

A CONCEPÇÃO DO ESTADO NA DOCTRINA DE KELSEN *

POR ANTÔNIO DELORENZO NETO

A — GENERALIDADES: I) O problema. II) A ordem estadual (estática e dinâmica). III) O Estado e o Direito.

B — QUESTÕES PARTICULARES: I) Os graus da ordem jurídica. II) O problema da organização territorial do Estado. — A teoria da centralização e da descentralização.

C — CONCLUSÃO: A definição do Estado.

OBRAS CONSULTADAS: — H. KELSEN — *Allgemeine Staatslehre* (Berlin, 1925); H. KELSEN — *General Theory of Law and State* (New York, 1945); H. KEISEN — *La teoría pura del Derecho* (Buenos Ayres, s. d.); CH. EISENMANN — *Centralisation et Décentralisation* (Paris, Libr. Gen. de Droit et de Jurisprudence, 1948); M. WALLINE — *Manuel Élémentaire de Droit Administratif* (Paris, Sirey, 1946).

A) GENERALIDADES

I — O PROBLEMA

PARA KELSEN o problema do Estado assenta em pressupostos psicológicos. As afirmações usuais que consideram o Estado um agrupamento ou associação de indivíduos, implicam, a seu ver, na subordinação dos homens

(*) Na Faculdade de Direito de Paris — nos cursos de Direito Público (doutorado), secção de direito constitucional, em 1948-1949 — surpreendemos, em pleno apogeu, a influência de Kelsen. Sobre tudo nas aulas de Direito Público Geral, em que Charles Eisenmann traduzia, em crítica admirável, o pensamento do grande teórico de Viena, seu antigo mestre.

Analizamos aqui, em apertada síntese, as idéias principais da concepção de Kelsen sobre o Estado. Procuramos expor, quase literalmente, o seu pensamento autêntico. A crítica fica para outro trabalho.

entre si a uma certa ordem. É o que traduz, declarando — o Estado é uma ordem da conduta humana. Ao empregar a palavra ordem, tem-se dois sentidos diferentes em vista. Assim, por exemplo, há a *ordem da natureza*, que estabelece a conformidade dos corpos com as leis naturais, que decorrem do princípio geral da causalidade. Em consequência, é impossível conceber-se na natureza um corpo viole uma lei natural. Se acaso ocorrer hipótese em que se observa em relação a um corpo, comportamento diverso do previsto numa lei natural, isso demonstra uma inexatidão científica, sendo necessário retificá-la a fim de que o fato novo se realize como regular ou normal. Neste sentido a ordem da natureza é puramente o sistema das leis naturais. Este modo de ver não interessa ao campo do Direito.

Os fatos da conduta humana, que multiplicam os objetivos do Direito insinuam um novo entendimento da ordem. Não pode designar unicamente um sistema de leis naturais: e, sim, de maneira diversa — um sistema de normas ou de regras, não exprimindo necessariamente o que na realidade se passa, ou deva, sem exceção, passar-se, mas determinando aquilo que, por direito, deveria sempre passar-se, mesmo quando aconteça suceder o contrário. Essa *ordem normativa*, assim concebida, aplica-se somente aos fatos da conduta humana, ou a outras categorias de fatos que os condicionem ou dêles resultem. Uma regra, por exemplo, obriga os indivíduos a adoiarem uma certa conduta, à prática de certo ato e a absterem-se de um outro. Se não nos conformarmos com as suas determinações — deixando de fazer o que devíamos ou fazendo aquilo de que nos devíamos abster — a regra não deixa, por isso, de subsistir. Diremos, é verdade, que a regra foi violada, mas, isso jamais significará que ela deixou de estar em vigor. A sua validade não foi, de modo algum, atingida.

Essa validade é que decide da própria existência das regras. Uma ordem normativa para ser válida independe de que a realidade lhe seja conforme: ao contrário, a condição de conformidade é essencial à existência da ordem

natural. Na ordem normativa são os fatos — ações ou omissões humanas — que precisam de adaptar-se às regras. Essa distinção prática de caráter psicológico é o ponto de partida da construção kelseniana.

II — A ORDEM ESTADUAL (ESTÁTICA E DINÂMICA)

Admitindo-se que a palavra “Estado” designe uma ordem que é, sobretudo, normativa, compreenderemos melhor um certo número de proposições relativas à sua natureza. Nestas condições veremos que o Estado não é essencialmente “Poder”, mas também “vontade”.

Diz-se que o Estado, enquanto Poder, é superior aos indivíduos que estão subordinados às suas regras. Esses indivíduos são como os seus súditos. Mas, para compreender-lhe a natureza é preciso pensar que dêle emanam certos imperativos. E, se o podemos considerar como um poder superior aos indivíduos, é apenas porque êle é uma ordem que lhes impõe uma certa conduta, ou seja, um sistema de regras sôbre a conduta humana. Por simples analogia, nos referimos também ao “poder” da natureza, quando, por exemplo, afirmamos que os corpos estão submetidos às leis naturais, leis essas que *indicam* como êles devem comportar-se. Essa analogia é bastante imperfeita, apresentando-se entre a natureza, submetida a um Deus ou a leis naturais, e o Estado subordinado a um Rei ou a leis jurídicas. A ordem da natureza e a ordem Estadual não se identificam. Tendo os homens principiado por refletir sôbre si mesmos e sôbre as suas relações recíprocas, tendo, assim, a ciência política surgido antes das ciências naturais, não é de admirar que estas últimas se tenham servido a princípio dos conceitos que aquela tinha criado para compreender o Estado. Realmente, a noção de lei natural deriva da idéia de regra, passando, depois, a um significado bastante diverso.

O Estado, por outro lado, não é apenas *poder*. Afirma-se também que êle tem por essência uma *vontade*, porém, distinta da dos indivíduos. Não há dúvida que o Estado possua,

como instrumentos de sua vontade, os indivíduos e as suas respectivas vontades. Mas, a vontade do Estado não se confunde com as vontades particulares dos indivíduos a êle submetidos: é maior que a sua soma, à qual é superior. Evidentemente, do ponto de vista psicológico só há vontades individuais, porém, a expressão "vontade do Estado" embora não corresponda a uma realidade psíquica, possui um sentido positivo profundo, considerando-a como a expressão da *validade objetiva* da ordem normativa, a que chamamos Estado. E a existência do Estado está condicionada ao domínio desta validade do Direito.

A ordem estadual não é somente válida: é também eficaz. Não só em direito ela deve ser acatada, mas é, além disso, de fato, mais ou menos respeitada e obedecida. Os homens conformam-se, aproximativamente, com as suas determinações. Todavia êste modo de dizer pode levar a malentendidos. Com efeito, não é propriamente a regra que é eficaz: os indivíduos conhecem a regra e pensam nela, e é essa operação psicológica que os incita a regular a sua conduta pela norma. Assim, um indivíduo é tentado a roubar, mas lembra-se da determinação do Estado, que proíbe o roubo: esta idéia desvia-o do seu projeto. A regra, em si mesma é um fato extra-psicológico, exprimindo o que deve ser. Não há nada de comum entre a sua *validade* e a *realidade* de um objeto submetido ao determinismo da natureza. A idéia da regra, ao contrário, é um fato puramente psicológico, um fenômeno, podendo, portanto, ser causa ou efeito. É ela que age, que leva o homem a conformar a sua conduta com a regra. Consequentemente, é necessário fazer distinção nítida entre a regra que "quer", isto é, deve ser respeitada, e a representação da regra que "age", ou, por outras palavras, faz com que a regra seja obedecida.

Eficácia e validade não são, portanto, a mesma coisa. O atributo da eficácia, no entanto, não autoriza a concluir seja a ordem estadual análoga à ordem natural, isto é, formada por leis idênticas às desta. É preferível definir a validade da ordem estadual e o domínio dos fatos da seguinte

maneira: uma ordem estadual só pode ser considerada válida, quando aqueles que ela pretende dirigir se conformam, até um certo ponto, com as suas determinações. Admitir o contrário seria um absurdo. Cita KELSEN o exemplo da Rússia. Ainda hoje há quem afirme que a ordem czarista continua ali a ser válida, e que tudo o que lá se passou depois da Revolução, é contrário ao direito, sob o pretexto de que a antiga ordem foi modificada por meios extra-legais. É uma idéia insensata. Na verdade, o que significa proclamar válida uma ordem, em face da qual nada do que atualmente existe seria regular? Mas, inversamente, também não devemos exigir que a conduta dos sujeitos da ordem normativa seja absolutamente conforme às determinações desta. É preciso mesmo que a realidade possa estar em contradição com essa ordem, é necessário que haja a possibilidade de agir contrariamente às suas regras, "violando-as"; se assim não se desse, essa ordem não seria uma ordem normativa. A realidade não pode ser a imagem perfeita da ordem normativa, mas deve, entretanto, ter um mínimo de semelhança com o seu modelo ideal. Vamos insistir ainda. É provável que talvez haja quem admita que o Estado é uma ordem normativa, continuando, porém, a ser relativamente, um poder, uma força, em suma, uma realidade natural e, em consequência, eficaz. Para apoiar esta tese hão de invocar-se as manifestações mais comuns e mais características do seu poder, da sua "existência": canhões, metralhadoras, bombas, prisões, etc. Mas, na realidade, tôdas estas coisas inanimadas vão buscar a sua significação no fato de serem empregadas pelos homens. Ora, o que em última análise leva êstes a fazê-lo, são as suas representações e particularmente a idéia de que devem agir como ordenam as regras estaduais. Nestas condições, o poder do Estado só pode ser a força de impulsão das representações relativas à ordem estadual.

Como se caracterizam os atos estaduais? Qual o critério que nos permitirá atribuir certos atos individuais, não ao indivíduo que dêles é autor, mas, como que através dêle, a um outro sujeito, a um sujeito ideal, que supomos, de algum

modo, por detrás dêsse indivíduo, ou seja, ao Estado? Ora, se os nossos sentidos apenas registram atos individuais, é porque a qualidade de "ato estadual" não corresponde a nenhuma propriedade sensível que certos atos possuam. Só por meio de uma operação mental que KELSEN denomina "Imputação", é que se atinge a noção do Estado "sujeito" dêsses atos. E, somente há um critério que permite qualificar como atos estaduais certos atos individuais, imputando-os ao Estado: *a sua conformidade com uma ordem válida*, o fato das regras dessa ordem os terem previsto, e terem regulado em que condições e por que pessoas deviam ser praticados. O Estado como sujeito dêsses atos é uma expressão por meio da qual se personifica a unidade da ordem. Estabelecer a relação entre o ato e ordem total, tomando, para isso, como base, a norma que o regula — é a *imputação* ao Estado. A qualidade de "estadual" dada a um ato, significa, preliminarmente, que êle corresponde à ordem estadual, no sentido de que esta o regulou, que êle faz parte dela e pode, por isso mesmo, ser-lhe referido. Em conclusão: o Estado é o centro de convergência de todos os atos qualificados como estaduais em virtude da *imputação normativa*, processo que não tem equivalente nas ciências naturais.

O Estado é ainda um esquema interpretativo e uma ordem de vocação. O que faz de um ato individual um ato estadual, o que o eleva do domínio da natureza para um domínio diferente, regido por outras leis, é a interpretação especial que dêle se pode fazer, sob o ponto de vista dessa ordem válida que é o Estado. Eis a razão porque podemos considerar essa ordem como um esquema interpretativo, um sistema ideal, por consequência, uma criação do espírito, que permite reconhecer em certos fatos o caráter de atos estaduais, quando são conformes a êsse sistema. Se o Estado, como tôdas as formações sociais, é uma ordem, um sistema de regras, em que difere dos outros agrupamentos sociais? A ordem estadual distingue-se das outras ordens sociais, principalmente, por ser uma *ordem de coação*. E não é só no sentido de que o fato de pertencer a ela não

depende, sob certo aspecto, da vontade dos que lhe estão submetidos, porque esta característica se encontra noutros sistemas sociais — tendo em vista que o caráter normativo ou coativo não é no fundo mais do que a expressão da validade objetiva das normas. O que a *ordem de coação estadual* tem de especial, é que é ela mesma quem *institui* a coação. As suas regras é que estabelecem, em certas condições, a obrigatoriedade de um indivíduo tomar contra outro uma medida de coação. Estes atos são de dois tipos: a pena e a execução. A ameaça de coação tem por fim fazer com que os homens evitem a realização da coação, adotando para isso a conduta adequada.

A compreensão dos problemas do Estado admite uma estática e uma dinâmica. A definição da validade da ordem estadual compõe aquela, e a criação da ordem estadual, suas fases, órgãos e métodos fazem os objetivos desta. A noção de validade da ordem estadual abrange o estudo do poder público e da soberania, no espaço e no tempo, em relação às pessoas e ao território — elementos estáticos.

III — O ESTADO E O DIREITO

As regras que constituem a ordem estadual são as regras de direito. A norma jurídica é a regra em virtude da qual se opera a “imputação” ao Estado, que, como sujeito dos atos estaduais é a personificação da ordem jurídica. A regra de direito é, enquanto lei jurídica, na esfera do Estado e do Direito, homologa à lei natural. A lei natural é uma afirmação hipotética, que estabelece uma relação causal entre dois fatos. A regra de direito, igualmente liga uma consequência jurídica a uma condição jurídica. A consequência jurídica — ato de coação — é a verdadeira reação do direito, e, ao mesmo tempo, a ação característica do Estado, como aparelho de coação — é o ato estadual. E o indivíduo qualificado para o praticar, é o órgão do Estado. Chegamos, portanto, à definição formal, segundo o seu caráter jurídico, do ato e do órgão estaduais, e, em conse-

quência, do Estado. É um conceito que compreende a totalidade do sistema do direito, o conjunto de todos os fatos jurídicos. Porém, pode-se obter um conceito material, mais restrito, que só abrange certas regras, certos elementos jurídicos. Mas, o conceito formal e lato do Estado deve ser considerado o conceito fundamental.

Na tese kelseniana não há dualidade entre o Estado e o Direito. Não são duas entidades diferentes: o Estado e o Direito são a mesma coisa, sendo o Estado idêntico à ordem jurídica (quer se trate da ordem jurídica total ou de uma ordem jurídica parcial), da qual como sujeito de direito, como pessoa, êle não é mais que a personificação.

Se considerarmos o Estado uma ordem jurídica, devemos poder propor e resolver todos os problemas da teoria geral do Estado sob êsse ponto de vista único. Ora, não só é isso que acontece, mas até somente com essa condição é que podem ver-se claramente os apertados laços que unem os problemas estudados, e que, em consequência, as soluções dadas se apresentam como um sistema harmonioso e completo. E assim fica, também, a procedência da hipótese em si, isto é, a identidade do Estado com o sistema do direito. E, na verdade, todos os problemas da teoria geral do Estado são problemas relativos à *validade* e à *criação* da ordem jurídica, problemas de direito.

Os "elementos" do Estado: poder público, território do Estado, povo, são simplesmente, a validade da ordem estadual em si e a sua validade no espaço e quanto às pessoas. A questão da natureza das formações jurídicas que nascem de uma *organização territorial* do Estado, é um caso particular do problema geral do domínio de validade da ordem estadual: o que nela interessa discutir, são os problemas da centralização e da descentralização, posições do qual podem encarar-se a descentralização administrativa, as circunscrições descentralizadas, as províncias, as frações de Estado, etc., e, de um modo especial, tôdas as uniões de Estado (Estática).

A teoria dos “três poderes” ou “funções” do Estado tem por objeto as fases sucessivas da criação da ordem jurídica (Dinâmica). Os “órgãos” do Estado só podem ser concebidos como fatores da criação do direito. E, as “formas políticas” são, apenas, os diferentes métodos de criação da ordem jurídica, metaforicamente qualificada de “vontade do Estado”.

Todos estes problemas da teoria geral do Estado se referem à natureza, isto é, à forma ou ao conteúdo da ordem estadual, mas conteúdo possível desta ordem, podendo apenas, por isso mesmo, levar à fixação de tipos. A questão do conteúdo legítimo da ordem estadual não pertence à teoria geral do Estado, e sim à política teórica ou ciência política enquanto disciplina especulativa, e nisto esta disciplina se distingue daquela. A teoria geral do Estado, para manter o seu método em toda a sua pureza, deve, absoluta e rigorosamente, excluir qualquer intromissão do ponto de vista político.

B) QUESTÕES PARTICULARES

I — OS GRAUS DA ORDEM JURÍDICA

A doutrina clássica ensina que o poder estadual, uno na sua essência, se divide em três poderes coordenados — legislativo, executivo e judiciário, correspondentes a três funções fundamentais do Estado, isto é, legislação, administração e justiça. Mas, conforme já vimos, no pensamento do grande jurista, devemos entender por “poder estadual”, simplesmente a validade de um sistema jurídico. Em conclusão, esse poder é, necessariamente, uno e indivisível. Qualquer função do Estado é uma função jurídica e, por conseguinte, a teoria das funções do Estado deve encarar o funcionamento do direito, o seu automatismo próprio, ou seja, a dinâmica jurídica. As funções do Estado são, portanto, funções de criação do direito, e o seu conjunto constitui o processo, de múltiplas fases, da regulamentação jurídica.

O direito apresenta a característica de regular a sua própria criação: todas as normas jurídicas são estabeleci-

das de harmonia com as prescrições de uma norma superior, e, por sua vez, determinam também como será estabelecida uma norma inferior. Criar uma norma é, portanto, ao mesmo tempo, criar uma outra norma: o mesmo ato é simultaneamente de criação e de aplicação do direito. Os três poderes, no ângulo da doutrina clássica, MONTESQUIEU à frente, correspondem, unicamente a três fases, que são acentuadas de maneira especial pelo direito positivo. O que na realidade se verifica não é, de forma alguma, a coexistência de funções mais ou menos isoladas, ou mesmo de natureza diferente, mas uma sobreposição, uma hierarquia de regras jurídicas, em que as mais altas condicionam as outras. Neste passo, a inteligência da ordem jurídica se poderá fazer através dos seguintes graus: a) a constituição; b) a lei e o Regulamento; c) a sentença, o contrato e a administração (direta e indireta).

a) "A Constituição"

É a regra fundamental ou primária, que assegura a unidade do sistema jurídico no seu movimento de criação. Ou mais precisamente: é a regra fundamental do direito internacional ou do direito interno, conforme se admita a primazia de um ou de outro. Esta regra tem por função instituir um primeiro órgão de criação do direito, e forma, neste sentido a Constituição no significado teórico ou ideal da palavra, aquilo a que Kelsen denomina a *Constituição hipotética*. O legislador estabelece as regras da criação das normas gerais — é a *Constituição positiva*. No sentido mais lato e material da palavra, a Constituição é um sistema de normas que regula a criação de outras normas. Em sentido estrito, só nela se compreendem as regras sobre a criação das normas jurídicas dos graus superiores, especialmente das leis. Neste sentido a Constituição como que se restringe à forma da criação do direito. É um simples quadro, que só adquire um conteúdo positivo por intermédio das leis que vierem a ser elaboradas de acôrdo com as suas pres-

crições. Há, portanto, interêsse em se distinguir, ao lado da simples legislação, e como função especial, a *legislação constitucional*, isto é, ao lado do poder legislativo, um poder constituinte. Da distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias, resulta a noção de forma constitucional, impròpriamente qualificada de Constituição no sentido formal. Nesta forma constitucional, podem moldar-se outras matérias jurídicas, diversas da Constituição no sentido particular e material da palavra, quer dizer, das regras sôbre legislação. Combinando os diferentes elementos chega-se à noção “*lato sensu*” de Constituição — é o conjunto das normas que regulam a situação dos órgãos superiores do Estado, e as relações entre o poder público e os indivíduos que dêle dependem.

b) “*A lei e regulamento*”

Um grau abaixo da Constituição, compreendida no sentido restrito e material que vimos de precisar, está a *legislação*. Legislar é, no significado próprio, estabelecer regras jurídicas gerais, seja qual for o órgão legislativo, órgão democrático ou autocrático. A noção e a natureza da legislação só se distinguem claramente quando ela se opõe à execução, ou melhor, quando o estabelecimento das regras gerais e o das regras individuais obedecem a regimes diferentes. As constituições modernas admitem em geral, a título de exceção, que certas regras gerais, ou, em determinadas circunstâncias, tôdas as regras gerais, sejam formuladas por um órgão diferente do órgão normal da legislação, do legislador (Parlamento ou Parlamento e Chefe de Estado). Aí teremos, não mais leis, e sim *decretos ou regulamentos*. Em geral, a Constituição concede a tôdas as autoridades administrativas o poder de estabelecerem, nos limites da sua competência e com base na lei — *regulamentos complementares*, para regular os pormenores da sua execução. Os regulamentos constituem um grau inferior em relação à lei, que até certo ponto concretizam: neles o processo de

criação do direito continua para além da fase em que é criada a lei. Há também os *regulamentos* com fôrça de lei, que substituem ou revogam uma lei existente: são os chamados *regulamentos de necessidade* ou de *exceção*. Muitas constituições modernas autorizam o Chefe de Estado ou o Govêrno, a publicar provisòriamente, em circunstâncias excepcionais (quando o órgão legislativo normal, o Parlamento, não pode funcionar, como p. ex. em caso de guerra), regulamentos em vez das *leis* pròpriamente ditas. Êsses regulamentos são também designados por “leis provisórias”, ou “regulamentos com fôrça provisória de lei”. Porém, é recomendável que êstes regulamentos sejam submetidos, em tempo oportuno, à aprovação do legislador, que pode revogá-los. Na pirâmide do direito, colocam-se, portanto, ao lado da *lei*, imediatamente abaixo da Constituição, que, na realidade, institui, então, dois órgãos legislativos — um órgão normal e um órgão excepcional.

c) “A sentença, o contrato e a administração”

A fim de que consiga tôda a sua significação e alcance, a disposição geral, que liga determinada consequência a certo fato, — deve ser individualizada. É necessário verificar se o fato previsto “in abstracto” pela regra geral, existe “in concreto” e, no caso afirmativo, passar à aplicação. Isto é, primeiro ordenar, e em seguida fazer funcionar a sanção prescrita, igualmente “in abstracto”. É êste o papel da “sentença”, esta é a função da justiça, do poder judicial. Esta função não tem, de maneira alguma, um caráter puramente declarativo, ao contrário do que a doutrina tem admitido. Apesar da terminologia imprópria que induz a êrro — “dizer o direito”, “achar o direito” que poderia fazer pensar que os juízes se limitam a declarar, a exprimir o direito já contido na regra geral, — a jurisdição é na realidade uma função constitutiva e a sentença um verdadeiro ato de criação do direito. Sòmente a sentença cria uma relação entre a condição e a consequência jurídica concretas, desempenhan-

do no domínio individual, o mesmo papel desempenhado pela lei no domínio geral. Ela é, assim, uma regra jurídica individual: a individualização ou concretização de uma regra jurídica geral ou abstrata. Julgar é, portanto, continuar o processo de criação do direito, fazendo-o descender do geral para o particular. E, quem afirma estar todo o direito contido nas regras gerais, ou seja, a identificação errônea do direito com a lei, incide num obscurecimento desta noção.

O direito ainda se concretiza ou individualiza por outros modos. Entre a lei e a sentença situa-se o "*contrato*". Ele individualiza o primeiro elemento da regra geral — a condição — e que figura entre as regras que os tribunais têm de aplicar em direito civil. As partes regulam elas mesmas, por delegação da lei, as suas relações recíprocas. A função da sentença, limitar-se-á, então, a estabelecer que as obrigações assim criadas foram violadas e a ligar a essa verificação a sanção, isto é, a execução.

A função administrativa também consiste em individualizar ou concretizar as regras legais. Chama-se-lhe correntemente "execução". Deve-se, porém, distinguir dois tipos de administração: a administração pública indireta e a administração pública direta.

A administração pública indireta representa uma verdadeira jurisdição, uma função inteiramente análoga à justiça ordinária. Serve-se, neste caso, para atingir os seus fins, exatamente dos mesmos processos que a justiça: assim, as leis e regulamentos administrativos, em geral, e depois, individualmente, as decisões das autoridades administrativas — ligam aos atos que a administração quer proibir, uma sanção, penalidade ou execução administrativa. Sentença e decisão administrativa são dois atos da mesma natureza. Apenas difere a situação jurídica dos órgãos que estabelecem a regra individual: os juizes são independentes, ao contrário das autoridades administrativas, que o não são. A decisão administrativa é, pois, análoga à sentença. A disposição administrativa (a segunda das duas categorias de atos administrativos) é equivalente ao contrato do direito civil:

concretiza o fato-condição previsto na regra administrativa geral. A lei habilita a autoridade administrativa a estabelecer uma regra individual, unilateral, ao contrário do contrato. E é a ela que incumbe, quando ocorrer a sua violação, verificar êsse fato, ao qual a decisão administrativa ligará uma sanção administrativa.

Na administração, o Estado pode não se limitar a impor obrigações aos súditos, sob a ameaça de uma pena ou de uma execução; pode, também, realizar êle próprio, diretamente, os fins da administração — é a administração direta ou imediata. Nesse tipo de administração, certos indivíduos, qualificados como órgãos do Estado, têm obrigações correspondentes aos fins desejados, ao passo que na administração indireta essas obrigações pesam sobre os súditos. Só devem ser considerados como “órgãos do Estado”, neste sentido especial da expressão (que opõe o órgão do Estado ao simples cidadão), certos indivíduos que a técnica jurídica designa por um nome rigorosamente preciso — os agentes públicos. Diremos que se trata de funcionários profissionalmente obrigados a uma certa atividade, subordinados ao direito disciplinar e recebendo uma remuneração fixa, paga por um fundo central chamado Tesouro público, que serve também para cobrir as outras despesas da administração, e que é constituído pelas contribuições dos habitantes.

Relacionando idéias, cumpre recordar que o poder estadual, essencialmente uno, deve ser dividido, a fim do Chefe de Estado conservar, na medida do possível, pelo menos uma parte intacta ilimitada, para servir de contrapêso à outra. Mas, o que em democracia parece essencial, é menos separar os poderes (confiar cada uma das três grandes funções a um órgão diferente) que dividir o poder, isto é, fazer exercer cada função por um órgão complexo (fracionar o exercício de uma só e mesma função entre vários agentes, que tenham, tanto quanto possível, interêsses políticos opostos). E, nos desenvolvimentos do direito contemporâneo, entre outros motivos, pelo progresso da justiça administrativa, o princípio da separação diminui de importância.

II — O PROBLEMA DA ORGANIZAÇÃO TERRITORIAL DO ESTADO — A TEORIA DA CENTRALIZAÇÃO E DA DESCENTRALIZAÇÃO

Entende EISENMANN, o mais notável crítico de Kelsen, que é a propósito do problema da centralização e da descentralização que o grande jurista atingiu uma posição realmente singular (embora lhe demonstre tantas contradições), pois, a sua concepção é a única que conduz à análise do problema, pelo fato de estabelecer como ponto de partida esta premissa — o problema da organização territorial do Estado é um problema do domínio da validade territorial das normas jurídicas. Validade no interior do seu território, validade local. Ou elas possuem, tôdas, o mesmo domínio de validade — a extensão total do território do Estado, ou, pelo contrário, umas são válidas para todo o território, e outras apenas para uma parte dêsse território. As primeiras são as normas centrais, e as segundas, as normas não-centrais ou locais. As normas locais formam ordens jurídicas parciais, constituem comunidades jurídicas subordinadas, que são consideradas como “membros”, territorialmente diferenciados do Estado. Esta forma de organização territorial do Estado é a *descentralização*. O grau de descentralização, — e, lògicamente, a centralização, porque os dois têrmos são correlatos — depende da proporção, em número e em importância, das normas centrais e das não-centrais. A centralização seria total se tôdas as regras do sistema estadual, sem excepção, fossem válidas em todo o território. Por sua vez, a descentralização seria total se cada regra fosse válida apenas para uma parte de território. Neste último caso, para estarmos em presença de um todo organizado e de uma comunidade unitária descentralizada, torna-se necessário supor, no mínimo, uma norma hipotética fundamental válida para todo o território, e de harmonia com a qual tôdas as regras posteriormente formuladas serão válidas sòmente para uma parte dêsse território. Em verdade, porém, nunca, nem um nem outro dêstes casos-limites foi realizado no direito positivo.

E, entre êstes dois extremos, graduam-se todos os tipos parciais de descentralização, e, em consequência, de centralização. A separação das diversas normas em centrais e não-centrais pode operar-se segundo dois princípios: ou por graus da ordem jurídica, ou, independentemente do grau, por matérias, por objetos de regulamentação. Exemplos: no primeiro caso — tôdas as leis constitucionais serão válidas em todo o território, e qualquer outra norma, seja geral ou seja individual, só terá validade em certa parte dêsse território; no último caso — as regras de direito civil serão normas centrais; as regras de direito industrial, ao contrário, serão normas puramente locais. Portanto, o critério de distinção entre a centralização e a descentralização é um elemento estático — a diferente extensão de território em que são válidas as regras jurídicas. Mas, subsidiariamente, podemos estudar do ponto de vista dinâmico a forma como essas regras são criadas, e, por isso mesmo, a natureza dos órgãos que as formulam. Daí, entrevemos dois sistemas possíveis: as normas centrais e as normas locais formuladas por um só e único órgão, ou por órgãos diferentes. A rigor, nenhum dos dois sistemas caracteriza, exclusivamente, uma ou outra das formas da organização territorial do Estado. O caráter centralizador de um Estado revela-se, todavia, mais intensamente, quando tôdas as normas centrais são criadas por um único órgão, que será na medida do possível, simples. Mas, um Estado não é descentralizado apenas porque as normas são estabelecidas por diferentes órgãos, ou geradas de atos diferentes de um só órgão. (Por exemplo, conforme a matéria regulamentada: o sistema dos departamentos administrativos). Pode-se admitir, em tese, inversamente, a que num Estado descentralizado tôdas as regras locais, ou mesmo tôdas as regras (centrais e locais), fossem criadas por um único órgão, ou melhor, por um único agente, ainda que seja por meio de atos diferentes. Haveria então, união pessoal entre os órgãos das diversas ordens subordinadas, ou até entre órgãos centrais e órgãos locais. Evita-se, aliás, na prática, empregar êste último sistema, exatamente porque

a descentralização deve permitir regular de modo diverso uma mesma matéria para as diferentes partes do território do Estado, e de preferência instituem-se órgãos próprios para cada uma delas. Vimos, pois, que uma questão de grau, de ordem quantitativa fornece elementos para distinguir a descentralização total da descentralização parcial.

Impõe-se outra distinção, essa qualitativa, entre descentralização perfeita e descentralização imperfeita. A descentralização é perfeita quando as normas locais são estabelecidas de maneira definitiva e independente. 1.º) *Definitiva* — isto é, sem que as normas centrais possam revogá-las ou substituir-se às mesmas; 2.º) *Independente* — isto é, sem que as normas centrais tenham qualidade para lhes modificar o conteúdo. A descentralização é, ao contrário, imperfeita, quando ausente o primeiro ou o segundo destes elementos. Exemplo de descentralização perfeita: um Estado federal admite o princípio de que as leis federais estão acima das leis dos Estados federados. Exemplo de descentralização imperfeita: — a lei central fixa os princípios da regulamentação, de que a lei local só terá de estabelecer as particularidades.

A teoria da centralização e da descentralização é da máxima importância no pensamento kelseniano, porquanto fornece o critério para a classificação das coletividades jurídicas, ou seja, para caracterizar o *Estado Unitário*, os *Países*, o *Estado federal e os seus Estados-membros*, a *Confederação de Estados*, as *outras Uniões de Estados e a Comunidade Jurídica Internacional*.

Na elaboração de sua teoria, KELSEN variou de orientação. É o que se nota através do exame da *Allgemeine Staatslehre* — 1925, e da *General Theory of Law and State* — 1945. Na primeira obra não aparece nítida a concepção do “*critérium dinâmico*”, enquanto na segunda com clareza afirma que a centralização e a descentralização são dois fenômenos que devem ser interpretados como fenômenos de estática do direito e da dinâmica do direito. Neste problema, veio a admitir, afinal, um critério dualista.

C) CONCLUSÃO

A DEFINIÇÃO DO ESTADO

Considerando que uma investigação mais circunstanciada demonstra que o Estado é uma ordem social coativa, e que esta ordem coativa é necessariamente idêntica à ordem jurídica, pôsto que são os mesmos atos de coação que caracterizam a ambas; considerando que uma mesma comunidade social não pode ser constituída por duas ordens diferentes; considerando deficitária a assimilação ao Estado de um grupo de indivíduos submetidos a um poder organizado; considerando que somente se conceberá o Estado tendo em vista uma ordem jurídica quando tenha alcançado certo grau de centralização — KELSEN conclui por esta definição:

O Estado é uma ordem, cujas normas regulam a conduta humana. Assim, pretendeu ter atingido um conhecimento ideològicamente livre, do Estado, libertado de tòda Mística e de tòda Metafísica.