

**O texto seguinte apresenta o parecer de Hans Kelsen relativo à  
assembleia nacional constituinte de 1933**

Tradução autorizada pelo Hans Kelsen-Institut, situado em Viena. Todos os direitos de publicação, total ou parcial, permanecem ao Hans Kelsen-Institut reservados.

Agradeço, na pessoa de Klaus Zeleny, pelo envio do texto e pela autorização da tradução e da publicação.<sup>1</sup>

**Nota preliminar**

As questões a mim colocadas eu respondo não de um ponto de vista político ou jurídico-natural, mas exclusiva e somente de um *jurídico-positivo*. Eu parto, nisso, do pressuposto que para a posição e competência da assembleia nacional constituinte nenhuma outra norma jurídica entra em consideração que o regulamento n. 22.621, de 7 de abril de 1933.

**I.**

1. Não existe nenhuma diferença essencial entre um governo de facto [real] e um de jure [jurídico]; não no direito internacional público e, ainda, muito menos na área do direito constitucional. Sob o pressuposto que o governo provisório é a autoridade dadora de leis suprema que resultou imediatamente da revolução, é ele, sem dúvida, competente para regular a questão da convocação e da competência de uma assembleia nacional constituinte.

---

<sup>1</sup> A pontuação está no original. O latim foi mantido. Sua tradução encontra-se em colchetes.

O texto em alemão, em português, assim como os quesitos encontram-se na revista Política, Rio de Janeiro, ano 1, número 1, janeiro, 1934. Página 35 e seguintes.

Os quesitos são as questões, às quais Kelsen refere-se na primeira frase da nota preliminar.

2. A promulgação do regulamento citado não significa nenhum prejuízo da “soberania” da assembleia nacional constituinte. O conceito de soberania, no verdadeiro sentido da palavra, não tem, no fundo, nenhum lugar no âmbito do direito positivo. Nem sequer o estado como tal é soberano; uma vez que o direito internacional público, que o autoriza e obriga, é superior a ele. Ainda muito menos pode de algum órgão do estado ser dito que ele é soberano. Para a assembleia nacional constituinte somente entraria em questão se ela tem a propriedade de um órgão original e supremo, que é competente para a dação de leis e cuja competência de dação de leis, ilimitada. Isso somente então seria o caso se a assembleia nacional constituinte mesma tivesse resultado imediatamente da revolução. Isso, contudo, não é assim. A existência jurídica e a competência da assembleia nacional constituinte baseia-se no regulamento, de 7 de abril de 1933. Ela é um órgão criado por um outro órgão que nasceu no caminho legal. Nisso nada pode modificar o fato que ela tem o nome “assembleia nacional constituinte”. Desse nome não deixam derivar nenhuma qualidades jurídicas.

3. A assembleia nacional constituinte não tem nenhuns outros direitos que aqueles a ela, pelo regulamento, de 7 de abril de 1933, são concedidos. Ela não tem, por isso, o direito de anular esse regulamento e empregar um outro em seu lugar. O regulamento obriga a assembleia nacional constituinte no sentido que ela regule sua função e, especialmente, determine sua competência. O regulamento é uma parte essencial da constituição atualmente vigente. Em relação a ela a chamada assembleia nacional constituinte não tem nenhum carácter dador de constituição, mas um efetivador-constituição. Viola ela as determinações do regulamento, assim viola ela a constituição vigente. Isso pode, talvez, ser uma tentativa de, por um *caminho revolucionário*, transformar-se em um órgão constituinte verdadeiro, isto é, em cada sentido dador de constituição, portanto, dador de constituição supremo-original.

## II.

1. O artigo 101 e 102, do regulamento de 7 de abril de 1933, significam uma limitação da competência da assembleia nacional constituinte. Um prejuízo de sua soberania, contudo, não existe, uma vez que ela, dos fundamentos acima

mencionados, nem é soberana no verdadeiro sentido da palavra, nem um órgão dador de leis supremo originalmente.

2. A determinação do regulamento, de 7 de abril de 1933, relativo à eleição do presidente da república significa igualmente uma limitação da competência da assembleia nacional constituinte, ao ela, pelo regulamento, somente estar autorizada a votar uma constituição republicana. Nesse ponto, isto é, a respeito da forma de estado, o conteúdo da constituição futura já está determinado pelo regulamento, de 7 de abril de 1933.

### III.

1 e 2. O que foi dito para o ponto II, 2 vale de modo análogo também a respeito do carácter estatal-federal da constituição futura. Esse forma, do mesmo modo como a forma de estado republicana, uma barreira para a atividade legislativa da assembleia nacional constituinte. Um exceder desse limite significaria uma ruptura da já vigente constituição. As determinações do regulamento, de 7 de abril de 1933, relativas à forma de estado republicana e ao carácter estatal-federal da constituição futura não estão adotadas diretamente, mas somente indiretamente. Isso é um método técnico-juridicamente, sem dúvida, muito grave, pelo menos, porém, sempre possível e infelizmente de modo nenhum raro, de expressar a vontade legislativa.

### IV.

As autorizações de poder de um governo que resultou de uma revolução não se deixam – jurídico-positivamente – determinar dos objetivos políticos que o movimento revolucionário originalmente teve. A designação de um governo como “provisório” tem, em regra, somente significado político, nenhum jurídico-positivo. Um governo formado por caminho revolucionário tem aquelas plenitudes de poder que ele mesmo utiliza, pressuposto que ele esteja em condições de proporcionar, em geral, às suas ordenações obediência. É o princípio da efetividade, que vale para o governo que resultou imediatamente da revolução como *princípio do direito positivo*. Referência às intenções do movimento revolucionário não é nenhuma fundamentação suficiente para isto,

que o governo deva estar obrigado a transferir suas plenitudes de poder à assembleia nacional constituinte por ele mesmo criada.

**V.**

A resposta a essa questão já esta dada com a resposta à questão colocada sob IV.

Genf, em 14 de outubro de 1933.

Prof. Hans Kelsen

## Quesitos

I. O governo provisório, por decreto n. 22.621 de 7 de abril de 1933, baixou o regimento da assembleia nacional constituinte.

- 1) O governo provisório, que é governo de fato, originado de uma revolução, tem o direito de impor um regimento à assembleia nacional constituinte?
- 2) O fato de ter o governo provisório imposto um regimento à assembleia nacional constituinte não representa uma ofensa à soberania da dita assembleia, que por definição, por ser constituinte, é soberana?
- 3) Obrigará juridicamente este regimento a assembleia nacional constituinte e não poderá a dita assembleia rejeitar o regimento, adotando um que for por ela elaborado?

II. O regimento baixado pelo governo provisório em seus artigos 101 e 102 (disposições gerais) limita a competência da assembleia nacional constituinte, vedando-lhe discutir e votar qualquer “projeto de lei”. A assembleia nacional constituinte deverá tratar unicamente das questões referentes à elaboração da constituição, eleição do presidente da república e aprovação dos atos do governo provisório.

- 1) A limitação da competência da assembleia nacional constituinte não representa nova ofensa à soberania da dita assembleia?
- 2) A eleição do presidente da república, prevista pelo regimento, não faz prejudicar a adoção obrigatória, pela assembleia nacional constituinte, do regime “republicano”, regime de novo imposto pelo governo provisório? Essa imposição não representa nova ofensa à soberania da assembleia nacional constituinte?

III. O artigo 14 do mesmo decreto, dispondo sobre a forma do compromisso a ser prestado pelos deputados à assembleia nacional constituinte, contém o compromisso de observar a constituição “federal” que for adotada.

- 1) A expressão constituição “federal” não faz prejudicar a adoção obrigatória pela assembleia do regime “federativo”?

2) A imposição do regime federativo não representa nova ofensa à soberania da assembleia?

**IV.** Um governo provisório, originado de uma revolução, que não tinha por objetivo a instituição de um regime ditatorial “permanente”, tendo convocado a assembleia nacional constituinte, não tem por essa circunstância transmitido a plenitude de seus poderes à dita assembleia, que se tornará assim soberana?

**V.** Com a instalação da assembleia nacional constituinte poderá o governo provisório continuar a conservar os poderes ditatoriais que tinha conquistado por meio da vitoriosa revolução?

Obs.: pontuação no original.

## Observações

1. Kelsen menciona, na primeira frase da nota preliminar, o ponto de vista político, jurídico-natural e jurídico-positivo. Para isso, ver Kelsen, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca, in Heck, Luís Afonso (org.). Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 25 e seguintes. Tradução: Waldir Alves.

*Esse artigo foi publicado em 1927-1928.*

2. Todos os quesitos mencionam a assembleia nacional constituinte. Para isso, ver Kelsen, Hans. Allgemeine Staatslehre. 2 Aufl. Berlin, Zürich: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966, S. 251 ff.

*Esse livro teve a sua primeira edição em 1925.*

3. Os quesitos I a IV contêm a palavra soberania. Ver sobre isso, Kelsen, Hans. Das Problem de Souveranität. 2. Aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1928.

*Nota: segunda edição, 1928. Primeira edição, 1920.*

b) Kelsen, Hans. Allgemeine Staatslehre. 2 Aufl. Berlin, Zürich: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966, S. 102 ff.

4. Nessa conexão, ver ainda:

### **para 1.**

a) Kelsen, Hans. General Theory of Law and State. Third printing. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2008, page 391 and following.

b) O que é a doutrina do direito pura? in Heck, Luís Afonso (org., trad., rev.). Direito positivo e direito discursivo. Subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017, página 141 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

c) Kelsen, Hans. O fundamento da doutrina do direito natural, in Heck, Luís Afonso (org.). Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 51 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

d) Kelsen, Hans. O que é positivismo jurídico, in Heck, Luís Afonso (org.). Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 85 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

**para 2.**

a) Kelsen, Hans. Reine Rechtslehre. 1. Aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1994, S. 82 f.

b) Kelsen, Hans. General Theory of Law and State. Third printing. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2008, page 259 and following. Versão espanhola: Teoria general del derecho y del estado. México: Imprenta Universitaria, 1949, pagina 272 e siguientes. Tradução: Eduardo Garcia Maynes.

c) Kelsen, Hans. Reine Rechtslehre. 2. Auf. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 200 ff. Versão portuguesa: Teoria pura do direito. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, página 273 e seguintes. Tradução: João Batista Machado.

d) Kelsen, Hans. Allgemeine Theorie der Normen. Wien: Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1979, S. 203 ff. Versão portuguesa: Teoria geral das normas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, página 323 e seguintes. Tradução: José Florentino Duarte.

**para 3.**

a) Kelsen, Hans. Reine Rechtslehre. 1. Aufl. Aalen: Scientia Verlag, 1994, S. 129 ff.

b) Kelsen, Hans. General Theory of Law and State. Third printing. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2008, page 341 and following. Versão espanhola: Teoria general del derecho y del estado. México: Imprenta Universitaria, 1949, pagina 360 e siguientes. Tradução: Eduardo Garcia Maynes.

c) Kelsen, Hans. Reine Rechtslehre. 2. Auf. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 321 ff. Versão portuguesa: Teoria pura do direito. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, página 427 e seguintes. Tradução: João Batista Machado.