



*Absentes, adsunt*¹: Pontes de Miranda, Hans Kelsen e os debates sobre a jurisdição constitucional na Assembleia Constituinte de 1933-1934

*Absentes, adsunt*²: *Pontes de Miranda, Hans Kelsen and the discussions about the constitutional jurisdiction in the Constituent Assembly of 1933-1934*

MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ³

Professor Adjunto da Faculdade de Direito (UFC)

RESUMO: Este trabalho trata de um debate; um debate entre ausentes, mas cujas doutrinas, cujos pensamentos, foram expostos e polemizados durante a Assembleia Constituinte de 1933-1934. O tema: a criação de uma Corte Constitucional para o Brasil, segundo o modelo europeu, ou a permanência, ainda que algumas alterações, do sistema de controle difuso da constitucionalidade das leis estruturado pela primeira vez na Constituição de 1891. Os autores em debate: Pontes de Miranda e Hans Kelsen.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Pontes de Miranda; Hans Kelsen; Assembleia Constituinte.

ABSTRACT: This work is about a debate; a debate among absents, but whose doctrines and thoughts were exposed and controverted during The Brazilian Constituent Assembly of 1933-1934. The subject of the debate: the creation of a Constitutional Court in Brazil, according to the European (Kelsenian) model, or the permanence, although with some changes, of the judicial review (in concreto) system of the constitutionality of laws and statutes, first structured in the 1891 Brazilian Constitution. The authors in debate: Pontes de Miranda and Hans Kelsen, and their respective theories.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Pontes de Miranda; Hans Kelsen; Constituent Assembly.

“A Constituição sobrepõe-se à entidade central, às componentes, aos próprios indivíduos e a todos os órgãos do Estado. A subordinação é que é igual. Todos são igualmente subordinados à Constituição. No momento em que a guarda da constituição decide, é povo mesmo que se pronuncia.”

(PONTES DE MIRANDA⁴)

“... es una cuestión grave la de desentrañar si debe mezclarse al juez en el juego constitucional. El problema tiene su pro y su contra. Si se le mezcla, puede estimularse en él una ambición política; si no se le mezcla, pueden resultar ineficaces las reglas de la Constitución.”

(MAURICE HAURIU⁵)

Este trabalho trata de um debate. Um debate entre ausentes, mas cujas doutrinas, cujos pensamentos, foram expostos e polemizados durante a Assembleia Constituinte de 1933-1934. O tema: a criação de uma Corte Constitucional para o Brasil, segundo o modelo europeu, ou a permanência, ainda que algumas alterações, do sistema de controle difuso da constitucionalidade das leis estruturado na Constituição de 1891. Os autores em debate: Pontes de Miranda e Hans Kelsen.

A doutrina de Hans Kelsen, nos primeiros anos de sua vida acadêmica, não era desconhecida da comunidade jurídica brasileira. Bastam, aqui, por exemplo, as referências feitas às obras *Allgemeine Staatslehre* (traduzida em 1938 para o português por Fernando de Miranda e traduzida para o idioma espanhol em 1934 por Luis Legaz y Lacambra e Luis Récasens Siches e Justino de Azcarate) e *Reine Rechtslehre* (traduzida em 1939, para o português por Fernando de Miranda e em 1962 por João Baptista Machado; traduzida em

1941 para o idioma espanhol por Jorge G. Tejerina) em diversas passagens das *Memórias* de Miguel Reale e na *História das Ideias Jurídicas no Brasil* de A. L. Machado Neto.

Ainda no ano de 1933, o próprio Hans Kelsen ofertou parecer acerca de questões ligadas à soberania nacional e ao poder constituinte e sobre a posição adotada pelo Governo Provisório no funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934⁶.

Oscar Sarlo, por fim, noticia a visita feita por Kelsen ao Rio de Janeiro, quando de seu retorno das palestras e debates em Buenos Aires⁷:

Hasta donde hemos podido averiguar, la visita de Kelsen a Brasil no estaba en sus planes iniciales, concertándose cuando ya estaba en Buenos Aires, según parece desprenderse de un comentario de Cossio (KELSEN-COSSIO, 1952, p. 86).

Gracias al testimonio del Prof. Miguel Reale, sabemos que los arreglos habrían sido realizados por el influyente jurista y político Dr. Bilac Pinto Cabe suponer que también haya participado en las gestiones y en su recepción el Dr. Hans Klinghoffer, exalumno de Kelsen en Viena, radicado desde tiempo atrás en Brasil, y muy allegado en su momento al gobierno de Getulio Vargas. [...]

Como vimos, Kelsen había arribado a Río el jueves 25 de agosto, y el lunes 29 dictó una conferencia ante el Núcleo de Derecho Público de la Fundación Getulio Vargas sobre *El pacto del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas* (Cfr. Bibliografía HKI, item 288). El miércoles 31 de agosto, cumplidas las 3 conferencias pactadas, se le confiere el título de Doctor Honoris Causa por la Fundación Getulio Vargas (MÉTALL, 1969, p. 103). Cumplidas estas actividades, Kelsen retoma el buque de regreso a New York.

Em resumo: a participação de Kelsen, na Assembleia Constituinte de 1933-1934 deu-se, apenas, com a emissão do referido parecer. O que nos interesse, a partir de agora, é expor as matrizes fundamentais do pensamento do jurista alagoano (que estava mais familiarizado com outros escritos kelsenianos) e do jurista austríaco, e mostrar como seu deu, na própria Constituinte, o debate entre suas ideias acerca da jurisdição constitucional.

1 A TEORIA PURA DO DIREITO

O desenvolvimento da *Teoria Pura do Direito* pode, segundo Stanley L. Paulson, pode ser desmembrado em cinco fases⁸. Em primeiro lugar, um período inicial, que

corresponde aos seus primeiros escritos e à primeira edição dos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemas Fundamentais da Teoria Jurídica do Estado – 1911).

Já numa segunda fase, na década de 1920, nota-se a sua adesão aos postulados do neo-kantismo. Na terceira fase, os escritos de Adolf Julius Merkl acerca da *Stufenbaulehre* tiveram grande influência na Teoria Pura do Direito. O próprio Kelsen, já na segunda edição (1923) de seus *Hauptprobleme*, buscava suporte nas teorias e nos escritos de Adolf Merkl, do período 1917-1923 e ressaltava, no *Prefácio*, a importância, a contribuição e o significado de sua obra na elaboração da Teoria Pura do Direito, que seria mais detalhadamente desenvolvida nos anos seguintes.

A quarta fase do pensamento kelseniano retrata a adesão à obra de David Hume, principalmente sua noção de causalidade, cuja recepção, aliada às categorias kantianas *a priori*, o levou a um distanciamento do próprio pensador britânico. Por fim, a quinta e última fase pode ser localizada a partir de 1960 – data da segunda edição da Teoria Pura do Direito –, quando Kelsen introduz em sua obra o elemento voluntarista, o que constituiu uma verdadeira mudança nos fundamentos teóricos de suas especulações.

Hans Kelsen, já em 1934 (ano em que foi publicada a primeira edição da *Reine Rechtslehre*), assim se pronunciava a respeito do postulado metodológico por ele adotado: “A razão pela qual chamamos ‘pura’ a esta doutrina do Direito, radica no facto de ela se propor, como única finalidade, obter um conhecimento preciso do Direito e de poder excluir desse conhecimento tudo quanto, rigorosamente, não caiba dentro daquilo que, com verdade, merece o nome de Direito”. A Teoria Pura do Direito propõe-se responder à pergunta: “o que é e como é o Direito”. Mas não lhe interessa “como ele deve ser, qual o critério a que deve obedecer a sua criação”. Em verdade, ela é ciência do Direito e não política do Direito⁹.

Outro ponto de partida fundamental na epistemologia kelseniana é o *princípio da imputação*, diverso do princípio da causalidade. Nas ciências da natureza, onde prevalecem as relações entre causa e efeito, a lei natural determina: uma vez ocorrido um dado fenômeno “a”, um fenômeno “b” deve necessariamente (*muss*) se produzir. Por outro lado, no âmbito da ciência do Direito, onde prevalece a imputação, a proposição jurídica (*Rechtssatz*) afirma que se um determinado fato “a” ocorre, um fato “b” deve, em virtude de uma norma, se produzir, sem que isto nada possa indicar acerca do valor moral ou político dessa conexão – neste particular, a consequência jurídica é imputada à condição¹⁰.

2 O CONCEITO DE NORMA JURÍDICA NA TEORIA PURA DO DIREITO

Na primeira edição da *Teoria Geral do Estado* (1925), Kelsen consolidou o seu entendimento em torno da identificação entre Estado e Direito: o aparelho de coação em que geralmente se pretende ver a característica do Estado, é idêntico à ordem jurídica. As regras que constituem a ordem estatal são as regras de direito¹¹.

Posteriormente, num artigo denominado “*O Método e a Noção Fundamental da Teoria Pura do Direito*”, publicado em França na mesma época da primeira edição da *Reine Rechtslehre* (1934), Hans Kelsen afirmou que, na análise de um dado da realidade onde se vislumbre um “elemento jurídico” (uma decisão do parlamento, uma decisão do judiciário, um ato administrativo ou um contrato celebrado entre particulares), é possível nele distinguir dois sentidos: a) uma ação perceptível pelos sentidos, que se desenvolve no tempo e no espaço, um evento exterior que consiste principalmente numa ação humana e b) um sentido, por assim dizer, inerente a esta ação, ligado a este evento – uma significação específica.

O significado destes atos não é perceptível pelos sentidos da mesma maneira que é possível perceber as propriedades e qualidades naturais de um objeto qualquer, tais como sua cor ou seu peso. Daí resulta a necessidade de distinguir entre o sentido subjetivo desses atos e o seu sentido objetivo, isto é, entre o sentido que lhes imprime quem os pratica e o sentido que lhes é atribuído pelo sistema jurídico. Estes dois sentidos podem coincidir às vezes, mas não obrigatoriamente.¹²

Enquanto eventos do mundo real, poque realizados no espaço e no tempo, estes atos não podem ser objeto de um conhecimento especificamente jurídico e, conseqüentemente, não possuem nenhum caráter jurídico. O que transforma esses atos do mundo real em atos jurídicos não é sua “realidade natural”, sua “existência causalmente determinada, incluída no sistema da natureza”, mas sim o seu significado propriamente jurídico. Estes fatos devem o seu significado jurídico específico a uma norma jurídica que a eles se refere e que lhes confere tal significado, tornando possível sua interpretação com base nela. A norma jurídica funciona, assim, como “esquema de interpretação”.

Para o Kelsen de 1934, a Teoria Pura do Direito, enquanto verdadeira ou específica ciência do Direito direciona seus esforços para as normas jurídicas, não como dados da consciência, nem mesmo para a intenção ou representação destas normas, mas enquanto conteúdos intelectuais, enquanto significados

de atos de vontade. Em outras palavras: a Teoria Pura do Direito não visa compreender ou analisar as normas jurídicas como imperativos (como é o caso das normas morais), mas, ao contrário, em face do princípio da imputação, concebe-as como julgamentos hipotéticos, que expressam a conexão específica de um fato material condicionante com uma consequência condicionada. Posteriormente, a partir da segunda edição da *Reine Rechtslehre* (1960), Kelsen modificaria o seu pensamento: a norma jurídica não mais seria um conceito ideal, mas a expressão de um ato de vontade; o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem.

3 VALIDADE E EFICÁCIA NA TEORIA PURA DO DIREITO¹³

Para Kelsen, o ordenamento jurídico não pode ser cientificamente estudado como se fosse uma simples justaposição de normas que regulam o comportamento humano, mas, ao contrário, deve ser vislumbrado como um todo unitário e sistemático, pelo fato de todas elas possuírem o mesmo fundamento de validade.

No topo do ordenamento, visto como um sistema dinâmico, encontra-se a Constituição, norma superior a todas as demais normas postas e, na medida em que se vai progressivamente descendo das normas gerais para as normas individuais, percorre-se graus normativos mais inferiores, até alcançar a “base” da pirâmide normativa, onde será possível encontrar normas individuais (sentenças, regulamentos administrativos e negócios jurídicos).

Imediatamente abaixo das normas individuais, encontram-se os atos de execução, espontânea ou coercitiva e, mais acima do que a Constituição, inclusive da primeira Constituição histórica, encontra-se, já fora do âmbito da pirâmide normativa, a norma fundamental (*Grundnorm*), norma pressuposta e condição lógico-transcendental do trabalho científico do jurista. Segundo Stanley L. Paulson, a resposta dada por Kelsen à sua própria “*questão transcendental*” (situada no âmbito da pretendida distinção entre *Sein* e *Sollen* é consequência direta de seu dualismo metodológico) está vinculada à sua referência à norma fundamental. As relações hierárquicas de *infra* e *supra* ordenação na dinâmica do ordenamento jurídico têm como ponto de chegada a própria Constituição, ápice da pirâmide jurídica. Excluídas quaisquer vinculações de natureza moral, como se põe a questão da validade da Constituição? Para solucionar essa aporia, que gera intrasistematicamente um questionamento infinito, assume-se, como se de um postulado anipotético tratasse, a validade da Constituição no seu tempo lógico. Esse postulado chama-se *Grundnorm*.

Uma vez completo o sistema, todas e quaisquer normas contidas no esquema piramidal – à exceção da norma fundamental e dos atos materiais de execução – são, ao mesmo tempo, atos de aplicação das normas mais gerais e superiores e atos de produção das normas mais individuais e inferiores. Do ponto de vista da Teoria Pura do Direito, os atos de aplicação constituem um dever jurídico imposto aos “destinatários” primários e secundários e os atos de produção constituem atos de poder, originados do exercício de uma autorização dada pela própria ordem jurídica¹⁴.

O ponto de ligação de todas estas normas reside precisamente no conceito lógico-formal de “fundamento de validade”, segundo o qual a validade de uma norma, entendida como sua existência específica, consiste em sua pertinência ao ordenamento jurídico, em face de se ajustar aos seus critérios próprios de produção normativa (princípio de legitimidade).

Cada norma jurídica, para que possa ser considerada como válida, deve ter sido produzida de acordo com os critérios formais e materiais previstos no próprio ordenamento, relativos (a) ao sujeito ou órgão competente, (b) ao procedimento e – em certa medida – (c) ao conteúdo, todos estabelecidos pela norma imediatamente superior; e assim sucessivamente se percorre todo o ordenamento jurídico, de grau em grau, numa escala ascendente, até se alcançar a norma fundamental.

É de se ressaltar, no entanto, que a determinação da norma inferior pela norma superior nunca será total, salvo determinadas proibições de natureza material; isto é, nunca será de tal maneira que a norma inferior seja logicamente deduzida por completo a partir do conteúdo da norma superior, vez que existe sempre uma certa discricionariedade por parte do órgão aplicador da norma superior ao criar a norma inferior.

Desse modo, a nota essencial de um sistema normativo dinâmico é o fato de que a validade de uma norma jurídica se fundamenta na validade de uma norma superior, sem relação com qualquer conteúdo (pois esta relação com um determinado conteúdo é a nota que caracteriza os sistemas estáticos) e que essa relação de fundamentação-derivação possa retroagir até a norma fundamental.

A validade de uma norma num sistema dinâmico, portanto, é determinada especificamente em função da competência do órgão, por vezes com relação ao seu conteúdo e, por fim, de sua relação com a norma fundamental. No entanto, não bastam apenas estes requisitos formais: um mínimo de eficácia, como afirma Kelsen, é também condição de validade de uma norma. Trata-se, aqui, do “princípio de efetividade”, que parte do pressuposto segundo o qual um ordenamento

jurídico será válido na medida em que for eficaz em sua totalidade, mesmo que, por vezes, uma de suas normas, em si considerada, não venha a ser observada ou aplicada num caso concreto.

A validade global do ordenamento jurídico não é afetada pelo fato de que uma ou mais normas isoladas se demonstrem ineficazes, posto que a eficácia de todo o ordenamento jurídico é aferida em termos globais, isto é, do ordenamento jurídico como um todo. No entanto, a eficácia de todo o ordenamento é também condição de validade de cada uma das normas que dele fazem parte. Isto significa que a validade de uma norma isoladamente considerada está na dependência da validade de todo o ordenamento jurídico e esta, por sua vez, depende essencialmente da validade da norma fundamental.

Kelsen, no entanto, afirma que a eficácia não é uma *conditio per quam*, mas sim de uma *conditio sine qua non*: a eficácia global de um dado ordenamento jurídico é uma condição, mas não a razão da validade das normas que o integram; a validade, assim, não reside no fato de que o ordenamento em sua totalidade seja eficaz, mas na elaboração de uma norma de acordo com o processo lógico-formal de produção e significa, em termos conceituais, o fato de que estas normas devam ser obedecidas ou aplicadas.

O problema em torno da eficácia de uma norma jurídica na Teoria Pura do Direito coexiste com a definição de validade, entendida como sua existência específica no âmbito do *Sollen* e no tornar obrigatório um determinado comportamento humano. As indagações acerca de como conciliar o comportamento humano concreto, no mundo dos fatos, tornado obrigatório, com a existência deontológica da norma – sem comunicação com a realidade – é respondida por Kelsen através da diferenciação entre as esferas do *Sein* e do *Sollen*: não há necessariamente qualquer coincidência entre o comportamento prescrito por uma norma e o comportamento efetivo que lhe seja conforme, pois aquele primeiro nunca poderá ser teoricamente concebido como algo pertencente ao mundo do ser, mas ao âmbito do dever-ser.

Um problema essencial enfrentado por Kelsen acerca da eficácia consiste, dessa forma, na determinação da natureza desta “*certa medida de conformidade*”, que permita estabelecer uma relação entre validade e eficácia sem infringir a distinção fundamental entre *Sein* e *Sollen*.

Por eficácia, Kelsen entende o fato de que uma norma seja efetivamente observada ou aplicada. Assim entendida, trata-se de uma condição de validade da norma jurídica – ao lado de sua própria estatuição –, de tal maneira que não se pode considerar norma

jurídica válida uma norma que não seja aplicada nem observada durante algum tempo e que, por isso, se torna ineficaz. No entanto, a eficácia, da maneira como é concebida, não se identifica com a validade, vez que deve subsistir a possibilidade de um comportamento não conforme à norma jurídica, para que não se cometa o erro metodológico de se cair numa consideração determinista, ou seja, daquilo que deve necessariamente acontecer segundo uma lei natural¹⁵.

4 A LEI INCONSTITUCIONAL NA TEORIA PURA DO DIREITO

Como foi possível constatar, a teoria pura do Direito parte de alguns pressupostos epistemológicos, dentre os quais: a) o Direito regula a sua própria criação; b) uma norma só pertence a um determinado ordenamento jurídico se e na medida em que for produzida de acordo com os parâmetros contidos numa norma superior que condiciona a sua validade (= fundamento de validade). Para Kelsen, o conflito de normas de diferente escalão é aparente, da mesma forma que o conflito de normas do mesmo nível, uma vez que é impossível haver Direito contrário a Direito; se assim não fosse, a unidade sistemática do ordenamento jurídico restaria totalmente comprometida.

No tocante ao conceito de “lei inconstitucional”, diz Kelsen: a afirmação de que uma lei válida é “inconstitucional” é uma contradição nos seus próprios termos, pois, uma lei só pode ser válida se tiver fundamento na Constituição. As regras constitucionais que regulam o processo legislativo possuem a natureza de determinações alternativas. A Constituição contém uma regulamentação direta e uma regulamentação indireta da *legis-latio* e o órgão legislativo tem a possibilidade de escolher entre as duas. Desse modo, as assim denominadas “leis inconstitucionais” são leis que guardam conformidade com a Constituição; entretanto, são *anuláveis* por um processo especial. Aqui também, presente essa hipótese, as normas constitucionais que regulam o processo legislativo assumem a natureza alternativa acima caracterizada, pelo que o órgão legislativo detém a possibilidade de *opção* entre duas vias: a determinada diretamente pela Constituição e a que há de ser determinada pelo próprio órgão legislativo. “A diferença, contudo, está em que as leis criadas pela segunda via, embora sendo válidas, são anuláveis por um processo especial”¹⁶.

Numa perspectiva sintética, esta “*cláusula alternativa tácita*” representa, no pensamento kelseniano, uma forma de tentar manter a unidade lógica do sistema jurídico, vale dizer, a impossibilidade de haver contradições, no que se refere a normas de diferente

nível hierárquico. Essa parece ser a conclusão a que se pode chegar diante da evolução de suas construções teóricas sobre esse importante tema¹⁷.

5 O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: SISTEMA NORTE-AMERICANO E SISTEMA EUROPEU; A CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA BRASILEIRA DE 1891

Foi de grande destaque na literatura jurídica internacional o livro de Mauro Cappelletti, no qual o Autor intentou realizar uma análise estrutural dos atuais métodos de controle da constitucionalidade das leis¹⁸. O Conselho Constitucional francês, não obstante as suas conformações institucionais hodiernas, ainda se mostra como a Corte onde se exerce, por excelência, o método político – o controle é realizado por um órgão não jurisdicional, antes da entrada em vigor da lei. Outro exemplo de controle político, no caso brasileiro, por exemplo, é o poder de veto exercido pelo Chefe do Poder Executivo, na fase final do processo legislativo.

A característica principal do método judicial, por sua vez, consiste em ser exercido por órgãos integrantes do Poder Judiciário (Juizes e Tribunais), de modo difuso ou concentrado; o controle judicial da constitucionalidade das leis é exercido por órgãos judiciais, que exercem função jurisdicional (op. cit., p. 26).

No tocante ao aspecto subjetivo, ou orgânico (“órgãos aos quais pertence o poder de controle”), o Autor distingue, “segundo uma terminologia já bem conhecida”, o “sistema difuso”¹⁹ do “sistema concentrado”²⁰. Por fim, Cappelletti alude, no interior do método judicial de controle, à existência de um sistema misto ou intermediário, onde o sistema de controle “por via de ação” convive com o sistema “por via de exceção”.

A ideia de um controle difuso jurisdicional da constitucionalidade das leis remonta ao julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803 (5 U.S. (1 CRANCH) 137 (1803)). Segundo João Carlos Souto²¹:

O voto (opinion) de John Marshall no caso *Marbury v. Madison* inaugurou, no limiar do século XIX, o controle judicial (judicial review) de constitucionalidade das leis, estabelecendo um sistema que viria a ser reproduzido na grande maioria das democracias ocidentais. A relevância desse julgado pode ser mensurada na assertiva de Craig R. Ducat, de que ‘provavelmente não há livro de prática de direito constitucional que não inicie mencionando *Marbury vs. Madison*’, (‘there is scarcely a casebook on constitutional Law that does not begin with *Marbury vs. Madison*’).

No Brasil, após a queda da monarquia, era natural a extinção do Poder Moderador. Nesse momento, teve início a criação e a organização constitucional da Justiça Federal, com a principal missão de tornar eficaz, na realidade política e jurídica da nascente República Federativa, o novo modelo constitucional. Instituir-se um sistema judicial de controle da constitucionalidade das leis era a técnica mais adequada para alcançar essa finalidade:

O legislador brasileiro, inspirado na lição do direito público americano, implantou no País o controle posterior da constitucionalidade por órgão jurisdicional. Fê-lo, contudo, consagrando o princípio no próprio texto da Lei Maior, quando, na América do Norte, a ideia surgiu, tomou forma e cristalizou-se por via da jurisprudência²².

Essa influência norte-americana fica ainda mais visível quando analisada a *Exposição de Motivos do Decreto 848, de 11.10.1890*, que instituiu a Justiça Federal, apresentada pelo então Ministro Campos Salles:

Mas, o que principalmente deve caracterizar a necessidade da imediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderância que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social. Não se trata de tribunanes ordinarios de justiça, com uma jurisdicção pura e simplesmente restricta à applicação das leis nas multiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se instala no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria à lei organica” (CJF – Conselho da Justiça Federal. *Justiça Federal – Legislação*. Brasília: CJF, 1993)²³.

Rui Barbosa, de fundamental presença na elaboração da primeira Constituição Republicana, teceu as seguintes considerações:

Nós, os fundadores da Constituição, não queriamos que a liberdade individual pudesse ser diminuida pela força, nem mesmo pela lei. E por isso fizemos deste tribunal o sacratio da constituição, demos-lhe a guarda da sua hermeneutica, puzemol-o como um veto permanente aos sophismas opressores da razão de estado, resumimos-lhe a funcção especifica nesta ideia. Se ella vos penetrar, e apoderar-se de vós, se fôr, como nós concebiamos, como os Estados Unidos conseguiram, o principio animante deste tribunal, a revolução republicana estará salva. Se, pelo contrario, se coagular, morta, no texto, como o sangue de um cadaver, a constituição de 1891 estará perdida²⁴.

Destaque-se, também, a clássica passagem de João Barbalho²⁵:

Em rigor nem fôra necessario texto formal e explicito, attribuindo á magistratura o poder, ou antes o dever (como o consideram os comentadores) de deixar de applicar leis inconstitucionais e de declarar inefficientes e invalidos actos officiaes illegaes. Está isso implicitamente comprehendido no poder de julgar, que não pôde ser exercido com esquecimento e preterição da Constituição, fonte de autoridade judicial e lei suprema, não para os cidadãos sómente, mas tambem para os proprios poderes publicos. Como noticia o autor: ‘Nos Estados-Unidos norte-americanos, a Constituição federal não consagrou em disposição expressa esta attribuição. E’ mui conhecida e muitas vezes citada a anedocta, referida por Bryce (*The American Commonwealth*, I, p. 246), do inglez que, vindo a saber que a justiça americana tinha poder de annular as leis inconstitucionais, folheou em vão a Constituição, durante dous dias, procurando a disposição onde isso se consagrava. Tal poder se infere do art. 3, secção 2^a: ‘O poder judiciario extender-se-á a todos as causas, de direito e equidade, que nascerem d’esta Constituição ou das leis dos Estados Unidos’, Nossa Constituição o contém no art. 60, a).

Marcelo Rebelo de Souza e José de Melo Alexandrino²⁶, nos “Comentários à Constituição da República Portuguesa, resumem a relação entre *sistemas e métodos* de controle da constitucionalidade das leis: “[...] o sistema português de fiscalização da constitucionalidade é, desde 1982, *integralmente jurisdicional, misto de difuso (na linha norte-americana, importada em 1911, via Constituição brasileira de 1891) e de concentrado (na linha Kelseniana austriaca ou europeia-continental)*”. Cabe ao Tribunal Constitucional o exclusivo da fiscalização abstracta repressiva ou sucessiva, a suprema decisão, em recurso sobre a fiscalização concreta (também repressiva ou sucessiva) e ainda a muito especifica fiscalização abstracta preventiva.

Com a adoção do modelo norte-americano²⁷, o pensamento constitucional brasileiro adotou, na prática do controle da constitucionalidade das leis, o que se convencionou chamar de a “doutrina da nulidade da lei inconstitucional”. Para tanto, é importante conhecer o que é de essencial na decisão proferida por John Marshall em 1803 (*Marbury vs. Madison* – 5 U.S. 137 1803):

Ou havemos de admittir que a Constituição annulla qualquer medida legislativa, que a contrarie,

ou annuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinarias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irre-formável por meios comuns; ou se nivela com actos de legislação usual, e, como estes, é reformavel ao sabor da legislatura. Si a primeira proposição é verdadeira, então o acto legislativo, contrário á Constituição, não será lei; si é verdadeira a segunda, então as Constituições escriptas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza illimitavel. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escriptas, sempre o fizeram com o in-tuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a theoria de taes governos deve ser que qualquer acto da legislatura, offensivo da Constituição, é nullo^{28,29}.

O mesmo Rui, em escólio à passagem de Marshall, expõe: “*Toda medida legislativa, ou executiva, que desprezitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo*”³⁰. As mesmas ideias manifestou João Barbalho Uchôa Cavalcanti: cabe ao Poder Judiciário aplicar a lei ao caso concreto que lhe é submetido, “... *mas o acto contrário á Constituição não é lei, e a justiça não lhe deve dar efficacia e valor contra a lei suprema*”³¹.

A doutrina da nulidade da lei inconstitucional acompanhou, desde o início, os julgados do Supremo Tribunal Federal, valendo citar como exemplo: “*Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito*”³². Entretanto, a preferência pela nulidade absoluta do ato normativo inconstitucional cedeu lugar, em alguns casos, à força do princípio da segurança jurídica e da necessidade de estabilização das relações jurídicas, na tutela do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Com a entrada em vigor da Lei Federal 9.868, de 1999, pode-se afirmar que, nem sempre, a declaração, *in abstracto*, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, possui efeito retroativo.

6 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO PENSAMENTO DE HANS KELSEN; O DEBATE COM CARL SCHMITT SOBRE O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

A jurisdição constitucional, como órgão estatal, é criada para conhecer específica e exclusivamente do contencioso constitucional³³. A Constituição é, *per se*, a norma a ser interpretada e concretizada. A finalidade do exercício da jurisdição constitucional é a tutela objetiva da ordem jurídica, preservando a supremacia constitucional, a harmonia, a coerência e a unidade do sistema jurídico³⁴. A jurisdição constitucional não se insere no modelo constitucional das instituições judiciárias que compõem ordinariamente o Poder Judiciário; ao contrário, delas é independente, tanto quanto o é dos demais poderes públicos³⁵. Boris Mirkine-Guetzévitch, referindo-se ao processo de “racionalização do poder” e de “juridicização da vida coletiva”, saudou o aparecimento de uma nova e importante instituição desse processo, que toma conta da Europa de Entre-Guerras: a jurisdição constitucional³⁶.

A Constituição austríaca de '20 inaugurou o sistema de fiscalização abstrata e concentrada da constitucionalidade das leis, entregue à competência exclusiva da Alta Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), graças ao trabalho de Hans Kelsen na elaboração do texto constitucional, notadamente na estrutura do modelo de Estado Federal para a Áustria e das competências da Corte. Desnecessário destacar que o sistema austríaco de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis resulta sistematicamente dos elementos colhidos nas concepções de democracia, na teoria do Direito e na teoria do Estado do criador da Teoria Pura do Direito³⁷.

Entretanto, foi apenas na década de '30, de Século passado, que Hans Kelsen foi levado a grandes debates, na Alemanha de Weimar, sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional, e sobre a quem (e porque) deveria ser entregue a guarda da Constituição; notadamente no famoso debate que travou com Carl Schmitt e com as ideias postas no livro “*O Guardião da Constituição*” (*Der Hüter der Verfassung*, 1ª edição de 1931). Os conceitos de *guarda* e *defesa* da Constituição, no sentido em que ele a concebe, já haviam sido por ele tratados em três escritos anteriores: *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung* (1924); *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929) e um artigo do mesmo nome, *Der Hüter der Verfassung*, este último publicado nos *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. XVI, 1931, p. 161-237³⁸.

Há de se destacar, outrossim, o contexto político em que esses debates foram realizados. A Constituição de Weimar (1919) foi o resultado de um amplo compromisso entre as forças políticas do seu tempo (social-democracia/SPD, liberalismo democrático/DDP e o catolicismo social/*Zentrum*). Marxismo, socialismo, comunismo, ideias republicanas e liberais e, por fim, a tentação de um sistema político autoritário que resgatasse, do túmulo de Versalhes, o orgulho da Nação alemã, eram as sombras que rodeavam a tessitura do debate político da época.

Na ausência de um consenso político em torno da estrutura daquele Estado, a *ideia* daquela Constituição não se fez *realidade*. Segundo Gilberto Bercovici, “a alternativa totalitária não era a única e a responsabilidade das elites políticas alemãs é justamente a de ter optado por esta via, em detrimento de outras também igualmente possíveis”. A partir de 1933, a tessitura normativa da Constituição de Weimar seria gradativamente substituída pelo *Führerprinzip*, muito embora a sua forma jurídica restasse mantida. De um sistema democrático, Weimar foi lançada na armadilha do autoritarismo sedutor para, depois, prostrar-se frente ao totalitarismo nacional-socialista³⁹.

Para Schmitt, o grande perigo do sistema parlamentar era a democracia de massas. Ao mesmo tempo, os juízes alemães, que, desde 1925, por decisão histórica do *Reichsgericht*, queriam chamar para si a prerrogativa de controle da constitucionalidade nos mesmos moldes do sistema americano (“*richterliches Prüfungsrecht*”), não tinham uma noção clara do que significava “Constituição” em sentido positivo (*Verfassung*), lei constitucional (*Verfassungsgesetz*) e “litígio constitucional” (*innerpolitischen Verfassungsstreit*). Sendo assim, nem o Parlamento, nem a “aristocracia de Toga”, que compunha o Tribunal Estatal do *Reich* alemão, tinham legitimidade para garantir a segurança, a homogeneidade e a unidade política do Povo e do Estado alemães, nem – por isso mesmo – para exercer a defesa da Constituição⁴⁰.

Apenas o Presidente do *Reich*, aclamado e eleito pelo povo alemão e com o poder que lhe outorgava o art. 48 da Constituição de Weimar, podia ser o *Defensor da Constituição*. Somente ele, Chefe do Poder Executivo, encarnava a homogeneidade dos interesses do Povo que havia tomado a decisão fundamental sobre o modo de convivência política e materializava o amálgama entre Povo e Estado (Nesse ponto, recebe de Kelsen a crítica sobre defender uma concepção jusnaturalista de Constituição). Tudo isso lhe garantia *ser* e *estar livre* de todos os vícios e do pluralismo de interesses que dominavam o Parlamento decadente e, ao mesmo tempo, independência de todos os órgãos estatais, o que

lhe outorgava ampla capacidade de decisão e de mando nas situações extremas, vem a ser, no estado de exceção.

No caso do sistema kelseniano, diz Schmitt, o que pode dele verdadeiramente extrair são metáforas e fantasias. Na Alemanha de Weimar, o que os tribunais judiciários poderiam fazer era, única e simplesmente, julgar a validade das leis segundo a lei constitucional; jamais defender verdadeiramente a Constituição alemã. O controle jurisdicional da constitucionalidade induz diretamente, como assim o mostra o exemplo americano, à formação de um Estado Judicialista (*Justizstaat*), que submete toda a vida pública e política a controle. A fiscalização da constitucionalidade, para o Autor, apenas contribui para um respeito institucional à Constituição, mas jamais se destina à sua defesa. No caso americano, a atividade da Suprema Corte e o tipo de *Justizstaat* que dela decorre, tem como consequência imediata não a “judicialização da política”, mas a “politização da justiça”⁴¹.

A *Garantia jurisdicional da Constituição*, assim foi o título de um escrito de Kelsen, publicado em Paris no ano de 1928. Publicado no idioma francês⁴², esse artigo antecipou os temas essenciais do texto onde ele refuta e combate as ideias de Schmitt, publicado no periódico republicano berlinense *Die Justiz (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin: Dr. Walter Rotschild, 1930-1931, v. VI, p. 576-628). Nesse texto, encontram-se magistralmente articulados todos os argumentos políticos e jurídicos sobre a necessidade e a legitimidade do Tribunal Constitucional como o órgão mais adequado para exercer a guarda da Constituição e do sistema jurídico que ela cria.

Garantindo a supremacia constitucional, o Tribunal Constitucional, verdadeiro *Guardião da Constituição*, assegurava a regularidade do Estado de Direito e do sistema democrático, a ideia e a forma políticas do Estado federal austríaco e, não menos importante, a tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição Política da Áustria (1920).

O Presidente do *Reich* não deveria defender a Constituição. Considerá-lo um *pouvoir neutre* diante de todos os demais órgãos, como assim o faz Schmitt, não elimina o conflito de interesses, seja no âmbito dos partidos políticos, seja no campo das lutas de classes por maior inclusão social. Diz Kelsen: ao adotar essa postura, Schmitt traz de volta para o Século XX os princípios típicos do constitucionalismo monárquico. Ao mesmo tempo, considere-se que o Chefe do Poder Executivo é eleito, procedimento este que, não obstante seu caráter democrático, ainda assim se desenrola na arena em que atuam os partidos políticos. Não teria, em suma, a neutralidade e imparcialidade necessárias a quem possui a missão de defender a Constituição.

Ao Parlamento, também não se poderia confiar esse encargo. Órgão constituído, não teria legitimidade para o controle da constitucionalidade, justamente porque tem interesse direto na manutenção das leis em relação às quais seria convocado a julgar e revisar; a rigor, atuaria como potencial infrator da Constituição que deve defender. Também não possui, portanto, legitimidade e neutralidade para esse ofício, uma vez que não é uma instituição independente das pressões políticas e dos clamores sociais. Nesse particular, observe-se que Georg Jellinek já suscitara a questão de ser muito provável que, estando em vigor uma Constituição rígida, o Parlamento possa vir a violá-la. A defesa da Constituição, pelo Parlamento, seria, quando muito, uma obrigação de natureza moral, mas, nunca, uma garantia verdadeiramente jurídica, onde houvesse a previsão de sanções em desfavor das violações à Constituição. Tais violações indevidas só poderiam vir a ser apuradas e sancionadas por um órgão externo e independente dos poderes estatais existentes⁴³.

A Constituição ocupa o topo do sistema piramidal e hierárquico de relações intrasistemáticas entre as normas que integram o ordenamento jurídico. É o fundamento primeiro e último de validade de todas as leis, decretos, portarias e sentenças (*Stufenbaulehre*)⁴⁴. O Tribunal Constitucional, a exemplo dos demais juízes e tribunais ordinários, também aplica e cria direito. Entretanto, não produz normas individuais, função específica destes últimos. Ao contrário, aplica a Constituição ao fato do processo legislativo, ao fato da produção da norma geral e abstrata em violação às regras constitucionais que disciplinam o respectivo procedimento. Ao declarar a inconstitucionalidade da lei, a Corte não cria direito; ela expulsa a norma geral do sistema; ela opõe, ao fato da produção da norma geral inconstitucional, o ato que lhe é precisamente oposto, excluindo-a do sistema de direito positivo. Assim agindo, exerce a função de “legislador negativo”.

Por ocasião dos debates weimarianos, Kelsen já havia definido as estruturas essenciais acerca da jurisdição constitucional. Em sua *Autobiografia*, tece o seguinte comentário:

Minha tendência própria era codificar do modo mais irrepreensível possível, do ponto de vista da técnica jurídica, os princípios políticos que me eram dados e construir, assim, garantias eficazes para a constitucionalidade da atividade estatal. Considerei como o núcleo jurídico da Constituição a seção sobre as garantias constitucionais e administrativas. [...] A Corte Imperial foi transformada em uma verdadeira Corte Constitucional – a primeira desse tipo na História do direito constitucional. Até então, nenhuma corte havia recebido competência para

revogar leis por motivo de inconstitucionalidade com efeito geral e não restrito ao caso particular^{45,46}.

A teoria kelseniana do controle abstrato de normas tem como pressuposto fundamental a ideia de supremacia formal e material da Constituição, que estatui um modelo federativo de Estado, a ser garantida por um órgão independente e neutro em relação aos demais poderes estatais; órgão esse que, no exercício de sua judicatura, venha a solucionar as antinomias do sistema jurídico e as contradições inerentes ao pluralismo democrático. O *Guardião da Constituição*, portanto, é um órgão constitucional cuja função é, como o próprio nome indica, defender a Constituição contra as suas violações; considerando que a Constituição é norma jurídica, só pode ser violada por quem, a princípio, deve cumpri-la. Uma democracia sem constituição e sem controle da constitucionalidade das leis não pode perdurar, pois não há como se instaurar a “paz política” no âmbito interno do Estado.

Para Kelsen, as ideias de Schmitt partem da construção equivocada dos conceitos jurídicos e políticos e de uma contradição fundamental: a confusão entre conceitos de teoria do direito (o conceito de jurisdição) e de política jurídica (qual a melhor forma de organizar a defesa da Constituição e o sistema de controle da constitucionalidade). Schmitt parte de um conceito jurídico pressuposto e deduz equivocadamente um conceito jurídico idealizado.

Hodiernamente, admite-se que as várias polêmicas entre Schmitt e Kelsen, que tiveram início, ainda que de forma incipiente, nos anos '10 do Século passado, radicam nas respectivas concepções de poder, Estado e Direito e nas posturas autocrática, de Schmitt e democrática, de Kelsen. Cada qual havia construído um conceito único de Constituição e, com base nesse conceito, havia concebido como se deveria estruturar a respectiva guarda e defesa⁴⁷. A esse respeito, vale citar Gilberto Bercovici⁴⁸:

Apesar disto, as colocações de Schmitt, especialmente no livro *Der Hüter der Verfassung*, têm o mérito de chamar a atenção para a grande questão, até hoje, não resolvida, do controle de constitucionalidade e da “guarda” da Constituição: as relações entre a defesa da Constituição e o sistema democrático. No fundo, tanto faz se o Guardião da Constituição é um Tribunal Constitucional, o Presidente da República ou o Parlamento. O problema surge, segundo Pablo Lucas Verdú, quando os órgãos de controle de constitucionalidade não se limitam mais a defender e a interpretar, como instância máxima, a Constituição, mas passam a assenhorear-se dela, ou, nas suas palavras: “não se reduzem a ser o Hüter da Constituição, mas pretendem-se o Herr da mesma”.

Com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial e, uma vez derrotados os sistemas totalitários europeus, estas ideias voltaram a ter plena difusão na Europa, a qual presenciou o surgimento de várias Cortes Constitucionais: Itália (1947), Alemanha (1949), Espanha (1978) e Portugal (1983)⁴⁹. Destaque-se: ainda hoje ecoam as palavras, quase proféticas, de Kelsen: “não é possível, obviamente, propor ou adotar uma solução uniforme para todas as Constituições, atuais ou futuras; os respectivos sistemas de jurisdição constitucional deverão adaptar-se às condições e particularidades de cada uma delas”⁵⁰.

7 HANS KELSEN E A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL NA CONSTITUINTE BRASILEIRA (1933-1934)

A primeira Constituição republicana brasileira (1891), como já destacado, aboliu as estruturas político-jurídicas fundamentais da monarquia e incorporou vários princípios estatuído pelo direito político norte-americano, especialmente a adoção do federalismo como forma de Estado, do presidencialismo como sistema de governo, o sistema bicameral de representação parlamentar e controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, com a palavra final de uma Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal.

Segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade a atuação de Rui Barbosa foi preponderante, aperfeiçoando o projeto, tanto na redação, quanto no seu conteúdo⁵¹. Observa, a propósito, Nelson Saldanha: coube a Campos Sales uma formulação mais completa – ou pelo menos mais adequada à realidade que se experienciava – do regime presidencialista: um poder pessoal, porém responsável e sujeito ao “contrapeso” dos outros poderes da República. O liberalismo de Rui, entretanto, foi forjado dentro das linhas da melhor publicística do Século XIX, reconhecia; o reconhecimento da república, do presidencialismo, do federalismo, e das ideias de supremacia constitucional não o impediram de reconhecer a diferença entre os problemas norte-americanos e brasileiros no momento de estruturar as respectivas federações⁵².

O movimento de 03 de outubro de 1930 eclodira em resposta ao desgaste e à incapacidade do texto constitucional de 1891 de ordenar a dinâmica política brasileira. A ideia de atraso, após o movimento nacional de modernização, parecia suplicar pela construção de um novo País, em todos os segmentos. A proposta liberal-conseradora de transformação radical, nacionalista e modernizadora, trazida por Getúlio Vargas e por seu grupo, derrotaria o patrimonialismo

coronelistas, as oligarquias e a burocracia dominantes no Brasil até a crise mundial de 1929.

Em 11 de novembro de 1930, a ordem constitucional de 1891 chegou ao fim, abolida pelo Governo Provisório criado pela Revolução liderada por Getúlio Vargas. A carta constitucional não tinha normatividade e eficácia suficientes para ordenar, de forma adequada, o processo político da Primeira República:

Outubro de 1930 marcou o fim de uma República ao mesmo tempo em que fechou um capítulo de nossa história federativa e republicana. Foi '30, sem dúvida, ano de grandes comoções patrióticas, de esperanças cívicas, de confiança no futuro. O Estado Liberal da versão clássica – durante mais de um século a ideia-força das nossas instituições – chegava ao fim, depois de haver atravessado dois regimes: de um Império e uma República. O País acordava então para as mudanças do século. A ditadura do Governo Provisório, em algumas matérias políticas e sociais, entrava com a mesma força, o mesmo ímpeto, a mesma energia dos republicanos de '89, quando instauraram a Primeira República e cuidaram de varrer, em vinte e quatro horas, por decreto-lei, todas as instituições básicas do Império. Era a aurora do Estado Social [...]⁵³.

Encerrado o período do Governo Provisório, o ano de 1934 testemunharia a entrada em vigor da segunda Constituição republicana brasileira, primeira “constituição social” do País. Cezar Saldanha Souza Jr. afirma, a propósito: a Constituição de 1934, apesar de efêmera, foi a mais criativa das constituições republicanas. Acrescenta: três tradições políticas dão suporte à Constituição de 1934: (c) a tradição liberal clássica; (b) o constitucionalismo social (Constituição de Weimar e Constituição espanhola [1931], v.g.) e (c) o corporativismo autoritário (Constituição portuguesa [1933])⁵⁴.

É interessante destacar: consolidada a vitória, a partir de 1930 e tendo em vista os propósitos reformadores do grupo varguista, tem-se que a *realidade* do Estado nacional brasileiro foi construída a partir de uma *ideia* fundamental: *a proeminência do Poder Executivo no sistema de repartição constitucional de competências e funções*. Objetivamente: os anos de 1933-1934, época da assembleia constituinte (instalada em 15.11.1933), consolidaram a constitucionalização das decisões tomadas pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas:

No Brasil, a construção do Estado nacional se dá, essencialmente, no âmbito do poder executivo, com maior ênfase a partir de 1930. Foi neste período, inclusive, que ocorreu a primeira e única reforma

verdadeira do Estado no Brasil, que resultou na profissionalização da administração pública com a criação do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público). No entanto, nenhuma de nossas constituições sociais e democráticas do período (1934 e 1946) tinha um projeto deste Estado que se estava estruturando. Na realidade, o que ocorre em 1934, fundamentalmente, é a constitucionalização das medidas tomadas pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas. Ou seja, uma sistematização constitucional do que já havia sido regulado pelo Poder Executivo revolucionário [...]. A Constituição de 1946 herda o Estado construído a partir de 1930)⁵⁵.

A terceira Constituição do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, entrou em vigor ao mesmo tempo em que o mundo dos vivos retratava a imediata necessidade de reformulação da Sociedade e do Estado brasileiros, diante dos novos processos econômicos e demandas sociais que, *per se*, sepultaram os postulados liberais do século anterior e a inércia do Poder Público.

Em 1934, eis a realidade da época: o absentismo estatal, típico do liberalismo econômico e político do século XIX, não mais encontrava apoio na Sociedade pós-1929. O momento exigia maior presença do Estado para, pelo menos, minimizar as desigualdades sociais causadas pelos excessos da aparente autonomia privada. As soluções, políticas e jurídicas, que vinham do México e da Alemanha, se fizeram ouvir no Brasil. O Governo Vargas, a partir de 1934, alterou profundamente as instituições constitucionais. O poder viu-se centralizado no Governo Central, ainda que, aparentemente, estivesse mantido o sistema federativo.

No que toca ao Poder Judiciário, a Constituinte deu continuidade ao recurso extraordinário como instrumento de controle da supremacia da Constituição Federal e do Direito federal; ao mesmo tempo, introduziu a representação para autorizar a intervenção da União nos Estados e assegurar a observância dos “princípios constitucionais sensíveis”. Desde então, tem início a história do “sistema híbrido” de controle da constitucionalidade das leis, modelo até hoje vigente no Brasil, com as técnicas de fiscalização introduzidas com as Emendas Constitucionais Federais n. 03 e n. 45, bem como através das Leis Federais 9.868/99 e 9.882/99.

Os Constituintes de 1933/1934, diz Ana Valdevez Alencar (op. cit., p. 234), entenderam de modificar o sistema então vigente de fiscalização da constitucionalidade das leis, no sentido de que “... uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, os efeitos da declaração não se cingissem ao caso particular, mas aproveitassem a todos”. A questão seria: qual a

melhor técnica legislativa para fazê-lo. O problema suscitou a atenção de vários deputados constituintes; dentre eles, Godofredo Vianna, Nilo Alvarenga, Vitor Russomano, Arruda Falcão, Cardoso de Melo Neto, Agamennon Magalhães, Cunha Melo, Prado Kelly e Levi Carneiro.

O deputado Godofredo Vianna iniciou o debate. O sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis, na futura constituição, não podia ir na contra mão das modernas constituições, exemplarmente analisadas por Mirkin-Guetzévich e Pontes de Miranda. O anteprojeto continua na tradição precedente, a saber, “apesar de ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a lei continua de pé, ao contrário do que se passa no sistema austríaco”; “[...] não parece que devemos manter essa situação”. A sua proposta: sempre que o STF declarasse, em mais de um julgado, a inconstitucionalidade da lei, esta seria, *ipso facto*, considerada inexistente, cabendo ao Procurador Geral da República mandar publicar essa decisão no órgão oficial da União e do Estado, para que esse acórdão tivesse eficácia *erga omnes* nos prazos estabelecidos pela lei civil⁵⁶.

Gilmar Ferreira Mendes chama a atenção para o argumento, apresentado pelo deputado Nilo Alvarenga, a favor da instituição de uma *Corte de Justiça Constitucional* no Brasil, inspirada no *modelo austríaco*⁵⁷. Ao fundamentar a sua proposição, o constituinte referiu-se diretamente ao comunicado de Hans Kelsen (publicado na Revista da Associação Alemã de Professores de Direito Público) sobre a *essência* e o *desenvolvimento* da jurisdição estatal⁵⁸. Expõe, ainda, Mendes, as principais razões e argumentos de Nilo Alvarenga em favor da necessidade concreta de instituir-se, no Brasil de '34, *um sistema jurisdicional de controle direto* (diga-se, hoje, abstrato) da constitucionalidade das leis, como *instrumento de racionalização da ordem jurídica*, de *efetiva tutela dos direitos fundamentais* e de *presteza na prestação jurisdicional*⁵⁹. Confira-se, também, neste particular, a contribuição de Paulo S. Peixoto Maia:

Logo em 1934, Kelsen confecciona parecer em que fundamenta uma competência constitucional ilimitada para a Assembleia Constituinte de 1933-1934, instaurada após a Revolução de 1930. No decorrer da mesma constituinte, em 20 de dezembro de 1933, o deputado federal Nilo Alvarenga apresenta projeto de lei que propõe a criação de uma Corte Constitucional, que examinaria com exclusividade as questões constitucionais. Ao deixar claro que suas considerações se esteiravam na exposição realizada por Kelsen, em 1928, em Paris, o deputado argumentou que uma

jurisdição constitucional concentrada é muito melhor que o modelo norte-americano, em que é “imperfeito e incompleto” porquanto estende a todos os juizes a possibilidade realizar controle de constitucionalidade. Isso não era gratuito. Como se sabe, o Brasil, desde 1892, conhece uma prática de controle de constitucionalidade difuso, à imagem e semelhança da judicial review norte-americana, graças à histórica atuação de Rui Barbosa quando do julgamento do habeas corpus de 23.4.1892, em favor dos Generais e Almirantes que se rebelaram contra o Marechal Floriano Peixoto. Assim, é possível perceber que na proposta de Nilo Alvarenga não é bem o controle de constitucionalidade dos Estados Unidos que é considerado incompleto e imperfeito, mas sim o do Brasil e a solução seria as recomendações kelsenianas. Nasce historicamente, aí, o argumento de que somente com uma centralização do controle de constitucionalidade é que seria alcançada a assim-chamada “segurança jurídica”. Um argumento que encontrou na limpa biografia de Kelsen uma forte aliada. Afinal, era um autor cuja teoria sistematizou uma Corte Constitucional como guardião da Constituição, e não um Presidente com poderes ditatoriais (como queria Schmitt). Um autor que era convicto defensor da democracia, que não estabeleceu qualquer sorte de relacionamento com os autoritarismos do entreguerras (como o fez Schmitt), até porque a sua ascendência judaica o impossibilitaria⁶⁰.

O deputado Prado Kelly, de modo semelhante, à proposta de Nilo Alvarenga, buscava trazer para o direito público brasileiro o debate europeu no tocante à questão do controle abstrato de normas.⁶¹ Prado Kelly não se aproximava da ideia de criar-se uma Corte de Justiça Constitucional. Entretanto, delegava ao “Conselho Federal” (igualmente em debate), a atribuição de fazê-lo diretamente ou então a competência para a “extensão *erga omnes* dos arrestos lançados pela Suprema Corte, nas espécies sujeitas a seu julgamento”⁶².

O deputado Levi Carneiro manifestou posição contrária à introdução do controle abstrato de normas durante a Constituinte de 1933-1934. Para ele, deveria o sistema de controle difuso, inaugurado em 1891: o STF, no caso concreto, decretaria a inconstitucionalidade da lei, mantendo-se os efeitos dessa decisão em relação às partes em litígio e nos limites da respectiva demanda:

Não aderimos à sugestão, supondo que as nossas condições não a recomendam. *Acreditamos, com o Sr. Pontes de Miranda, que a criação de tribunais dessa espécie, adstritos unicamente a questões constitucionais, não é mesmo recomendável [...]*

A Corte proposta, anulando, com a maior rapidez, as leis e atos inconstitucionais, revogando-os para todos os efeitos, e constituída por nove juizes nomeados por três anos, *absorveria parte relevantíssimas das funções do Supremo Tribunal Federal, diminuindo-o e se tornaria provavelmente um órgão político*. As suas decisões não se atermiam à apreciação jurídica, e legal, que é, aliás, a própria justificativa do pronunciamento judicial da inconstitucionalidade das leis⁶³.

Destaquei, nas palavras de Levi Carneiro, *a referência expressa a Pontes de Miranda*. A ideia que presidiu a elaboração deste trabalho gira em torno desse diálogo não travado diretamente entre Hans Kelsen e Pontes de Miranda, mas que foi decisivo, a meu ver, na consolidação do sistema judicial de controle da constitucionalidade das leis em 1934, entregue à jurisdição da Corte Suprema do País, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

A partir de 1932, Pontes de Miranda começa a publicar os seus primeiros escritos sobre filosofia política, teoria do poder, direito do Estado e teoria da Constituição. A edição dos “*Fundamentos actuaes do direito constitucional*” (RJ: Empresa de Publicações Técnicas, 1932) marca, de forma indelével, a presença do jusfilósofo alagoano no direito político brasileiro, precisamente no ano que antecedeu à instalação da Constituinte de ’33.

Por essa época, até mesmo como resultado de seus escritos anteriores, o Autor reconhecia o fim do modelo absentista de Estado. O Estado brasileiro precisava, na nova ordem social, política e jurídica que se consolidava, de fins delimitados e precisos, adequados à realidade social; deveria também olhar para a gravidade da questão social. Um Estado abstinentemente seria um Estado sem fins, o que mostra uma grande contradição⁶⁴.

Entretanto, a Constituição brasileira de 1934 não refletiria essa realidade nacional e padeceria do mesmo defeito das constituições do pós-guerra: o de não ter fins precisos, mas fórmulas vagas, ingênuas e imprecisas. Era certamente difícil acomodar, na formação de um novo tipo de Estado, a ideologia das constituições norte-americana e europeias, especialmente a alemã e a italiana. Esse será um diagnóstico pessimista que virá explicitado nos comentários publicados em 1936⁶⁵.

No âmbito da ciência do Direito, interessa destacar que Pontes de Miranda partia de postulados diametralmente opostos à pureza metodológica de Hans Kelsen; não se pode expurgar da ciência do Direito os métodos e pressupostos de outros ramos do saber científico:

No Direito, se queremos estudá-lo cientificamente como ramo positivo do conhecimento, quase todas as ciências são convocadas pelos cientistas. A extrema complexidade dos fenômenos implica a diversidade do saber. As matemáticas, a geometria, a física, a química, a biologia, a geologia, a zoologia e a botânica, a climatologia, a antropologia e a etnografia, a economia política e tantas outras constituem mananciais em que o sábio da ciência jurídica bebe o que lhe é mister. Nas portas das escolas de Direito devia estar escrito: aqui não entrará quem não for sociólogo. O sociólogo supõe o matemático, o físico, o biólogo⁶⁶.

O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos é um instrumento essencial *destinado a proteger e a assegurar as constituições democráticas e a própria ideia de Estado de Direito*⁶⁷. Veja-se, ainda:

O povo, com o principio da constitucionalidade das leis e dos actos dos poderes, quer que os órgãos do Estado não fiquem livres de verificação jurídica. O corpo, a que se dá a vigilância, ou o corpo e a pessoa, ou só a pessoa (Chefe de Estado) exerce função ligada ao poder constituinte, é o instrumento de auto-defesa da Constituição, das forças que, no momento dado, acharam as formulas de equilíbrio, traduzidas nos textos constitucionais. Toda a ordem jurídica será vigiada, inclusive as reformas constitucionais, quanto á observância das formalidades necessárias, desde a legislação geral, até as Constituições dos membros da federação e as leis destes⁶⁸.

Neste sentido, igualmente proveitosa é a leitura da seguinte passagem: *“a técnica da defesa da Constituição comporta problemas diversíssimos, como o problema da Guarda da Constituição e o da Rigidez Constitucional, aquele ligado a órgão defensivo e esse ao coeficiente de estabilidade das regras constitucionais”*⁶⁹.

Pontes de Miranda, desde quando publicou o “Sistema de Ciência Positiva do Direito” (1922), acolheu, como necessária e fundamental, a ideia de que o magistrado, que concretiza o Direito abstratamente posto, deve interpretá-lo de modo sistemático e flexível, para que, em cada caso concreto que venha a julgar, possa também atualizar as normas jurídicas em relação aos fatos que integram a disciplina das relações sociais:

Na própria ordem política, o que mais distingue as duas funções é a índole geral, para o futuro, do produto legislativo, e a índole individual, para o presente, do produto judiciário; aquele é permanente, esse momentâneo. Observados tais caracteres da função especial do juiz, evidentemente se atenua

a importância da objeção: o juiz decide para casos particulares, o que diminui em extensão a eventual injustiça, e, em intensidade, porque o interessante é o natural e vigilante fiscal dos julgamentos⁷⁰.

O Direito realidade é o ‘dado’; esboça-o e às vezes o desfigura o legislador; jurisconsulto e juiz avivam-lhe os traços, dão-lhes as cores, elementos concretos que não podiam ser obtidos pelo processo abstrativo do formulador da lei. [...] Em toda a ordem natural, o que se ‘impõe’ é a realidade, o ‘dado’ é um ‘imposto’; e qualquer negação disto implica a negação do determinismo universal, da ciência e da filosofia. Os fenômenos sociais que determinam a necessidade e a produção da norma jurídica são impessoais, conquanto por vezes, heterogêneos e complexos; porém, na lei há o fato de uma ou de mais de uma consciência, e portanto, o coeficiente do eu, que o torna não inserível no mundo exterior, se em estado bruto, quer dizer no estado de abstração. No aplicar a regra jurídica há de o juiz desbastar a pepita, eliminar aquele coeficiente entre a material que se induz, e a material para que se deduz⁷¹.

Esse conjunto de ideias foi transposto, uma década mais tarde, para a sistematização do conceito e das características essenciais do controle judicial da constitucionalidade das leis. Em seus Comentários à Constituição de 1934, retoma o debate em torno da opção da Assembleia Constituinte no tocante ao sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade das leis, com a inclusão do papel institucional do Senado Federal, uma vez julgada concretamente a questão. É manifesta a rejeição ao modelo kelseniano, reiterando os termos das objeções de Levi Carneiro à criação de uma Corte Constitucional no Brasil:

A Constituição de 1934, como a de 1891, não anuiu em que se anulasse a lei, em que se declarasse in abstracto a inconstitucionalidade, nem em que a resolução judicial atingisse a lei em sua existência fora do caso julgado. Todavia, concedeu ao Senado Federal, diante da declaração do Poder Judiciário, suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento (art. 91, IV) e, não só ex officio como em geral, examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder executivo e suspender a execução das disposições ilegais (art. 91, II)⁷².

A mesma tese foi exposta em 1938:

Apreciando o caso concreto e decidindo, a Justiça pronuncia-se sobre a constitucionalidade, ou legalidade, do acto dos outros ou de um dos

outros Poderes, o executivo e o legislativo. *Aí está a primeira regra sobre a competência do Poder Judiciário, pois-que se lhe não outorgou, na Constituição de 1937, apurar, in abstracto, a constitucionalidade ou legalidade dos actos do Poder executivo ou do Poder legislativo, ou ambos, nem lhes atribuiu declarar nula, inconstitucional, a lei ou o acto e ordenar que outros casos se não aplicasse.* [...] Tôda lei, todo acto que se há de executar em muitos casos, é, antes de executar-se, ordem. *O Poder judiciário não anula, não declara nula a ordem; mas impede que incida nos factos, nos casos.*⁷³

Nos Comentários à Constituição de 1946, época da primeira redemocratização, Pontes de Miranda retoma as ideias anteriores e explica a formação do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade:

O poder estatal, nos Estados Unidos da América e no Brasil, está novo povo. Em relação ao direito constitucional de quase todo o Mundo, era isso fato novo. Procedia-se a certa inversão da fórmula política, inversão que era ainda, ao tempo da Constituinte norte-americana, mais esperança de filósofos do que preocupação imediata de políticos. [...] À Constituição buscou-se a proteção pelo Poder Judiciário, de onde resultou o judicial control. [...] O axioma de direito constitucional norte-americano, *Constitution must control the laws*, inspirou toda a formação da técnica norte-americana de apreciação da constitucionalidade”. [...] “No Brasil, o controle das leis foi admitido como consequência da apreciação da violação da Constituição pelo legislador; portanto, como técnica de julgamento do ato legislativo, no que não era ato político. A teoria se firmou sem se precisar de conceber o Poder Judiciário como acima dos outros Poderes: se lhe incumbe aplicar as leis, e a Constituição é lei, acima das outras, as outras, no que a infringem, são inválidas; portanto, judicialmente desconstituíveis. Na Áustria, pretendeu-se construir a Corte Constitucional como ao nível do poder *constituente*, sendo os outros poderes “*constituídos*”. Na *Introdução*, mostramos a artificialidade de tal concepção. Artificialidade consciente, por ser busca de originalidade. Procurar ser original já é não ser original⁷⁴.

*A Constituição de 1946, como a de 1891, a de 1934 e a de 1937 não anuiu em que se decretasse a nulidade absoluta da lei, ou em que se anulasse a lei, em que se decretasse in abstracto a inconstitucionalidade, nem em que resolução judicial atingisse a lei em sua existência fora do caso julgado.*⁷⁵

No que diz respeito às técnicas do controle da constitucionalidade, a doutrina estabelecida por

Pontes de Miranda reela, já desde 1932, notável atualidade. A crítica ao pensamento kelseniano reflete a concepção, já posta em destaque, de que o método de julgar e o método da ordenação constitucional são duas “missões inconfundíveis da justiça”. O princípio da constitucionalidade das leis e do correlato controle judicial radica, antes de tudo, na soberania popular, e não numa sistema e numa Corte artificialmente construídos pelo constituinte; quer o povo que os órgãos constituídos não fiquem imunes ao controle pela Jurisdição:

A teoria do Estado e a teoria da Constituição de Kelsen confundem totalidade com principalidade ou superioridade [...]. A constituição é principal porque prevalece, porque exterioriza, na ordem jurídica, as suas prioridades estabilizantes; se é principal, não é total; total ela não o é, porque simplesmente não preenche tudo. As teorias do direito de H. Kelsen, é que são intelectualmente construídas, feitas com linhas e superfícies; falta-lhes o cubo de ‘dado histórico’, a verdade sociológica. Enquanto o direito não recebeu o fato social da Constituição (que é fato jurídico sucedâneo de fato religioso ou moral), as Constituições continuaram iguais às leis e foi experimentada, desde o Século XVII, toda a escala de defensores possíveis, unos ou múltiplos.⁷⁶

A técnica constitucional, *de lege ferenda*, a esse respeito é, no momento, assaz interessante, o que, a despeito de já termos Constituição, justifica que aqui transcrevamos *o que em 1932 escreveramos*: ‘Só nos cabe tratar dos pontos sobre os quais têm de manifestar-se as Constituições. Tudo o mais fica ao Poder Legislativo, que a Constituição cria. No estado atual, são principais as três seguintes questões técnicas: *I*) A Corte Constitucional deve ser distinta da Suprema Corte? *II*) A apreciação da constitucionalidade deve caber à Corte Constitucional exclusivamente, ou como instância última? *III*) O julgamento deve decretar que é nula a lei ou o ato?’

Respondemos “não” à primeira. *A segurança da unidade jurídica de toda a Nação e a da constitucionalidade das leis e atos dos órgãos estatais devem ser juntas: no fundo, é a unidade, que se quer, verticalmente (Constituição, leis, atos) ou horizontalmente (coerência do ordenamento jurídico).*

Além da vantagem teórica, existe a vantagem prática de se porem os juizes em contacto com o corpo inteiro do direito nacional. *Se uma Corte tiver a função de uniformizar o Direito, e, outra, a de apurar a constitucionalidade, por vezes ocorrerá que a tendência uniformizadora de uma não seja no mesmo sentido do pensamento constitucionalizante da outra.*

Quanto à *segunda* pergunta, envolve escolha entre o sistema do recurso extraordinário (Brasil, 1891-1946) e o adotado pela Constituição da Áustria, art. 180, inciso 2, e pela Espanha, art. 100, a qual consistiu em *interromperem os tribunais a decisão e esperarem a resolução da Corte competente: instância única*. Na Áustria e na Espanha, associou-se a instância única com a Corte específica, porém nada obstaría a que se associasse ao sistema da Suprema Corte ordinária e constitucional.

No Brasil, o art. 200 estabelece a necessidade do *per saltum*, se se trata de câmara ou turma, ou câmaras conjuntas, que não sejam o ‘tribunal’. Mas o juiz singular decide sobre ser contrária à Constituição a lei ou ato do poder público, o que evita o *per saltum* dele ao tribunal, cujos inconvenientes seriam graves.

Quanto ao *terceiro* ponto, a Áustria adotou a anulação, em vez da nulidade – desde o dia da publicação do acórdão, tratando-se de regulamento; desde o dia da publicação do ato governamental de anulação ou, no caso de prazo fixado pela Corte, desde o dia em que deva começar a não vigência, tratando-se de lei. Tal prazo não podia exceder de seis meses (art. 140, alínea 3^a). A solução manteve de pé lei ou ato que violou a Constituição; *tratou a nulidade com suscetível de efeitos, quando devia trata-la como absoluta que é. Tudo mostrou que a concepção nascida na Europa, no século XVIII, e vivida na América, ainda não se aclimatara no continente europeu. A lei inconstitucional não tem efeitos; o acórdão devia operar ex tunc; aplicar-se-ia o direito como se ela não existisse, uma de cujas consequências é ser aplicada a lei que a lei nula pretendia revogar*⁷⁷.

Nessa ordem de ideias, é possível concluir: no período que vai da Revolução de ’30 até a instituição do Estado Novo, Pontes de Miranda, seja *de lege lata*, seja *de lege ferenda*, não acolhia as teses de Hans Kelsen sobre a função da jurisdição estatal na tutela dos direitos individuais, da manutenção das regras da democracia e na manutenção do princípio da hierarquia das leis. Ao contrário, acreditava que o *judicial control* era melhor e mais eficaz nesse mister. Não desconhecia as obras do jurista vienense, mas negou-lhes aplicação concreta ao caso brasileiro. Suas ideias prevaleceram durante a vigência das Constituições brasileiras desse período, ainda que a de 1937 tenha sido por ele duramente criticada.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 15, n. 57, 1978.

BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARBOSA, Ruy. Sustentação oral proferida junto ao Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 1892 (Habeas Corpus de 18.04.1892). In: *Novos discursos e conferencias*. Corrigidos e revistos por Homero Pires. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva, 1933.

BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da constituição*, cit. Ver: Martonio Mont’Alverne.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed., reimpressão. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1999.

CAVALCANTI, João B. de Uchôa. *Comentários à Constituição Federal de 1891*. Brasília: Senado Federal, 1992.

EISENMANN, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*. Paris: Economica, 1986.

FAVOREU, Luis. *Les Cours Constitutionnelles*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 03; Hermann Mosler. *Das Heidelberger Kolloquium über Verfassungsgerichtsbarkeit. Ziel – Methode – Ergebnis*. In: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*. Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max Planck – Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Heidelberg, 1961.

FROMONT, Michel. *La Justice Constitutionnelle dans le monde*. Paris: Dalloz, 1999.

HAURIOU, Maurice. *Princípios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus.

JELLINEK, Georg. *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Viena: Hölder, 1885.

KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Tradução de Gabriel Nogueira e José Ignácio Coelho Mendes Neto Dias. 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

_____. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911.

_____. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, Paris: LGDJ, v. XLV, n. 02, avril/mai/juin. 1928.

_____. La méthode et la notion fondamentale de la Théorie Pure du Droit. *Revue de Métaphysique et de Morale*, Paris: Librairie Armand Colin, ano 41, n. 2, p. 183-204, 1934.

_____. *Teoría pura del derecho*. Tradução Roberto J. Vernengo. 2. ed. 1960.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva. 1939. (1. ed.: Viena, 1934).

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A guarda da constituição em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, 2003.

LOSANO, Mario G. Il Rapporto tra validità ed efficacia nella doutrina pura del diritto. *Sociologia del Diritto*, Milano: Franco Angeli Editore, anno 8, n. 2, 1981.

MENDES, Gilmar. *Controle da constitucionalidade*. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Pontes de. *Os fundamentos actuaes do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

_____. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936. t. I.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. I a V.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRKINE-GUETZÉVICH, Boris. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*. Paris: M. Giard, 1931.

PAULSON, Stanley L. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido immanente. Hans Kelsen como neokantiano. *Doxa*, n. 26, p. 547-582, 2003. ISSN 0214-8876. (Traducción de Carlos Bernal Pulido do original alemão publicado em: R. Alexy, L.H. Meyer, S.L. Paulson y G. Sprenger (Hrsg.). *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Baden-Baden: Nomos, 2002).

_____. Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental Begründen? *Rechtstheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, n. 21, p. 155-179, 1990.

_____. Toward a periodization of the Pure Theory of Law. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). *Hans Kelsen Legal Theory*. Torino: G. Giappichelli, 1990.

PAULSON, Stanley L. Verfassungsmässigkeit und “normative Alternativen”. In: *Staatsrecht in Theorie und Praxis (Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag*. Heinz Mayer (Hrsg.). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1991.

SALDANHA, Nelson N. *História das ideias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal-Conselho Editorial, 2001.

SARLO, Oscar. La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El ‘frente sur’ de la teoría pura. In: *Ambiente Jurídico*, n. 12, nov. 2010.

SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

SOLO, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997.

SOUTO, João C. In: *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOTAS

¹ Cícero, *De Amicitia* 1.23.

² Cícero, *De Amicitia* 1.23.

³ Doutor em Direito (UFMG/Johann Wolfgang Goethe Universität). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado.

⁴ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. I, p. 161.

⁵ Maurice Hauriou. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/d, p. 332-333.

⁶ Cf. Solon, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997, p. 68-69, 215-219.

⁷ Sarlo, Oscar. *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El ‘frente sur’ de la teoría pura*. In: *Ambiente Jurídico*, n. 12, nov. 2010, p. 401-425.

⁸ Cf. Stanley L. Paulson. *Toward a periodization of the Pure Theory of Law*. In: Letizia Gianformaggio (Org.). *Hans Kelsen Legal Theory*. Torino: G. Giappichelli, 1990, p. 11-47; *Arriving at a defensible periodization of Hans Kelsen’s legal theory*. In: *Oxford Journal of Legal Studies* (1999), v. 19, Issue 2, p. 351-364; *Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization*. In: *Oxford Journal of Legal Studies* (1998), v. 18, Issue 1, p. 153-166.

⁹ Cf. Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. 1. ed. (Viena, 1934). Tradução de Fernando de Miranda. Livraria Acadêmica Saraiva & Cia – Editores. São Paulo, 1939, p. 05; Hans Kelsen. *Teoria Pura del Derecho*. 2. ed. (Viena, 1960). Tradução de Roberto J. Vernengo. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 15-17. É indicada a leitura de: Rudolf Aladár Metall. *Hans Kelsen. Vida y obra*. Tradução de Javier Esquivel. México, DF: Ediciones Coyoacán, 2009.

¹⁰ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1. ed., p. 6-8; *Teoria Pura del Derecho*, 2. ed., p. 89-105. Cf.: Clemens Jabloner. *Kelsen and his Circle: the Viennese Years*. Translated by Camila Nielsen. In: *European Journal of International Law*. Vol. 09 (1998), p. 368-385.

¹¹ Cf. Hans Kelsen. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911 [Tradução: *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Tradução de Wenceslao Roces México, D.F: Editorial Porrúa S.A., 1987]; *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer, 1925; *Aperçu d’une théorie générale de l’État*. Charles Eisenmann (Org.). In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, v. 43, Paris: LGDJ, 1926, p. 561-646.

¹² Hans Kelsen. *La méthode et la notion fondamentale de la Théorie Pure du Droit*. In: *Revue de Métaphysique et de Morale*, ano 41, n. 2, p. 183-204, Paris: Librairie Armand Colin, 1934.

¹³ Cf. Mario G. Losano. *Il Rapporto tra Validità ed Efficacia nella Doutrina Pura del Diritto*. In: *Sociologia del Diritto*, Milano: Franco Angeli Editore, ano 8, n. 2, p. 5-23, 1981; *Introdução*. In: Hans Kelsen. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

¹⁴ PAULSON, Stanley L. *Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental Begründen?* In: *Rechtstheorie*, n. 21, p. 155-179, Berlin: Duncker & Humblot, 1990; *Die unterschiedlichen Formulierung der „Grundnorm“*. In: *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit (Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*. Aulis Aarnio, Stanley L. Paulson et alli (Hrsg.). Berlin: Duncker & Humblot., 1993, p. 53-74.

¹⁵ Cf. Ver, além dos livros já citados: Hans Kelsen. *General Theory of Law and State*. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945; *La Democrazia*. Giacomo Gavazzi (org.). Bologna: Il Mulino, 1981; *Il Primato del Parlamento*. Carmelo Geraci (Org.). Milano: Giuffrè, 1982; *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986; *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*. Agostino Carrino (Org.). Milano: Giuffrè, 1989; *Que és la Teoria Pura del Derecho?* Tradução de Ernesto Garzón Valdés. México, D.F.: Distr. Fontamara, 2007. Numa perspectiva ampla: Robert Walter. *La Teoria di Kelsen. Contributti ala Dottrina Pura del Diritto*. Antonino Scalone (Org.). Torino: G. Giappichelli, 2005.

¹⁶ Hans Kelsen. *Teoria Pura del Derecho*, 2. ed., 1960, tradução Roberto J. Vernengo, p. 277-282.

¹⁷ Cf. Stanley L. Paulson. *Verfassungsmässigkeit und “normative Alternativen”*. In: *Staatsrecht in Theorie und Praxis (Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag*. Heinz Mayer (Hrsg.). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1991, p. 535-548. Ver, também: Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. SP: Saraiva, 1990, Capítulo I, Seção IV.

¹⁸ Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed., reimpressão. Porto Alegre. Sérgio A. Fabris, Editor, 1999, p. 25-27.

¹⁹ “... aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na decisão das causas de sua competência” (op.cit., p. 67). O controle é um “poder-dever” de cada Juiz, exercido num caso concreto, provocado pelo titular de um direito violado pelo ato inconstitucional, com efeitos *inter partes* e *ex tunc*, em face dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

²⁰ Aquele “em que o poder de controle se concentra, ao contrario, em um único órgão judiciário” (op. e p. cit.). Aqui, tem-se um processo objetivo, onde não se põe como determinante a tutela de direitos individuais, e os seus efeitos são *erga omnes*. A opção por efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* é de ordem de política legislativa, variando de acordo com o ordenamento jurídico analisado.

²¹ Cf. João Carlos Souto. In: *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 4.

²² Cf. Ana Valdez Ayres Neves de Alencar. *A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 15, n. 57, p. 231, jan./mar. 1978 (cf., também, p. 233-234). Ver: Brasil. Lei 221, de 30.11.1894. Art. 13, § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos

- manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição. Ver, anteriormente, Decreto n. 510, de 22.06.1890, Art. 58, parágrafo 1º.
- ²³ Conferir: Lenio Luiz Streck (*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 425), anota: “embora a ideia de controle de constitucionalidade já estivesse estampada na exposição de motivos do Decreto n° 848, sob nítida inspiração no judicial review norte-americano, somente com a Constituição de 1891 a tese republicana ganha forma e estrutura, a partir da designação de um órgão de cúpula do Poder Judiciário, que seria encarregado de realizar esse controle. Por isso, é possível afirmar que a teoria constitucional brasileira nasce com a Constituição e a República de 1891”. Ver, também: Aliomar Baleeiro: O Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 34, julho, 1972.
- ²⁴ Cf. Ruy Barbosa. *Sustentação oral proferida junto ao Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 1892 (Habeas Corpus de 18.04.1892)*. In: *Novos discursos e conferências*. Colligidos e revistos por Homero Pires. São Paulo: Livraria Ademica e Saraiva & Cia, 1933, p. 92-95. Veja-se, ainda: Carlos Maximiliano. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918, p. 117.
- ²⁵ Cf. João Barbalho de Uchôa Cavalcanti. *Comentários à Constituição Federal de 1891*. Brasília: Senado Federal, 1992, p. 224; 226. Conferir, ainda: Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo. 1. ed., 1923, p. 10 e 49.
- ²⁶ Cf. Marcelo Rebelo de Souza e José de Melo Alexandrino. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Lex Editora, 2000, p. 349.
- ²⁷ Brasil. Decreto n. 848, de 11.10.1890. Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrárias às disposições e espírito do presente Decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e do processo federal.
- ²⁸ Cf. Rui Barbosa. *Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893, p. 44-45.
- ²⁹ Cf.: *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*. 2. ed. Kermit Hall (Ed.). Oxford/New York: Oxford University Press, 2005, p. 601-611. Ver também: Gilmar Ferreira Mendes. *Controle da Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 10-19.
- ³⁰ Cf. Rui Barbosa. *Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893, p. 47.
- ³¹ Cf. João Barbalho Uchôa Cavalcanti. *Constituição Federal Brasileira (1891)* [Comentada]. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 222 a 227 – esp. p. 225).
- ³² Cf. Brasil. STF. ADI 652-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 02.04.92, publicação no DJ de 02.04.93. No mesmo sentido: Brasil. STF. ADI 1.434-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29.08.96, DJ de 22.11.1996).
- ³³ Michel Fromont. *La Justice Constitutionnelle dans le monde*. Paris: Dalloz, 1999, p. 1-2. Michel Fromont escreve: “L’idée de justice constitutionnelle est intimement liée au développement du constitutionnalisme entendu comme un mouvement tendant à soumettre le fonctionnement des pouvoirs publics à un ensemble de règles établies une fois pour toutes, dont le respect s’impose à tous, qui ont une force juridique supérieure à toutes les autres règles et qui sont réunis normalement dans un texte unique appelé précisément constitution. [...] *A priori*, deux définitions de la justice constitutionnelle peuvent être envisagées. La première consiste à faire du juge constitutionnel le juge des pouvoirs publics constitutionnels, spécialement des pouvoirs législatif et exécutif. La seconde conception consiste à faire du juge constitutionnel le juge qui applique les règles constitutionnelles”.
- ³⁴ “*Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio.*” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.982-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 2-8-06, DJ 22-9-06).
- ³⁵ Cf. Luis Favoreu. *Les Cours Constitutionnelles*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 03; Hermann Mosler. *Das Heidelberger Kolloquium über Verfassungsgerichtsbarkeit*. Ziel – Methode – Ergebnis. In: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*. Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max Planck – Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Heidelberg, 1961; Pedro Cruz Villalón. *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- ³⁶ Boris Mirkine-Guetzévich. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*. Paris: M. Giard, 1931. Em português: *As novas tendências do direito constitucional*. Tradução de Cândido Motta Filho. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1933 [p. 71].
- ³⁷ Cf. Charles Eisenmann. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*. Paris: Economica, 1986. Ver, ainda: Walter/Jabloner/Zeleny (hrsg.). *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*. Manz: Wien, 2008. Alf Ross. The 25th Anniversary of the Pure Theory of Law. Transl. Henrik Palmer Olsen. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 2, p. 243-272, 2011.
- ³⁸ Cf. Carlos Miguel Herrera. *Théorie Juridique et Politique chez Kelsen*. Paris: Éditions Kimé, 1997, p. 173-215. Giorgio Bongiovanni. *Rechtsstaat and Constitutional Justice in Austria: Hans Kelsen’s Contribution*. In: *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. Pietro Costa & Danilo Zolo (eds.). Dordrecht: Springer, 2007, p. 293-317.
- ³⁹ Cf. Gilberto Bercovici. *Constituição Econômica e Dignidade da Pessoa Humana*. In: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha; Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. (Org.). *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 465-471. Ver, também: Carlos Miguel Herrera. *La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución*. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 86, p. 195-227, oct./dic. 1994, e Schmitt, Kelsen e o Liberalismo. In: *DOXA*, v. II, n. 21, p. 201-218, 1998; Christoph Gusy. *Die Weimarer Reichsverfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997; Detlev J.K. Peukert. *Die Weimarer Republik. Krisenjahre der klassischen Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987; Arthur J. Jacobson/Bernard Schlink. *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. The University of California Press, 2001.
- ⁴⁰ Cf. Carl Schmitt. *Der Hüter der Verfassung*. 4a. Ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996; *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 8a. Ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996; *Verfassungslehre*. 8a. Ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1993; “*Wesen und Werden des faschistischen Staates*”. In: *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*. 3. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1994; *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*. 6. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- ⁴¹ Cf. Gilberto Bercovici. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 195-201, 2003.
- ⁴² Hans Kelsen. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, v. XLV, n. 02, p. 197-257, avril/mai/juin. 1928. Paris: LGDJ, Tradução de Jean François Cleaver e Charles Eisenmann,
- ⁴³ Cf. Georg Jellinek. *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Viena: Holder, 1885, p. 02; 20-23.
- ⁴⁴ Cf. Hans Kelsen. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*. In: *Verhandlungen der Tägung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23-24. April 1928* (Heinrich Triepel; Hans Kelsen; Max Layer, Ernst von Hippel). Também: Hans Kelsen. *L’esecuzione federale*. In: *La giustizia costituzionale* (a cura di Carmelo Geraci). Giuffrè, Milano, 1981. Ver: Adolf Julius Merkl. *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradine del Diritto*. In: *Il Duplice Volto del Diritto. Il Sistema Kelseniano e altri Saggi*. Carmelo Geraci (Org.). Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 1-65.
- ⁴⁵ Cf. Hans Kelsen. *Autobiografia*. Tradução: Gabriel Nogueira e José Ignácio Coelho Mendes Neto Dias, 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 80.
- ⁴⁶ Confira-se, sobre o assunto, Paulo Antonio Menezes de Albuquerque e Paulo Sávio Peixoto Maia: “Em Kelsen, a garantia da constituição se faz pelo estabelecimento de uma instituição por meio da qual se controla a constitucionalidade dos atos oriundo dos demais órgãos de um governo. E é ao demonstrar uma notória “estatolatria” que Kelsen tece suas críticas ao controle difuso de controle de constitucionalidade típico da tradição norte-americana; assim o faz para, ato contínuo, atribuir ao modelo concentrado uma melhor adequação para aquele tempo. No que toca às diferenças entre os dois “modelos” para Kelsen a maior diferença entre o modelo de controle difuso e o modelo concentrado consiste no procedimento mediante o qual uma lei é declarada inconstitucional. Kelsen questiona o procedimento de arguição de inconstitucionalidade do “modelo americano”, que é feito por via incidental, na aplicação da lei ao caso concreto: acusa-o de “um meio juridicamente imperfeito”, por não haver um órgão específico para tratar das inconstitucionalidades. Além disso, causa espanto em Kelsen o fato de um controle de constitucionalidade depender de um interesse particular. Tendo a Constituição a função política de por limites jurídicos ao poder, tal tarefa

- seria dotada de um imanente e indeclinável interesse público (na verdade, estatal), que não necessariamente coincidiria com o interesse privado daqueles que suscitam a inconstitucionalidade por via incidental, o que faz merecer um procedimento especial consoante com o caráter especial que reveste o interesse público (rectius, estatal). Assim, nos moldes do controle concentrado, a proteção da qualidade da legislação em sua adequação à Constituição é uma atribuição do Estado e os particulares não possuem o direito de exigí-la. Destarte, Kelsen acreditava firmemente que a manutenção da autoridade de uma Constituição somente é possível com a centralização do controle de constitucionalidade. Centralização e segurança jurídica, no que toca ao “modelo de Kelsen”, mutuamente se pressupõem”. Cf. Paulo Antonio Menezes de Albuquerque e Paulo Sávio Peixoto Maia. In: *A relação entre direito e política como criação e dissolução de ‘impossibilidades’ recíprocas: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 09/2001*. Trabalho publicado nos *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, realizado em Fortaleza-CE, dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010. Conferir também a nota n. 45.
- ⁴⁷ Cf. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. *A Guarda da Constituição em Hans Kelsen*. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 203-209, 2003; Gilberto Bercovici. *Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição*, cit.; Ingeborg Maus. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus: Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*. 2. Auf., München: Wilhelm Fink Verlag, 1980; *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*. München: Wilhelm Fink Verlag., 1986; Ilse Staff (Hrsg.), *Staatsdenken im Italien des 20. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Carl Schmitt. Rezeption.* Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991; Christoph. Müller/ Ilse Staff (Hrsg). *Staatslehre in der Weimarer Republik*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1985; Olivier Beaud. *Les derniers jours de Weimar: Carl Schmitt face à l’avènement du nazisme*. Paris: Descartes, 1997. Peter C. Caldwell. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham, N.C: Duke University Press, 1997; David Dyzenhaus. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999. Tamara Ehs (Hrsg). *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Baden-Baden-Wien: Nomos, 2009; Michael Stolleis. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band 1914-1945*. München: C.H. Beck, 1999.
- ⁴⁸ Cf. Gilberto Bercovici. *Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição*, cit. Ver: Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. *Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário*. In: *Revista da Procuradoria Geral da República*. São Paulo: RT, n. 8, p. 81-101, jan./jun. 1996.
- ⁴⁹ Cf. Stanley L. Paulson. *La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido immanente. Hans Kelsen como neokantiano*. In: *Doxa*, n. 26 (2003). ISSN 0214-8876, p. 547-582. Tradução de Carlos Bernal Pulido do original alemão publicado em: R. Alexy, L.H. Meyer, S. L. Paulson e G. Sprenger (Hrsg.). *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 223-251. Pablo Lucas Verdú. *El Orden Normativista Puro (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)*. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 68, abr./jun. 1990, p. 07-93; Horst Dreier. *Hans Kelsen (1881-1973): “Jurist des Jahrhunderts”?* In: Helmut Heinrichs, u. a. (Hrsg.). *Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft*. München: C.H. Beck, 1993, p. 705-732.
- ⁵⁰ Comparar com o seguinte texto: Hans Kelsen. *Judicial Review of Legislation. A comparative study of the Austrian and the American Constitution*. In: *Journal of Politics*, v. 04, issue 2, p. 183-200, May 1942.
- ⁵¹ Cf. Paes de Andrade e Paulo Bonavides. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 217.
- ⁵² Cf. Nelson Nogueira Saldanha. *História das Ideias Políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal-Conselho Editorial, 2001, Capítulo XI.
- ⁵³ Cf. Paes de Andrade e Paulo Bonavides, op. cit., p. 259-260. Ver: Carlos Guilherme Mota e Adriana Lopez. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: SENAC, 2008, passim.
- ⁵⁴ Cf. Cezar Saldanha Souza Junior. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 46-49.
- ⁵⁵ Cf. Gilberto Bercovici. *Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurscedor de um Diálogo entre Ausentes*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojím. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 725-738. Ver: Gilberto Bercovici. *Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964)*. In: Ricardo Marcelo Fonseca e Aírton Cerqueira Leite Seelaender. (Org.). *História do Direito em Perspectiva: Do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 375-414; Beatriz M. de Souza Wahrlich. *O Governo Provisório de 1930 e a Reforma Administrativa*. In: *Revista de Administração Pública*, vol. 9, Rio de Janeiro, Ed.FGV, dezembro de 1975, p. 5-68.
- ⁵⁶ Cf. Ana Valdez A. N. de Alencar, op.cit., p. 234-237.
- ⁵⁷ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Kelsen e o controle de constitucionalidade do direito brasileiro*. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 217-220. Cf. Ana Valdez A. N. de Alencar, op.cit., p. 237-245.
- ⁵⁸ Cf. Hans Kelsen. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. In: VVDStRL. Bd. 5, Berlin – Leipzig 1929; No caso brasileiro, veja-se: *Projeto apresentado pelo Deputado Nilo Alvarenga*, de 20.12.1933. In: *Annaes da Assembleia Constituinte*. Rio de Janeiro: 1935, p. 33-35 - Ana Valdez A. N. de Alencar. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. In: *Revista de Informação Legislativa*, v.15, nº 57, p. 223-328, jan./mar., 1978.
- ⁵⁹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Kelsen e o controle de constitucionalidade do direito brasileiro*, p. 217-220. Conferir também: Hauke Brunkhorst. *Die unheroische Demokratie. Sozialphilosophische Kontext der Weimarer Staatsdiskussion*. In: *Politisch-kulturelle Zugänge zur Weimarer Staatsdiskussion*. Arno Waschkuhn/Alexander Thumfart (Hrsg.). Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 91-97; Robert Chr. van Ooyen. *Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht: Triepel – Kelsen – Schmitt – Leibholz*. In: *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Robert Chr. van Ooyen and Martin H. W. Möllers. Wiesbaden: VS Verlag, 2006, p. 99-117.
- ⁶⁰ Cf. Paulo Sávio Peixoto Maia. In: *O Guardião da Constituição na polémica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar*. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2007.
- ⁶¹ “Assim, os efeitos das decisões se limitam às partes da demanda. (...) O Poder Judiciário não estabelece preceitos senão para casos individuais. Ora, um dos objetivos da racionalização dos poderes é instituir um órgão de jurisdição constitucional, não só em atenção aos interesses individuais violados, mas no interesse público da harmonia da legislação e da supremacia dos códigos fundamentais. Essa nova tendência, desconheceu-a ou refugou-a a Comissão Revisora. Porque nada lhes ocorreria fora dos três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.
- ⁶² Cf. Ana Valdez A. N. de Alencar, op.cit., p. 253-255. Cf., mais explicitamente, a posição de Prado Kelly e o seu debate com Levi Carneiro, na pág. 260. A competência do Senado Federal, hoje prevista no Art. 52, X, da CF/88, radica, no que é essencial, nas propostas de Godofredo Vianna e Prado Kelly
- ⁶³ Cf. Ana Valdez A. N. de Alencar, op.cit., p. 245.
- ⁶⁴ Cf. Pontes de Miranda. *Os Fundamentos actuaes do direito constitucional*, cit., pág. 236. Conferir: “O Estado não é um criador arbitrário do direito; é apenas um meio, perfectível, não exclusivo, de revelação das normas jurídicas”- op.cit., p. 36.
- ⁶⁵ Cf. Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936, p. 13-14.
- ⁶⁶ Cf. Pontes de Miranda. *Introdução à política científica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 16 (1. ed.: 1924).
- ⁶⁷ Cf. Pontes de Miranda, *Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional*, p. 115-116: “O poder de verificar se um facto é constitucional ou não, quer exercido pela Justiça, quer pelo Poder legislativo, quer pelo executivo, implica exame do acto do órgão (o mesmo não seria dizer o acto do Estado). Por sua natureza, é transcendente; porém não transcendente em relação ao Estado, um de cujos órgãos é que verifica: transcendente quanto à actividade dos outros órgãos”.
- ⁶⁸ Cf. Pontes de Miranda. *Os fundamentos actuaes do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932, p. 122.
- ⁶⁹ Cf. Pontes de Miranda. *Defesa, guarda e rigidez das constituições*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, n. 4 e 5, p. 03, 1946 (Edição Histórica – Rio de Janeiro: Renovar).
- ⁷⁰ Cf. Pontes de Miranda. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 307.
- ⁷¹ Cf. Pontes de Miranda. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 166.
- ⁷² Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil de 1934*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936, p. 626 e 705. “Ao decidir que a lei é inconstitucional, o Poder judiciário, federal ou local, não fulmina a lei, não a torna nenhuma, não na anula,

nem lhe declara a nulidade, como procederia qualquer juiz com um acto jurídico que lhe fôsse a exame e julgamento. Apenas desatende ao que a lei ordena, porque é inconstitucional o que ela ordena, ou não obedeceu a certas formalidades indispensáveis para que pudesse ordenar. Mediante esse raciocínio, rente ao factos da vida e adstritos à teoria da Constituição e dos poderes que adotamos em 1891, tomada aos norteamericanos, pode a lei ser posta de-lado sem que se empreste à Justiça qualquer supremacia em relação aos outros Poderes.”

⁷³ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937*. Tomo III. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, p. 38 e 39. Conferir a ressalva: “A Constituição de 1937, art. 96 (*aliter*, § único), manteve o exame *in concreto*, se bem que a legislação

ordinária possa criar o exame *in abstracto*, sem ofensa dos textos constitucionais. Por outro lado, não conservou a solução de 1934, com a suspensão da execução da lei. A decisão do Parlamento não tem tal consequência. E é Pena.” (grifos no original) – op. cit., p. 38.

⁷⁴ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. V, p. 280-281.

⁷⁵ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. II, p. 468-469.

⁷⁶ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. I, p. 169-170.

⁷⁷ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. II, p. 466-468.

Recebido em: 22/04/2013; accito em: 19/07/2013.