nem física, nem moral" (*La Philosophie de l'ordre juridique positif*). Sem dúvida, ha da parte do prof. Jean Dabin um certo exagero. A família é um dado social, quer dizer, uma realidade social, sendo grande, como tal, a sua influência histórica e racional no Direito.

(7) — "La célébration du mariage crée l'union conjugale" (Art. 159, Cod. Civ. Suíço). No mesmo sentido Espinola (Anotações ao Cod. Civil Brasileiro, vol. III, pg. 49): "Ainda que não constitua uma pessoa jurídica propriamente dita, com direitos e deveres seus, independentes dos que individualmente cabem aos membros que a compõem, não se pôde desconhecer que vista do lado externo, considerada em relação a terceiros, a família oferece o aspecto de um todo orgânico, ou, segundo o conceito de Bacher — *duma comunhão juridicamente não desenvolvida*". Não faltava como se vê, a razão a Geny quando disse que a teoria da instituição estava solta no ar...

Eu digo em regra porque instituições ha que o homem não criou (Renard). Deus, por exemplo, criou tres : a humanidade, o povo judeu e a Igreja, corpo místico de Jesus Cristo. Ela ha de se sempre servir de meio para o homem, que é o seu fim, cumprir a sua lei natural. Apesar das paginas de Renard — as suas mais profundas paginas — tentando criar uma escala de seres institucionais, ele proprio não pôde deixar de confessar, contra toda uma corrente forte de publicistas mas tendo consigo Van den Henvel “que não ha outras pessoas que os seres racionais : os homens”. A pessoa moral tem assim de ser uma ficção. Mas uma ficção detraz da qual ha uma poderosa realidade... sociologica.

Por isso eu disse — em que tantas vezes tenho concordado com Delos — contra a decidida opinião desse insigne professor do instituto catolico de Lile, que, para mim, a teoria da instituição se prenderá diretamente á sociologia.

Não é ocasião aqui de se debater a questão difficil da pessoa moral, mas embora não aceite a opinião da pessoa moral real, por isso que o sujeito do direito resta-me incompreensivel, sem os attributos da intelligencia e da vontade livre, acho que é muito precaria a solução apresentada das ficções em Direito. (8)

(8) — Basta uma simples consideração de ordem teologica : De alguns trechos sagrados e dos conceitos filosoficos de justiça e da pena, tiram, como se sabe, os teologos argumentos para demonstrar que os crimes das cidades, emquanto cidades dirlam melhor, como instituições, recebem o seu castigo, dentro do tempo e ainda cá na terra. “Ai de ti Corozaim ! ai de ti Betsaida ! que se em Tiro e Sidon se tivessem obrado as maravilhas que se obraram em vós, ha muito tempo que teriam feito penitencia, cobrindo-se de cilicio e de cinzas”. Por isso haverá para Tiro e Sidon no julgamento menos rigor que para vós”. (Lucas, 10, 13-14). E se é evidente que essas coisas foram proferidas mais em atenção aos seus habitantes que á propria cidade, onde se davam os pecados, é outrosim certo que Deus destruiu as cidades referidas em castigo das iniquidades dos seus cidadãos e dos seus governos. Ha, de fato, uma sutileza, mas resta inegavel que a cidade é uma realidade que pôde sofrer castigo. E parece concordar com esse realismo a opinião da maior parte dos teologos segundo os quais possuem as cidades, as provincias, os reinos — as instituições, portanto, — uma sorte de anjo protetor em função semelhante aos anjos da guarda das pessoas humanas. “Sa tis probabilliter etiam docetur singulis regnis et nationibus immo communitatibus alicujus momenti, v. g. ecclesiis particularibus, religiosis com

Para mim, á luz desses principios realistas da ciencia do direito se poderia chegar ainda a uma concepção mais proxima da realidade. Como quer que seja o trabalho, *guesswork*, de Renard, foi profundo e rico em frutos, numa abundancia que por ora não podemos medir.

E, porventura, com o conceito sociologico da instituição não se terá dado um grande impulso em todas as ciencias sociaes ?

Não é lá tão pequeno o papel na sociologia contemporanea da escola de Gabriel Tarde, que tanta vida e actualidade diz Georges Davy que ainda tem, a qual entendia como unico fato sociologico real, o individuo. E muito maior, sem duvida, é o papel das outras tres correntes que se podem descobrir ainda, a começar pela de Emile Durkheim que acredita numa realidade concreta e especifica da sociedade e da consciencia coletiva no que é seguido por Espinas, que melhor do que ele entretanto vê na familia e na sociedade individualidades mais extensas que os individuos ordinarios, para, finalmente, acabar na escola de Le Play e Paulo Bureau que, com muito mais senso e amplitude do que qualquer dos sociologos já citados, colocam o individuo dentro do seu meio essencial — a familia, por onde se deve começar o estudo da realidade social e através da qual se deve olhar o individuo. E para deixar completo em pensamento citemos em conclusão a Saint-Simon, que fazia das sociedades humanas uma realidade original e especifica, ou para servir-me das suas proprias palavras : a **“reunião de homens constitue um ser verdadeiro”**. Evidentemente ainda se estava longe da teoria de Renard mas nem por isso devemos negar ao filosofo francez do seculo 19 a gloria de ter posto as suas premissas na mesma linha da instituição.

Em síntese : a teoria da instituição representa para o Direito uma volta á realidade objetiva, graças á sociologia e ao realismo juridico.

munitatibus praepositos esse speciales Angelos custodes. Ratio est quia illae societates sunt veluti corpora moralia, quae speciali assistentia indigent. (Tanqueray, *Syn. theol. moralis et pastoralis* — De Angelis, 2, 805 (B). pg. 499, tomo II De Deo Creante).

Já se vê que fazer dessa iniludivel realidade u'a méra ficção constitue um exagero. Como, em volta, constituem exageros o organismo e o realismo puro.

BIBLIOGRAPHIA

Afóra o desvalioso trabalho pessoal de colligir e anotar, todas as idéas aqui expostas se encontram em :

Georges Renard — La théorie de l'institution.

Georges Renard — La valeur de la loi.

Archives de Philosophie du Droit — Ns. 1, 2, 3 e 4.

Fr. Geny — Science et technique en droit privé positif.

Georges David — Sociologues d'hier et d'aujourd'hui.

M. Hauriou — Pr. Droit Constitutionnel — Ed. 1929.

L. Le Fur — Races, Nationalités, Etats.

Bigne de Villeneuve — Traité générale de l'Etat.

Ed. Espinola — Anotações ao Cod. Civil (III vol.)