

# REFLEXÕES SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL EM HANS KELSEN<sup>1</sup>

## REFLECTIONS ON THE CONSTITUCIONAL STATE IN HANS KELSEN

**Márcio Ricardo Staffen**

**Resumo:** O presente artigo objetiva abordar os marcos teóricos jurídicos essenciais da categoria Estado e sua orientação a partir da construção constitucional de Hans Kelsen. Notadamente reconhecido por sua Teoria Pura do Direito merece igual atenção a contribuição de Hans Kelsen para a Teoria do Estado. Não se trata de um estudo interessado na reconstrução de todos os atributos e marcos teóricos do Estado, mas, especialmente a arquitetura posta à serviço da controlabilidade das ações estatais, notadamente, a opção por um modelo constitucional. Utilizou-se, para o desenvolvimento desta presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Estado. Constituição. Hans Kelsen.

**Abstract:** This article aims to address the theoretical frameworks essential legal category of State and guidance from the constitutional construction of Hans Kelsen. Notably recognized for his Pure Theory of Law deserves equal attention from Hans Kelsen's contribution to the theory of the State. This is not a study interested in the reconstruction of all attributes and theoretical frameworks of the state, but especially the architecture put to the service of controllability of state actions, notably the option of a constitutional model. Was used for the development of this research, the inductive method, operated by the techniques of operational concepts and literature.

**Keywords:** State. Constitution. Hans Kelsen.

### **Introdução**

O presente artigo objetiva abordar os marcos teóricos jurídicos essenciais da categoria Estado e sua orientação a partir da construção constitucional de Hans Kelsen.

---

<sup>1</sup> Artigo desenvolvido no âmbito das pesquisas no Doutorado em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia a partir das interlocuções com os Profs. Drs. Maurizio Oliviero e Mauro Volpi. Agradecimentos ao Prof. Joacir Sevegnani (UNIDAVI).

Notadamente reconhecido por sua Teoria Pura do Direito merece igual atenção a contribuição de Hans Kelsen para a Teoria do Estado.

Em linhas gerais, o estudo do Estado esteve ao longo dos séculos circunscrito a teólogos, filósofos, sociólogos, economistas e mais recentemente, apenas, aos juristas. Não por acaso ainda se discute os principais atributos do Estado sobre as bases filosóficas e sociológicas. Ainda que todo este trânsito entre várias ciências seja nuclear ao conhecimento sério, não se pode abrir mão de analisar o Estado pelos olhos da Ciência Jurídica. Eis o motivo da escolha por Hans Kelsen.

Não se trata de um estudo interessado na reconstrução de todos os atributos e marcos teóricos do Estado, mas, especialmente na arquitetura posta à serviço da controlabilidade das ações estatais, notadamente, a opção por um modelo constitucional. Independente das variáveis ideológicas que permeiam a compreensão de importante categoria é notória a compulsoriedade de estudo do Estado pela Ciência Jurídica. Não se pode perder de vista que compete ao Direito, enquanto objeto da Ciência Jurídica, fazer frente aos excessos e omissões do Estado.

Neste panorama, imperioso revisitar e (re)situar fundamentalmente a compreensão tradicional e vigente da noção de soberania. Há de se praticar um sistema rígido e substancial de contenção do poder absoluto, perpétuo, indivisível, inalienável e imprescritível do Estado, como defende Jean Bodin. A partir deste propósito eis a confluência entre Estado e Constituição, interessado na manutenção do poder do primeiro com derivação formal e materialmente da segunda instituição e, sujeito ao controle de constitucionalidade.

Utilizou-se, para o desenvolvimento desta presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

## **1. Ainda o Estado soberano...**

Ao longo dos séculos, notadamente, a partir do século XV, a categoria Estado passou a ocupar um espaço destacado nas vitrines do pensamento moderno. Embora, as bases de sua defesa não sejam absolutamente novas à época. Não por acaso que o conceito de Estado tenha assumido ampla discussão histórica, política, sociológica, filosófica, econômica e, em menor proporção, jurídica.

Considerando todos esses espectros há de se reconhecer o Estado como uma entidade coletiva, porém, de natureza e origem controvertida<sup>2</sup>. Controvertida em razão das abordagens diversas dadas com variáveis temporais, locais, ideológicas e pessoais distintas.

Tradicionalmente o Estado foi teorizado como forma de organização coativa, capaz de regular pela força e unir determinado grupo social sobre espaço territorial compartilhado por este elemento humano, que por tais características distingue-se de outros, os estrangeiros. Assim, o Estado passa a ser representado, na idade Moderna, pela equação aritmética poder soberano, povo e território a qual ainda impera nos atributos desta instituição, comportando devidas exceções, como, por exemplo, o Vaticano.<sup>3</sup>

Sem preterir os antecedentes “proterozóicos” do Estado é preciso dar vazão à constatação de Maurizio Fioravanti:

Il potere pre-moderno era incapace d’istituzionalità perché si ‘esauriva’ nell’attività regolativa dei diritti e dei privilegi, ovvero si realizzava esclusivamente nel momento in cui il giudice statuiva circa l’esistenza di una posizione giuridica soggettiva. Di contro, l’esercizio moderno delle prerogative politiche si caratterizza proprio per il fatto di non esaurirsi nella regolamentazione, o nella tutela-garanzia, delle pretese individuali e particolari: lo spazio ulteriore, cioè lo spazio pubblico-autoritativo non direttamente funzionale alla sistemazione ed alla definizione delle posizioni degli individui, è lo *spazio dell’istituzionalità*, frutto specifico dell’Età moderna.<sup>4</sup>

Nestes termos, o Estado passa a vestir atributos de “Moderno” quando despede-se de critérios metafísicos, sustentado por privilégios e velhas tradições divinas para fundir racionalidade e institucionalidade edificada sobre bases estáveis. Certamente, quando o uso do poder e de privilégios deixa de ser uma delegação divina para exigir legitimação de seus titulares surge uma nova razão ao Estado. Assim, há de se considerar a tensão instalada e,

---

<sup>2</sup> PORTINARO, Pier Paolo. **Stato**. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1999, p. 11.

<sup>3</sup> “Lo Stato, così, è una particolare forma di organizzazione coattiva, che tiene unito un gruppo sociale su un determinato territorio, differenziandolo da altri gruppi, a esso estranei; esso generalmente viene caratterizzato da tre elementi: il potere sovrano, che dà sostanza all’autorità; il popolo, che nei diversi tempi storici ha ruoli diversi; e infine il territorio o meglio l’unità territoriale su cui esercita il proprio dominio (lo Stato ha un centro – la capitale – e ben precisi e delimitati confini), donde la territorialità dell’obbligazione politica.” Neste sentido: MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2005, p. 09.

<sup>4</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e costituzione**: material per una storia delle dottrine costituzionali. G. Giappichelli: Torino, 1993, p. 29.

posteriormente superada, entre interesses particulares e coletivos. Neste cenário, é a adoção e comunhão destes interesses que justifica o exercício do poder pelo Estado.<sup>5</sup>

Ao romper em linhas gerais com noções tradicionais de legitimidade para orientar-se sobre bases teórico-práticas de uso do poder e da técnica impessoal<sup>6</sup> o Estado Moderno sufoca a história. Nesta medida impera a institucionalidade em detrimento da historicidade.

Todavia, tal ruptura não se fez de forma abrupta. Determinadas instituições precisaram ser mantidas ou resgatadas para esta nova criatura chamada Estado. Evidente que não se deu a descalcificação do poder, apenas o deslocamento do centro pessoal para a malha institucional. Ainda que tal Estado continuasse a ser centrado em uma pessoa. Com a confluência do modelo romano de *absolutio legibus* com a máxima canônica de *plenitudo potestatis* se dá vida ao processo de racionalização (jurídica) que transforma poder de fato em poder juridicamente executável.

Entretanto, continuava o Estado relacionado umbilicalmente às noções de poder e domínio, prioritariamente. Nesta quadra de argumentação faz-se imperioso abrir senda para a soberania. Ademais, a soberania estatal decorre diretamente da institucionalização do poder, e não o reverso, atesta Maurizio Fioravanti<sup>7</sup>.

Modernamente a ideia de soberania surge nos idos de 1500, aliando-se ao Estado, para indicar caracteres do poder estatal, como sujeito e titular único do poder político. Acaba por criar um Estado absoluto, unificador e concentrador da cisão entre o mando do Império (do Rei, especialmente) e da hegemonia do papado. Por tais razões a soberania institucionaliza no Estado Moderno a prerrogativa exclusiva de monopólio, entendido como

---

<sup>5</sup> Merece destaque: “Anzi, la tesi fondamentale è che lo Stato assoluto, intenso come potere pubblico collocato al centro di un certo territorio con pretese tendenzialmente monopolistiche, abbia potuto solo ‘sovrapporre’ proprie istituzioni a quelle specifiche del diritto pubblico di quel medesimo territorio: cosicchè ciò che chiamiamo ‘Stato moderno’ è solo in parte il risultato di una battaglia tra interessi ‘generali’ e ‘particolari’, ed è spesso piuttosto il risultato contraddittorio di ‘un’integrazione’ tra due diversi circuiti politico-istituzionali, quello monarchico-‘assoluto’, e quello pubblico-territoriale. Il secondo termine di questo rapporto d’integrazione – è bene ricordalo – si sostanzia sul piano storico in una grande quantità, e complessità, d’interessi e di forze organizzate; e torna così ancora il problema del ruolo giocato da queste forze a livello politico-istituzionale.” FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e costituzione**: material per una storia dele dottrine costituzionali. p. 85.

<sup>6</sup> “Il processo di disincantamento si è anzi spinto così avanti, che la stessa religione può essere ora concepita secondo un freddo calcolo come *instrumentum regni*. Lo Stato è un soggetto consapevole dei propri interessi e il suo agire un calcolo di interessi, che non coincidono più in modo immediato con gli interessi del principe ma divengono essi stessi oggetto di spersonalizzazione e universalizzazione. Con la distizione tra dominio del principe e persona giuridica dello Stato si può dire che la dottrina politica faccia il suo ingresso nell’età moderna.” PORTINARO, Pier Paolo. **Stato**. p. 36.

<sup>7</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e costituzione**: material per una storia dele dottrine costituzionali. p. 33.

hegemônico, do uso da força em determinado território e sobre sua população, impedindo, inclusive, interferências estrangeiras.

Entretanto, a soberania na concepção moderna exige uma nova caracterização para divorciar-se ontológica e teleologicamente da ideia de soberano plenamente praticada no medievo. Eis que surge a construção de Jean Bodin<sup>8</sup>, conceituadora de soberania como o poder de fazer e executar a lei. Está instaurada uma nova fase no pensamento político-estatal, haja vista uma construção teórica capaz de romper em definitivo com a subjetividade e com o solipsismo da utilização do poder estatal. A sujeição à lei cria um novo atributo ao Estado, agora Estado de Direito. Contudo, a prática desnuda um cenário diverso do projetado.

Nesta senda, o Estado passa a utilizar o monopólio do uso legítimo (legitimado pelo Direito) da força para instaurar a paz em seu território através da utilização impessoal e pública do governo para com o governado<sup>9</sup>. Por tais razões, nos dizeres de Pier Paolo Portinaro<sup>10</sup>, o Estado não é mais o sujeito que institucionaliza ou que relativiza o conflito político, mas o sujeito político que institucionaliza (regulamenta) a guerra civil. Em certa medida, o Estado passa a ser uma máquina, instrumento artificial para a pacificação, atribui Nicola Matteucci<sup>11</sup>.

Em complemento, leciona Portinaro que:

*Lo Stato è al tempo stesso soggetto di alta politica e soggetto di neutralizzazione della bassa politica: è un soggetto di alta politica che fa della bassa politica un oggetto. L'alta politica è il dominio dell'eccezione, la bassa politica è l'amministrazione della normalità. Col tempo i confini tra alta e bassa politica diventano sempre più fluidi e la società civile si politicizza.*<sup>12</sup>

Ocorre que ao dedicar-se tanto poder para o Estado, circunstâncias alheias às suas atribuições fizeram com que o Estado atenha-se mais a unidade política e de autoridade do que propriamente no equilíbrio dos interesses que o constituíram. Como consequência a noção

---

<sup>8</sup> BODIN, Jean. **Los seis libros de la republica**. Tradução Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973.

<sup>9</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. p. 11.

<sup>10</sup> PORTINARO, Pier Paolo. **Stato**. p. 25.

<sup>11</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. p. 45.

<sup>12</sup> PORTINARO, Pier Paolo. **Stato**. p. 25.

tradicional de soberania é maquiada com novas cores e o ordenamento jurídico torna-se cada vez mais complexo para justificar e legitimar pretensas razões de Estado.<sup>13</sup>

Colabora nesta quadra uma antiga cisão romana: a distinção Direito público *versus* Direito privado. A partir deste cisma entre o ramo de Direito que regula os interesses exclusivamente particulares e o ramo exclusivamente relacionado aos assuntos do Estado, este passa a aliar interesse estatal (vinculado ao uso da coerção) e soberania, obtendo, como produto, a completa desvinculação jurídica do Estado. Cria-se, em outras palavras, um regime de completa exceção, no qual o Direito não vige em interesses colidentes ao do Estado.<sup>14</sup>

Inegavelmente o objetivo inicial de resolução dos conflitos sociais com exclusividade é subtraído pela imposição de atos de império. Sem exageros, a utilização monopolizada da força prevalece na teoria e na prática em comparação à racionalidade do Estado e a sujeição à lei. Não por acaso o advento de pensamentos baseados em razões de Estado, supremacia do interesse público e discursos afins, guardam conexão com a frase “O Estado sou eu”, de Luís XIV. Assim, a noção moderna de soberania é preterida em nome do poder supremo que não reconhece outro acima de si (*potestas absoluta superiorem non recognoscens*).<sup>15</sup>

Diante deste quadro há que se concluir que toda a arquitetura posta a serviço do Estado Moderno incidiu nas mesmas máculas dos modelos anteriores de organização política. Ainda que evoluções foram observadas em matéria de unificação do poder e redução de privilégios exclusivamente pessoais, mas restaram mantidos instrumentos de dominação alheios ao equilíbrio social. Em síntese, nesta quadra da história, o “dever-ser” sucumbiu em face do “ser”. Rapidamente a teorização principiada objetivou essencialmente a legitimação do *status quo*, somente, e não a função de fazer valer os direitos, salvo os do Estado<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Neste panorama FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e costituzione**: material per una storia delle dottrine costituzionali. p. 86. Em complemento; “Di contro, l’esercizio moderno delle prerogative politiche si caratterizza proprio per il fatto di non esaurirsi nella regolamentazione, o nella tutela-garanzia, delle pretese individuali e particolari: lo spazio ulteriore, cioè lo spazio pubblico-autoritativo non direttamente funzionale alla sistemazione ed alla definizione delle posizioni degli individui, è lo *spazio dell’istituzionalità*, frutto specifico dell’Età moderna.” [p. 29].

<sup>14</sup> BONGIOVANNI, Giorgio. **Reine rechtslehre e dottrina giuridica dello stato**. Milano: Giuffrè, 1998.

<sup>15</sup> Conforme FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>16</sup> VOLPI, Mauro. **Libertà e autorità**. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 31.

## 2. Nasce o constitucionalismo

A gênese do Constitucionalismo não se resume tão-somente nos movimentos revolucionários liberais<sup>17</sup>, ou anti-absolutistas, tal como a Revolução Inglesa, a Independência americana ou a Revolução Francesa<sup>18</sup>. O movimento constitucional do qual se origina a Constituição em sentido moderno, possui várias vertentes localizadas em marcos temporais diacrônicos e em espaços históricos, geográficos e culturais distintos<sup>19</sup>. Sendo assim, o discurso deve, portanto, começar a partir do “constitucionalismo dos antigos”, tentando compreender os significados que ele assume no desenvolvimento histórico dos acontecimentos que levaram à sua formação. Ademais, é justamente com este paradigma que se habilita o diálogo comparativo em torno do(s) constitucionalismo(s) moderno(s).

Importante ressaltar que a análise dos eventos pretéritos do Constitucionalismo e, do Direito Constitucional, nos dizeres de Hermann Heller, decorre da necessidade de que “A dogmática jurídica do Direito Constitucional existe para servir ao fim de uma continuidade histórica e sistemática da Constituição real; para este fim tem que se orientar o seu método.”<sup>20</sup>

A partir de Maurizio Fioravanti<sup>21</sup> e Gomes Canotilho<sup>22</sup> é possível compreender o percurso histórico iniciado pelo Constitucionalismo ainda na cultura grega, sem o qual, os

---

<sup>17</sup> Neste ponto, observa-se uma divergência com os ensinamentos de Dieter Grimm, para quem o constitucionalismo surge “Sólo con las revoluciones del siglo XVIII en Norteamérica y Francia, que abolieron por la fuerza la soberanía hereditaria y erigieron una nueva sobre la base de la planificación racional y la determinación escrita del derecho [...]” GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simon. Madrid: Trotta, 2006, p. 27-28. Título original: Die Zukunft der Verfassung.

<sup>18</sup> O substantivo constitucionalismo carece de uma compreensão plural. Não há que se falar em constitucionalismo, mas sim em vários constitucionalismos (constitucionalismo inglês, constitucionalismo americano, constitucionalismo francês, etc...). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51.

<sup>19</sup> Por constituição moderna “entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 51-52.

<sup>20</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 311. Título original: Staatslehre.

<sup>21</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. Título original: Costituzione.

<sup>22</sup> A partir de Canotilho “fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 52.

signos essenciais do Constitucionalismo moderno talvez não se fizessem presentes. Para Maurizio Fioravanti, o marco inicial do movimento constitucional advém da antiga busca por uma forma de governo tutora da unidade, do equilíbrio e da indivisibilidade da sociedade e dos poderes públicos<sup>23</sup>. É justamente em solo grego, em meio às oscilações entre a primazia absoluta da assembleia de todos os cidadãos atenienses e a concentração tirânica do poder<sup>24</sup> que germina o ideal de um poder razoável e equilibrado<sup>25</sup>.

Com Platão surge a máxima de “*ciencia regia*”, a qual não pretende de nenhuma maneira exaltar os poderes pessoais do mandante, o que autorizaria a arbitrariedade e o despotismo dos governantes e das maiorias. Ao reverso, busca construir uma forma de governo ideal, capaz de dar respostas adequadas, guiadas por regras abstratas e pré-constituídas<sup>26</sup>. Parece evidente para Maurizio Fioravanti que a “*ciencia regia*” e o “governo das leis” não são outra coisa que fórmulas pelas quais se inscrevem as mesmas exigências materializadas em uma constituição estável, solidamente fundada, “puesta más allá de las transitorias formas de la política y, en particular, de la forma política por esencia más instable, que és ciertamente la democrática.”<sup>27</sup>

Aristóteles<sup>28</sup>, por sua vez, partindo deste substrato, vaticina que toda forma de governo fundado sobre um único poder é instável. Em favor do equilíbrio almejado,

---

<sup>23</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 17.

<sup>24</sup> “El error de la democracia fue el de apartarse cada vez más de aquel modelo, el de romper el equilibrio. Al apelar a la igualdad absoluta, la democracia ateniense enfermó de demagogia, y terminó, por expresar una constitución parcial e inestable, que inevitablemente la llevó, en fin, a la tiranía.” FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 24. Acerca desta linha tênue que percorre a democracia e o constitucionalismo recomenda-se a leitura de ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Ciudad del México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999. Sobre a cultura da democracia na sociedade grega sugere-se: MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Florianópolis: Conceito, 2010.

<sup>25</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 25: “En el siglo IV, con Platón y Aristóteles, nace una reflexión sobre la política que está seguramente animada por fuertes ideales constitucionales. Sobre la presencia de tales ideales no parece haber ninguna duda. Tanto Platón como Aristóteles, especialmente el segundo, contraponen con claridad el régimen político que nace de una instauración violenta, y que como tal termina inevitablemente por degenerar en la tiranía [...]”.

<sup>26</sup> PLATÃO. **O político**. Tradução de Carmem Isabel Leal Soares. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008, 291d-297b. Sem menção de título original no exemplar consultado. Mirando seu contexto político-social Platão determina que uma constituição que tenha uma origem violenta está condenada a decair na sequência. Assim, para que uma constituição seja verdadeiramente estável e que produza unidade política, alcunhada por ele como “uma boa constituição política”, é necessário cuidado em sua origem. Para tanto, a constituição [pressu]posta não deve jamais ser a constituição dos vencedores ou estar maculada pela violência da sua criação.

<sup>27</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 21.

<sup>28</sup> ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15. ed. São Paulo: Escala, 19[\_\_\_], p. 130-204. Sem menção do título original no exemplar utilizado.

Aristóteles defende uma constituição (*politeia*) mista que se articula com outros centros de poder (Sociedade, pobres, ricos, magistrados, etc.). Com isso, dá origem a ideia de equilíbrio e contrapeso entre os poderes. A dicção de Aristóteles produziu efeitos diretos para a organização dos poderes em Roma, a qual repetiu a divisa do equilíbrio entre os cônsules, o Senado e as assembleias populares.<sup>29</sup>

Feito este esboço historiográfico, faz-se por bem advertir que, muito embora houvesse uma busca por ordenação política e social, as constituições dos antigos, contribuíram exclusivamente com argumentos filosóficos, do tipo virtude e equidade, ao constitucionalismo dos modernos. Além destes não existem signos de conexão direta entre os modelos antigos e modernos de constitucionalismo<sup>30</sup>. Tanto na tradição grega quanto na romana faltavam àquelas constituições elementos de ordem jurídica (cogente), caractere fundante das Constituições modernas<sup>31</sup>. Consoante o magistério de Maurizio Fioravanti “Los antiguos no tenían ninguna «soberanía» que limitar ni, sobre todo, habían pensado jamás en la constitución como norma, la norma que en el tiempo moderno sería llamada a separar los poderes y a garantizar los derechos.”<sup>32</sup>

Enquanto o Constitucionalismo dos antigos pode ser compreendido como uma ordem política ideal, o período histórico que sucede, o medievo, tem um modelo constitucional fundamentado na ordem jurídica dada, de cunho protecionista do *status quo*. Por isso, a Idade Média desenha-se como o período em que o discurso sobre a Constituição deixa de centrar-se exclusivamente no campo político e moral, de aperfeiçoamento do homem através da experiência da participação política para inaugurar um discurso jurídico que nasce

---

<sup>29</sup> É preciso observar que a “*res publica*” de Cícero é um grande projeto de conciliação social e política, que convoca todas as forças para disciplinar-se, com estabilidade e equilíbrio. CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 19[\_\_\_]. Sem menção do título original no exemplar utilizado.

<sup>30</sup> Embora Maurizio Fioravanti não concorde com a busca por raízes do constitucionalismo moderno no antigo (p. 30), sustenta que: “Los antiguos, entonces, dejan de herencia los tiempos sucesivos esta gran Idea: que una comunidad política tiene una forma ordenada y duradera, en concreto una constitución, si no está dominada unilateralmente por un principio político absolutamente preferente; si las partes que la componen tienen la capacidad de disciplinarse; si, en definitiva, su vida concreta no es mero desarrollo de las aspiraciones de los vencedores.” FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 31.

<sup>31</sup> Não obstante a divergência com a teoria de Dieter Grimm acerca das origens do constitucionalismo moderno, é preciso, neste íterim, concordar que “Cualquier comunidad posee una constitución en sentido empírico. La constitución en sentido normativo es un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII que, tras derribar el poder estatal monárquico, tradicional y autolegitimado, se hallaban ante la tarea de erigir un poder nuevo y legítimo.” GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. p. 28.

<sup>32</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 29-30.

da prática social. Neste contexto, a ideia de Constituição medieval vincula-se a noção de regras, limites, pactos e contratos de equilíbrio. Destarte, o Constitucionalismo medieval destina-se prioritariamente à disciplina da legitimação do poder, posto que, preso ao modelo de Constituição mista.<sup>33</sup>

Ainda que o surgimento do Estado Moderno, no século XIV, esteja vinculado a uma série de circunstâncias científicas (Renascimento), econômicas (Capitalismo), religiosas (Cisma) e políticas, para o presente estudo, o marco fundamental diz respeito à soberania, a qual: representa a autonomia do Estado, de forma que sua autoridade não depende de qualquer outra<sup>34</sup>; extingui com o antigo paradigma de constituição mista; e, lança as bases do absolutismo. Diante deste cenário, a unidade do poder soberano<sup>35</sup> coincide com sua indivisibilidade. Entretanto, o poder soberano não é um poder [teoricamente] ilimitado<sup>36</sup>. De fato é um poder que por sua natureza escapa de controle e contrapesos por parte dos outros poderes.<sup>37</sup>

Patente que este trânsito de uma Constituição mista, pautada pela dimensão de pluralidade, de partes distintas, de intercâmbio e de tratados, para um regime regido pelo absolutismo não aconteceu pacificamente. O primeiro embate surge na Inglaterra, a partir dos episódios de 1642<sup>38</sup>. Evidente que uma sociedade fundamentalmente consuetudinária não

---

<sup>33</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 38.

<sup>34</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** – “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 42.

<sup>35</sup> Muito embora seja o substrato primeiro do absolutismo, essa unidade do poder soberano é de fundamental importância para o constitucionalismo moderno que “[...] se distingue por la pretensión de regular el poder político de manera completa y unitaria, en función de su realización y el modo de su ejercicio, mediante una ley situada por encima del resto de las normas.” GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. p. 50.

<sup>36</sup> Por mais risível que possa parecer (se analisado a partir da Filosofia da Linguagem), Thomas Hobbes, limita o poder do soberano na persecução do bem comum e na segurança do povo, devendo prestar contas com o Criador. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 244. Título original: *Leviathan, or matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*.

<sup>37</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 70.

<sup>38</sup> Em 1642 tem início a Guerra Civil Inglesa, caracterizada, essencialmente, pela luta entre os partidários do Rei Carlos I e o Parlamento, liderado por Oliver Cromwell. Os revoltosos objetivavam controlar os excessos do poder real e garantir a prerrogativa legislativa do Parlamento. Com a execução de Carlos I em 1649, tem fim a assim denominada Revolução Puritana, que de certo modo foi o prelúdio da Revolução Gloriosa de 1688-1689. Esta, como explica Trevelyan, apesar de ter sido uma revolução pacífica, produziu profundas mudanças, especialmente com a assinatura da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), que estabeleceu o princípio de que a lei está acima dos reis, a independência dos juizes, a reunião anual do Parlamento, a tolerância religiosa e a liberdade política. TREVELYAN, George McCaulay. **A revolução inglesa**. Tradução de Leda Bozaccian. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 7.

relegaria séculos de tradição em favor de uma nova construção teórica de Estado. Por outro lado, o modelo soberano e absoluto de Estado havia conseguido adeptos. Todo esse processo efervescente descortinou um novo panorama, e com ele uma situação embaraçosa: a incompatibilidade de uma Constituição mista com um modelo soberano e absoluto de Estado.

É justamente neste cenário decisivo que nasce o Constitucionalismo moderno<sup>39</sup>, embora Dieter Grimm não corrobore deste entendimento<sup>40</sup>. A guerra civil instalada obrigava a adoção de medidas radicais. Não só estavam os que, como Thomas Hobbes, pensavam que a saída da guerra civil residia única e exclusivamente na adoção de um poder soberano e indivisível. Noutro lado estavam aqueles que advogavam a construção de uma relação necessária entre os cidadãos e os poderes públicos, sobretudo os representativos, como o legislativo, o qual teria a necessidade, para ser forte e estável, de reconstruir uma ordem constitucional equilibrada e contrapesada<sup>41</sup>, capaz de representar de maneira razoável e duradora o conjunto de cidadãos ingleses.<sup>42</sup> Pelos traços desenhados por James Harrington<sup>43</sup> desejosos de uma Sociedade civil de indivíduos independentes, de uma Sociedade política que nascesse de eleições livres, com base individual, cria-se um governo misto (representativo) e uma Constituição soberana, que obriga a todos indistintamente.

---

<sup>39</sup> Vaticina com certeza Maurizio Fioravanti que o advento do constitucionalismo moderno se dá na Inglaterra, em meio aos episódios da Revolução Inglesa. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 86.

<sup>40</sup> Na opinião de Dieter Grimm, a gênese do constitucionalismo moderno pressupõe: ser uma pretensão dos mais débeis; uma ruptura revolucionária; e a separação entre Estado e Sociedade Civil. Neste diapasão, para o constitucionalista alemão, a Revolução Inglesa, se comparada com a Independência Americana e a Revolução Francesa, não se caracteriza como o berço do constitucionalismo moderno por não ter realizado uma ruptura abrupta do *status quo*, isto porque não houve a derrocada do poder tradicional (monárquico) para a construção de um novo modelo. Além disso, a seu ver, faltava à Revolução Inglesa uma constituição formal. Razões estas que impedem o reconhecimento, a seu juízo, do nascedouro do constitucionalismo moderno na Inglaterra. GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. p. 50-64. Todavia, a proposição de Dieter Grimm fenece na defesa formulada por Gustavo Zagrebelsky, para quem o constitucionalismo e o Estado de Direito liberal possuem como valor básico a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 21. Título original: Il diritto mite.

<sup>41</sup> Ideia dos *checks and balances* decorre diretamente dos escritos políticos de Henry St. John Bolingbroke, os quais deram signo distintivo ao constitucionalismo inglês e em muito fundamentaram a teorização de Montesquieu.

<sup>42</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 86.

<sup>43</sup> HARRINGTON, James. **The commonwealth of oceana y a system of politics**. Disponível em: <http://www.loc.gov/topics/government.php>. Acesso em: 05 mar. 2011.

Evidente que este esforço histórico aliado às manifestações teóricas contratualistas<sup>44</sup> acerca do Estado e do Poder, combinados com os processos revolucionários liberais (Independência Americana e Revolução Francesa) atribuem sentido à categoria Constitucionalismo moderno. Nos dizeres de Gomes Canotilho Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à tutela dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma Sociedade. “Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*.”<sup>45</sup>

Juridicamente, o termo Constitucionalismo significa um complexo de instituições e de princípios que, essencialmente teoriza a separação de poderes e a garantia dos Direitos Fundamentais do homem em contraposição ao absolutismo de outrora. Segundo Maurizio Oliviero<sup>46</sup>, o Constitucionalismo, como produto de um processo dialético insere no texto constitucional de um lado, aspectos de teoria política e jurídica e, por outro lado, características ideológicas e técnicas. A consequência destes caracteres legitima as ações das instituições provendo-as com uma forma jurídica.

Para Giuseppe Morbidelli, o Constitucionalismo moderno (que se diferencia do constitucionalismo da idade clássica e do período medieval, atento somente às diretrizes de como se governar), surge de uma série de núcleos fortes: a separação dos poderes; as declarações de direitos; a Constituição escrita<sup>47</sup> e fundante; seu valor de norma jurídica; o Estado de Direito; o poder constituinte; o controle de constitucionalidade; a supremacia jurídica da Constituição e, por último, mas não menos importante, a tutela dos direitos

---

<sup>44</sup> Neste momento, a partir de Nicola Matteucci é preciso dar crédito à proposta de John Locke (1632-1704), responsável por oferecer um fundamento teórico mais sólido ao constitucionalismo inglês e, por converter este modelo constitucional como paradigma de organização do poder civil para toda a Europa. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Madrid: Trotta, 1998, p. 128.

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 51.

<sup>46</sup> OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003, p. 01.

<sup>47</sup> Ressalte-se que, como se está a trabalhar com uma variedade de constitucionalismos este não seria o caso do constitucionalismo inglês. Conforme elucida Matteucci uma constituição escrita é necessária pela maior confiança que supõe: “El segundo carácter se refiere a la función: se quiere una constitución escrita no sólo para impedir un gobierno arbitrario e instaurar un gobierno limitado, sino para garantizar los derechos de los ciudadanos y para impedir que el Estado los viole.” MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. p. 25.

sociais<sup>48</sup>. Por conseguinte, enquanto no paradigma medieval o conceito de Constituição estava adstrito ao âmbito do *ser*, em câmbio, as Constituições modernas fixam exigências de como *deveria ser* a organização e o exercício do poder estatal<sup>49</sup>, bem como sua relação com os indivíduos, através de uma força normativa cogente.

Em síntese, nos dizeres de Gomes Canotilho, adotando as influências históricas e o pensamento liberal-contratualista, o Constitucionalismo moderno materializa-se de modo a “ordenar, fundar e limitar o poder político”, e “reconhecer e garantir os direitos e liberdades dos indivíduos”. Com isso, os pilares principais do Constitucionalismo moderno situam-se na “fundação e legitimação do poder político” e na “constitucionalização das liberdades”.<sup>50</sup>

### 3. A teoria jurídica do Estado em Hans Kelsen

Interessado na realização de estudo crítico do Direito e do conceito jurídico do Estado, Hans Kelsen, de imediato vaticina a impossibilidade do Estado, enquanto sujeito-pessoa ser o único e livre criador do Direito. No fundo, é uma objeção à exclusividade da vontade unitária do Estado.

Em complemento Kelsen, em resposta a Jellinek e Gerber, centraliza sua teoria no Estado, enquanto pessoa jurídica, na formação do dever jurídico e o problema do Direito posto, em especial, a questão que envolve a criação da norma.<sup>51</sup>

Assim, o norte mira à formação do dever jurídico, tanto aos particulares, quanto para o Estado, e o processo de criação da norma jurídica, como base de uma teoria de autolimitação própria na relação entre Estado, sociedade, ordenamento jurídico e a personalidade jurídica do Estado.

Com isto, percebe-se na teoria kelseniana um retorno tímido às bases do contratualismo e do constitucionalismo para resgatar a condição imperiosa do elemento

---

<sup>48</sup> MORBIDELLI, Giuseppe. *Costituzioni e costituzionalismo*. In: \_\_\_\_\_; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale italiano e comparato**. 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1997, p. 53.

<sup>49</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. p. 49.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 54-55.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. Aalen: Scientia, 1960.

humano, individual ou coletivo, no processo de criação da norma. A ação social passa, portanto, a ser um escopo substancial do Estado. Nesta toada, a estatalidade é decorrente da função social do Direito.<sup>52</sup>

Ainda que tais assertivas mostrem-se importantes para uma nova funcionalidade estatal, notadamente para a adoção dos ideais sociais e para a democratização do Estado, uma vez que produz uma desconcentração de poder, é a abordagem sobre o regime jurídico do Direito público que merece especial atenção.

Ao se perguntar sobre que tipo de direito sustenta-se unicamente de exceções, praticamente um não-direito, ao se referir ao direito público, Hans Kelsen atribui um novo dever jurídico ao Estado. Produto imediato da concepção do Estado soberano, a compreensão do Estado como realidade natural, como poder e força ou como qualificado pela força<sup>53</sup> é questionada e debilitada pelo pensador austríaco.

Para Kelsen, a correta concepção da soberania estatal parte imperiosamente do fato de que a competência soberana descende de delegação por parte do ordenamento jurídico, neste caso, da Constituição<sup>54</sup>. Tal assertiva, nas palavras de Giorgio Bongiovanni, produz uma nova abordagem sobre tais matérias:

L'esclusione della sovranità e del rapporto opositivo tra Stato e diritto porterà perciò Kelsen ad affermare e sostenere, in chiave di teoria giuridica e della conoscenza, la necessità di un concetto «giuridico» di Stato il cui presupposto è la sovranità dell'ordinamento.<sup>55</sup>

A consideração jurídica do Estado, nesta toada, passa a ser defendida como sujeito de direitos e deveres. Tal definição jurídica dedica-se à relação de comando e obediência do Estado, o que em termos mais simples traduz a transferência dos valores de soberania para a noção de paridade jurídica<sup>56</sup>. Ademais, tal teorização supera a identificação moderna (séc. XIV e seguintes) do binômio jurídico obediência-desobediência em favor da obtenção do escopo comum juridicamente válido.

---

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. p. 409 e ss.

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità**. Milano: Giuffrè, 1989, p. 15.

<sup>54</sup> KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità**. p. 75.

<sup>55</sup> BONGIOVANNI, Giorgio. **Reine rechtslehre e dottrina giuridica dello stato**. p. 48-49.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. p. 226.

Contudo, este escopo comum juridicamente válido necessita, na ótica de Kelsen, vincular-se à *Grundnorm* como fundamento de validade do ordenamento, em superação à tradição de Estado de Direito. Assim, o Estado passa a ser entendido subordinado ao ordenamento constitucionalizado, produtor de equilíbrio em uma sociedade pluralística. Neste sentido, Kelsen inova ao cingir sua teoria na tradição constitucional inglesa, conforme exposto em item anterior.

Sem maiores dúvidas, eis o contributo de Hans Kelsen à teoria do Estado. A passagem do modelo de Estado de Direito para a construção e justificação do Estado na Constituição, insere um novo signo funcional ao Estado. Supera os precedentes apoiados na vontade soberana, posteriormente na vontade popular e, mais recentemente no primado da lei.

Some-se a este quadro evolutivo a construção de um ordenamento complexo e hipoteticamente completo<sup>57</sup>. Kelsen, “pone al centro queste due dimensioni: il nuovo modello costituzionale si basa sulla ridefinizione dei ruoli del parlamento e del monarca e, contemporaneamente, su quella del rapporto tra legge e amministrazione”<sup>58</sup>. Resolve-se, desta forma, a inclusão do regime jurídico administrativo nas sendas da Constituição e nos preceitos do constitucionalismo, com a devida alocação da soberania estatal.

O modelo de Estado de Direito (Constitucional) proposto por Kelsen, supera a visão moderna vigente até o século XVIII, para situar a Constituição como fonte superior do ordenamento (*Grundnorm*), que nega a concepção de Estado como autoridade originária<sup>59</sup>. Trata-se de um modelo fiel aos preceitos de governo limitado, desenvolvido no equilíbrio e indisponibilidade do Direito, com a instituição de respectiva corte constitucional.

Não por acaso a gradual evolução do Direito, notadamente com o advento do constitucionalismo, põe a Constituição como fonte superior<sup>60</sup>, dotada de força normativa<sup>61</sup>,

---

<sup>57</sup> “avviene il passaggio dalla teoria della norma a quella dell’ordenamento quale criterio per l’individuazione della giuridicità. Se, dal primo punto di vista, la differenza viene individuata nei «caratteri differenziali» del diritto, dal secondo, essa viene posta in relazione con la «struttura» dell’ordinamento e le relazioni che si danno al suo interno. Secondo questa prospettiva, viene affermata la natura dinamica dell’ordinamento, cioè il fatto che esso regola la sua produzione.” BONGIOVANNI, Giorgio. **Reine rechtslehre e dottrina giuridica dello stato**. p. 94. Em complemento: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: EdUnB, 1994.

<sup>58</sup> BONGIOVANNI, Giorgio. **Reine rechtslehre e dottrina giuridica dello stato**. p. 70.

<sup>59</sup> KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**. p. 406.

<sup>60</sup> KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze**.

<sup>61</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

que impõe compulsoriamente ao Estado dever de integração e vinculação com a Constituição, que nega a autonomia da vontade do Estado-pessoa. Além disso, tal evolução introduz a compreensão da Constituição como fonte supralegal do ordenamento, norteador na legalidade administrativa e, por consequente, da atividade administrativa.

Importante destacar, ainda, o essencial papel da justiça constitucional como garantia da Constituição, dos regulamentos das diversas funções e atribuições do Estado, da coerência do ordenamento jurídico e da existência da democracia.

Em síntese, ciente de que problematizações possam ser suscitadas sobre a teorização de Hans Kelsen, não se pode perder, por outro lado, a preciosa contribuição do constitucionalista austríaco. Valendo-se das virtudes e vicissitudes do Estado, dos preceitos do constitucionalismo, notadamente, o inglês, e do aprimoramento do Estado de Direito, Hans Kelsen inova e levanta colunas essenciais ao funcionamento do Estado Constitucional, como um sistema organizado de fontes do Direito, o controle de constitucionalidade concentrado, a necessidade de claras e socialmente válidas funções ao Estado e a desconcentração de seus poderes, o que habilita práticas democráticas.

### **Considerações finais**

Justifica-se o presente artigo, que não aborda nada de absolutamente novo, apenas revisita pressupostos de existência do Estado, pelo(s) modo(s) que o Estado exerce suas atribuições, muitas vezes ainda pré-moderno, moderno ou legiscentrista (vide o fetiche pela sumularização do direito, sempre a justificar e legitimar fatos da Administração Pública). Mas tem uma dificuldade de “constitucionalizar-se”. Talvez, pelo fato de estar preso voluntariamente à cultura jurídica do século XIX. Cultura está centrada exclusivamente na lei, independente do conteúdo tratado, como fonte suprema, ilimitada e não limitável do ordenamento jurídico. Tornando incompreensível sua subordinação à outra lei, sendo, portanto, a fonte exclusiva do Direito. Por outro lado, a Constituição segue sua existência minimalista no sentido de estar limitada à ideia de declaração política, sem efeitos jurídicos.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Neste sentido: FERRAJOLI, Luigi. Prefazione: funzioni di governo e funzioni di garanzia. L'esperienza europea e quella latino-americana a confronto. HERMANY, Ricardo (Org.). **Empoderamento social local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010, p. 12-30.

Ainda que, em certa medida a efetividade da Constituição Federal<sup>63</sup> seja questionável no plano prático, todavia, a sensação de [um suposto] fracasso que toma corpo no senso comum teórico não pode significar a morte do projeto e do constitucionalismo brasileiro<sup>64</sup>. Sobre isso se faz necessário arguir qual o projeto constituinte estaria inconcluso, destinado a receber a extrema unção? No caso, parece cambaleante a capacidade do Estado, em respeitar as regras do jogo estipuladas pela Constituição Federal. Instalando, com isso um novo golpe institucional. Cabe, antes de qualquer discurso sedutor, de ocasião ou demagógico, entender que a constituição não se faz por si só<sup>65</sup>.

Faz-se imperioso resgatar ou até mesmo instaurar em determinada medida um modelo de Estado Constitucional. Some-se neste quadro de reforço e expansão de um constitucionalismo rígido a ideia de *supremacy clause* (cláusula de supremacia) da Constituição Federal, tal como prevê expressamente a Constituição americana, ainda que respeitadas as diferenças existentes entre estes dois modelos político-jurídicos de Estado. Porém, deve-se fazê-lo em termos substanciais, que ultrapassem a noção de mera adequação formal do processo legislativo ao regimento constitucional.

No que tange aos limites e vínculos de exercício dos atributos dos Poderes Públicos, tanto a Administração Pública quanto o Estado estão vinculados as balizas de atuação em grau máximo e mínimo, em uma proibição de excesso (*Übermassverbot*) e, em uma proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Na prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa, preliminarmente, sofrer uma “iluminação” constitucional de viés garantista, para aferição da constitucionalidade formal e material da norma jurídica, bem como dos atos administrativos. Ou, como quer Lenio Luiz Streck: “A Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos

---

<sup>63</sup> A expressão “Constituição Federal” é utilizada neste texto como referência à Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, com as respectivas alterações.

<sup>64</sup> A manifestação de fracasso e metástase do projeto constitucional brasileiro é visível em COMPARATO, Fábio Konder. “Réquiem para uma constituição”. FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. **Debate sobre a constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 77-87.

<sup>65</sup> “A Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas se se espera que ela, unicamente por suas normas, possa substituir, apenas o título de exemplo, o tratamento político dos problemas políticos e o cuidado econômico das questões econômicas por imperativos constitucionais cogentes que dispensem o jogo democrático e a condução concreta de políticas econômicas e sociais, terminar-se-á por pagar o preço do incremento da desestima constitucional a corroer toda a potencial força normativa e a gerar a ineficácia de suas normas, produzindo, na prática, efeitos opostos aos almejados.” CARVALHO NETTO, Menelick de. *A constituição da Europa*. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 282.

hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”<sup>66</sup>. Ademais, já não faz mais [se é que um dia fez] sentido defender antropofagicamente que a interpretação de qualquer situação jurídica deve ser feita, sempre, em qualquer circunstância, da norma até a Constituição, como quer Eros Grau.<sup>67</sup>

Afinal, como deixa consignado Jon Elster, um estado democrático não representa tão somente o governo do povo, mas fundamentalmente, a oportunidade de participação popular nas questões do Estado<sup>68</sup>, como forma de limitação de seus poderes. Isto por que, cada vez mais se exige do Estado Constitucional (cujo pensamento remonta à Kelsen) frutos de justiça constitucional.<sup>69</sup>

### **Referências das Fontes Citadas**

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15. ed. São Paulo: Escala, 19[\_\_\_].

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: EdUnB, 1994.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la republica**. Tradução Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973.

BONGIOVANNI, Giorgio. **Reine rechtslehre e dottrina giuridica dello stato**. Milano: Giuffrè, 1998.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais – “novos” direitos e acesso à justiça**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

---

<sup>66</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. uma exploração hermenêutica da exploração do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 224.

<sup>67</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

<sup>68</sup> ELSTER, Jon. Introducción. ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 33.

<sup>69</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. Dal “verbo” legislativo a chi dice l’”ultima parola”. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 87.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A constituição da Europa. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 19[\_\_\_].

COMPARATO, Fábio Konder. “Réquiem para uma constituição”. FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. **Debate sobre a constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Ciudad del México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Prefazione: funzioni di governo e funzioni di garanzia. L'esperienza europea e quella latino-americana a confronto. HERMANY, Ricardo (Org.). **Empoderamento social local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

FERRARESE, Maria Rosaria. Dal “verbo” legislativo a chi dice l’”ultima parola”. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011

FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e costituzione**: material per una storia delle dottrine costituzionali. G. Giappichelli: Torino, 1993.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muños de Baena Simon. Madrid: Trotta, 2006.

HARRINGTON, James. **The commonwealth of oceana y a system of politics**. Disponível em: <http://www.loc.gov/topics/government.php>. Acesso em: 05 mar. 2011.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

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

KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità**. Milano: Giuffrè, 1989.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Madrid: Trotta, 1998.

MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Florianópolis: Conceito, 2010.

MORBIDELLI, Giuseppe. Costituzioni e costituzionalismo. *In*: \_\_\_\_\_; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale italiano e comparato**. 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1997.

OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003.

PLATÃO. **O político**. Tradução de Carmem Isabel Leal Soares. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008.

PORTINARO, Pier Paolo. **Stato**. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. uma exploração hermenêutica da exploração do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TREVELYAN, George McCaulay. **A revolução inglesa**. Tradução de Leda Bozaccian. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

VOLPI, Mauro. **Libertà e autorità**. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2010.

ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.