

Estado *

Riccardo Guastini **

1) Noções preliminares

Para esclarecer o conceito de “Estado”, deve-se, antes de tudo, introduzir algumas noções preliminares relativas principalmente à estrutura dos ordenamentos e das relações entre os ordenamentos jurídicos.

(1) *Fundação dinâmica das normas*. Uma norma N1 fornece fundamento “dinâmico” a uma norma N2, se N2 foi criada por uma autoridade normativa A instituída por N1. N1, em outros termos, é uma norma de competência - uma “norma sobre a produção jurídica” - que confere a uma autoridade A o poder de criar N2, e A é a autoridade criadora de N2.

(2) *Norma suprema*. Norma suprema de um ordenamento é aquela norma que provê fundamento dinâmico às outras normas do ordenamento, mas não é, por sua vez, fundada em nenhuma outra norma. É, portanto, uma norma “originária” ou “independente”, no sentido de que seu pertencimento ao ordenamento *não* depende da (prévia) existência de outras normas.

Significa dizer, a norma suprema é uma norma criada por um poder (não jurídico, mas) de fato: não, por assim dizer, um poder constituído, mas sim um poder constituinte. A norma suprema, em outras palavras, é a “primeira constituição” do ordenamento do qual se trata.¹

* Tradução de Adrian Sgarbi (PUC-Rio).

** Professor da Universidade de Gênova (Itália).

1 Naturalmente, não se está afirmando que no vértice do ordenamento haja, ao pé da letra, uma única norma suprema: normalmente, existirão muitas normas, todas do mesmo nível, porque todas formuladas em um mesmo documento normativo, que é tido como a “primeira constituição” daquele ordenamento.

(3) *Relações entre ordenamentos*. Dois ordenamentos podem manter entre eles dois tipos de relações: uma relação de recíproca independência, ou uma relação de supra ou infraordenação².

(a) Um ordenamento O1 é subordinado a um outro ordenamento O2, enquanto a “sua” norma suprema N0 - ou seja a sua primeira constituição - é, ao mesmo tempo, uma norma pertencente a O2. Reciprocamente, um ordenamento O2 é subordinado a um outro ordenamento, O1, enquanto inclui, dentre suas normas, a norma suprema de O1. Em outras palavras, um ordenamento subordinado não é um ordenamento independente: é, freqüentemente, *parte de um ordenamento*, ou seja, um ordenamento “parcial”. Um ordenamento supraordenado, por sua vez, é o ordenamento “total” que engloba em si o ordenamento subordinado. Por exemplo, um ordenamento regional é subordinado ao ordenamento estatal (do qual, neste sentido, “é parte”); o ordenamento de um Estado federal é supraordenado aos ordenamentos dos Estados-membros. Segundo este modo de ver - defendido, por exemplo, por Kelsen³ - que o põe sob a designação de “monismo”, os ordenamentos estatais são subordinados ao ordenamento internacional.

(b) Dois ordenamentos são reciprocamente independentes enquanto, banalmente, *não* mantenham uma relação de supraordenação-subordinação. Em outras palavras: O1 é independente de O2 se, e somente se, a sua norma suprema N0 não pertence a O2; e reciprocamente O2 é independente de O1 se, e somente se, a sua norma suprema N0 não pertence a O1. São reciprocamente independentes, neste sentido, os diversos ordenamentos estatais,⁴ como também, no âmbito de um ordenamento estatal, os diversos ordenamentos regionais.⁵

(4) *Funções jurídicas*. Em cada ordenamento jurídico existem órgãos (não necessariamente distintos) que desempenham certas funções de governo. As funções de governo são, em última instância, “funções jurí-

2 BOBBIO (1960, Cap. V).

3 KELSEN (1945, pp. 368 e segs.; 1960, pp. 365 e segs. 1966, 365 e segs.). A tese oposta (“dualista”), segundo a qual ordenamentos estatais e ordenamentos internacionais são reciprocamente independentes, é sustentada, por exemplo, por ANZILOTTI (1955).

4 Segundo a tese monista, a qual se fez referência acima, os ordenamentos estatais não são independentes, mas coordenados (todos sendo subordinados ao ordenamento internacional).

5 Falando estreitamente, diria Kelsen, os diversos ordenamentos regionais são entre eles não já independentes, mas coordenados (todos sendo subordinados ao ordenamento estatal).

dicas”, considerando que decorrem de normas jurídicas. Estas funções jurídicas são essencialmente duas:

(a) a criação de normas novas (legislação em sentido amplo ou “material”); e

(b) a aplicação de normas preexistentes a casos concretos (em forma jurisdicional ou administrativa, aqui pouco importa).

(5) *Centralização e descentralização*. Existem dois tipos fundamentais de ordenamentos jurídicos: ordenamentos centralizados e ordenamentos descentralizados.⁶

(i) É centralizado todo ordenamento que - como o Estado moderno - institua órgãos especializados (legislativos, executivos, jurisdicionais) para a produção e aplicação de suas normas.

(ii) É descentralizado o ordenamento o qual - como o ordenamento internacional - confia inteiramente a produção e a aplicação das suas normas aos destinatários das normas mesmas.

(6) *Esfera de eficácia dos ordenamentos*. Por “eficácia jurídica” (para não se confundir com efetividade, termo de que trataremos em breve) de uma norma entendo a sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, tais como o nascimento de obrigações e direitos. Ora, como toda norma jurídica não pode ser outra coisa senão, em última instância, destinada a seres humanos, todo ordenamento jurídico tem necessariamente uma esfera pessoal de eficácia: esta, relativa ao conjunto de pessoas em razão das quais as normas podem produzir efeitos jurídicos. Alguns ordenamentos, porém (não todos) possuem, ainda, uma esfera territorial de eficácia: este é o espaço geográfico (que pode ser descontínuo) no qual o âmbito de suas normas podem produzir efeitos jurídicos. Por exemplo, os ordenamentos internos das sociedades por ações ou dos partidos políticos, por exemplo, não têm uma esfera territorial.

(7) *Efetividade dos ordenamentos*. Diz-se “efetiva” uma norma que seja efetivamente usada, observada, e aplicada. Diremos, assim, que efetivo é um ordenamento cujas normas são geralmente efetivas.

6 KELSEN (1945, p. 308) H. Faço aqui referência não a centralização “estática” (relativa ao âmbito de eficácia territorial das normas), mas a centralização “dinâmica” (relativa aos modos de produção e aplicação de normas).

2) “Estado”

Bem, como esclareceu Kelsen, fala-se de *Estado* quando se está na presença de um ordenamento, o qual:

- (i) seja centralizado,⁷
- (ii) seja independente (ou, como se diz, “originário”),
- (iii) tenha uma esfera territorial de eficácia, e
- (iv) seja efetivo.

Todavia, seja na linguagem jurídica (por exemplo, na linguagem da doutrina do direito internacional), seja na linguagem comum, raramente o termo ‘Estado’ é usado para designar, literalmente, um ordenamento enquanto tal.⁸ Com este termo freqüentemente faz-se referência a:

- (a) às vezes, à comunidade política governada pelo ordenamento;⁹
- (b) recorrentemente, ao conjunto dos órgãos centrais do ordenamento, ou seja, os órgãos competentes à criação e à aplicação do direito:¹⁰

7 Ou, melhor dizendo, *relativamente* centralizado. Centralização e descentralização, de fato, não são concentrações de dois valores: é questão de grau. Circunscrevendo o discurso à produção de normas (e deixando de lado, pois, a aplicação) podem-se distinguir os seguintes graus fundamentais.

(1) Estado unitário: todas as normas são produzidas centralmente. É o grau zero de descentralização.

(2) Estado regional: a produção normativa é parcialmente descentralizada. A descentralização, todavia, não se estende até as normas de ramo constitucional: concernem somente às normas legislativas. O ordenamento é, portanto, composto: (a) por uma constituição central, como tal válida para todo o território e a inteira comunidade; (b) por leis centrais, igualmente válidas para todo território e a inteira comunidade; (c) por leis locais, válidas apenas para uma parte do território e da comunidade.

(3) Estado federal: é parcialmente descentralizada a produção de normas não apenas legislavas, mas também constitucionais. De tal modo que o ordenamento resulta composto: (a) por uma constituição central; (b) por diversas constituições locais; (c) por leis centrais; (d) por leis locais.

(4) Confederações ou união internacional de Estados: a descentralização da produção normativa é quase total. Em particular, não existe uma constituição comum: no lugar desta existe, freqüentemente, um tratado internacional. Os Estados-membros, pois, conservam plena autonomia constitucional. Note-se: a confederação - diferentemente do Estado federal - não é sujeito de direito internacional.

(5) Comunidade internacional: a descentralização da produção normativa é total. A norma central é uma norma sobre a produção jurídica que convalida costumes.

8 Kelsen parece confundir a identidade ontológica (o ente A não é outra coisa que o ente B) com a equivalência lógica (a proposição *p* é verdadeira se, e somente se, é verdadeira a proposição *q*). Em outras palavras, não é que Estado e ordenamento sejam, literalmente, “a mesma coisa”, mas a proposição que uma comunidade constitui um estado é verdadeira se, e somente se, é igualmente verdadeira a proposição que aquela comunidade é governada por um ordenamento centralizado.

9 Mas, note-se, é exata a observação de Kelsen segundo a qual o ordenamento jurídico é *constitutivo* da “comunidade política”, no sentido de que aquilo que reúne os membros da “comunidade” não é outra coisa que isto: a comum sujeição a um mesmo ordenamento. KELSEN (1945, PP. 186 e segs.).

10 TROPER (1994, p. 136) e LEBEN (2004). Bem entendido, Kelsen não ignora a linguagem comum: veja-se o que escreveu em “A idéia do direito natural (1927-1928)”, in KELSEN (1994, p. 126), onde distingue com incomum clareza: “O Estado no sentido lato de um ordenamento jurídico coativo” e “O Estado no sentido estrito de uma organização coativa”.

isto é especialmente verdade para as normas (internacionais) endereçadas aos Estados, como para os discursos os quais se fala dos Estados como sujeitos agentes ou como titulares de situações jurídicas subjetivas.¹¹

3) Formação, conteúdo e extensão do ordenamento

Todo ordenamento jurídico pode ser utilmente examinado por, ao menos, três diversos pontos de vista: o ponto de vista de sua modalidade de formação, o do conteúdo, e o de sua extensão.

(1) *O modo de formação*. O direito - como insistiu Kelsen - disciplina, dentre outras coisas, também sua criação, ou seja, o modo de formação do próprio direito. O modo de formação do ordenamento é estabelecido por um conjunto de normas secundárias: as metanormas que regulam a criação do direito, ou seja, a produção de (outras) normas, conferindo poderes normativos e disciplinares ao seu exercício. Tais metanormas - as “normas sobre a produção jurídica”, no léxico da doutrina italiana¹² - são nada mais que a “constituição material” (em um dos muitos sentidos desta expressão) do ordenamento mesmo.

A análise do modo de formação do ordenamento jurídico permite distinguir os Estados em Estados democráticos e Estados autocráticos.¹³

(a) Diz-se “democrático” o Estado no qual as normas são criadas pelos sujeitos mesmos aos quais elas se dirigem, seja diretamente (democracia direta) ou indiretamente por trâmites afetos aos órgãos legislativos (democracia representativa).

11 Observe-se: nos ordenamentos jurídicos unitários e totalmente centralizados, o vocábulo “Estado” pertence apenas a linguagem dos juristas - onde é usado, essencialmente, para delimitar o domínio do direito publico, precisamente constitucional - mas não à linguagem do direito, pela banal razão de, em ordenamentos como este, não são endereçadas normas ao Estado (ROSS, 1961, pp. 296 s.). Por outro lado, nos ordenamentos federais e/ou relativamente descentralizados (caracterizados, isto é, por mais ou menos ampla autonomia regional, provincial, ou comunal), o vocábulo “Estado” pertence também à linguagem do direito, no sentido de que o direito inclui normas endereçadas ao Estado enquanto sujeito agente: (a) Nos ordenamentos federais, tais normas se referem, segundo os casos, ou a federação - também chamado “Estado federal” - ou aos “Estados-membros”, enquanto sujeitos distintos (e isto sugere que o mesmo vocábulo, “Estado”, assume dois significados diversos); (b) Nos ordenamentos unitários mas descentralizados, tais normas se referem ao Estado enquanto sujeito distinto dos entes territoriais ou comunidades locais. Neste contexto, “Estado” designa os órgãos centrais do governo da comunidade.

12 PERASSI (1953).

13 KELSEN (1998).

(b) Diz-se “autocrático” o Estado no qual as normas são criadas sem a participação dos sujeitos para os quais elas se dirigem.

(2) *O conteúdo.* O conteúdo de um ordenamento é constituído pelo conjunto das situações jurídicas subjetivas (poderes, direitos, obrigações, etc.) que suas normas, primárias e secundárias, instituem.

A análise do conteúdo do ordenamento é a chave para a compreensão da distinção entre Estado constitucional e Estado absoluto (veja-se o art. 16 da *Déclaration des droits de l’homme e du citoyen*, 1789: “Uma sociedade, na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos e não esteja prevista a separação dos poderes, não têm uma constituição”).

(i) Diz-se “constitucional”¹⁴ um Estado no qual:

(a) o poder político (isto é, concretamente os poderes de criação e aplicação das normas) seja distribuído entre uma pluralidade de órgãos que, segundo os ensinamentos de Montesquieu, controlam-se e se “freiam” alternadamente;

(b) aos cidadãos são conferidos e garantidos alguns direitos de liberdade (a liberdade pessoal, d consciência, de reunião, de associação, de prensa etc.).

(ii) Diz-se “absoluto” um Estado que não satisfaz conjuntamente estas duas condições previamente enumeradas.

(3) *A extensão.* Um ordenamento pode ser mais ou menos extenso (é evidentemente uma questão de grau) segundo o número de ocorrências jurídicas (*fattispecie*) que discipline ou, de um outro ponto de vista, do número de comportamentos que regula.¹⁵

A análise da extensão do ordenamento jurídico é a chave da distinção entre estados liberais e estados totalitários.

(i) É liberal¹⁶ um Estado o qual somente uma área relativamente circunscrita da conduta humana é disciplinada pelo ordenamento jurídico, além de uma grande quantidade de comportamentos - espécie a qual se refere, por um lado, à vida privada e, por outro lado, à produção e à distribuição da riqueza seja destituída de disciplina é, neste sentido, “livre”.¹⁷

14 Ou “liberal”, em um primeiro sentido desta palavra (veja nota 18).

15 KELSEN (1981, pp. 38 ss.).

16 “Liberal” em um segundo sentido desta palavra (veja, acima, nota 16).

17 Trata-se, por assim dizer, de uma liberdade “natural”, pré-jurídica: um “espaço jurídico vazio” (BERGBOHM, 1892).

(ii) É totalitário um Estado o qual tende a submeter todos os comportamentos humanos a normas jurídicas.

4) Referências bibliográficas

ANZILOTTI, D. *Corso di diritto internazionale, I. Introduzione. Teorie generali*, IV ed., Padova, 1955.

BERGBOHM, K. *Jurisprudenz und Rechtphilosophie*, Leipzig, 1892.

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, cap. V.

KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. Milano, 1952.

_____. *Dottina dello Stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1994.

_____. *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna, 1998.

_____. *La teoria politica del bolscevismo (e altri saggi)*, a cura di R. Guastini, Milano, 1981.

LEBEN, C. “L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (À propos de la théorie de la double personnalité de l'État)”, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004.

PERASSI, T. *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1953.

ROSS, Alf. “Sui concetti di ‘Stato’ e di ‘Organi di Stato’ nel diritto costituzionale (1961)”, in S. Castignone, R. Guastini (eds.), *Realismo Giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, II ed., Genova, 1990.

TROPER, Michel. “Réflexions autour de la théorie kelsenienne de l'État”, in Id., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994.

Autor convidado