

“O parecer de Kelsen sobre a Constituinte brasileira de 1933-1934”

"The Kelsen's work about Brazilian Constituent 1933-1934"

Gustavo Silveira Siqueira

Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Pesquisador da FAPERJ, do CNPq e da Fundação Biblioteca Nacional (PNAP-R).

E-mail: gustavosiqueira@uerj.br

Artigo recebido em março e aceito em maio de 2015.

Resumo

O presente artigo traz as discussões históricas em torno do parecer que Hans Kelsen, convidado pela revista brasileira "Política: revista de direito público, legislação social e economia", deu sobre o decreto que regulava o fundamento da Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934. A intenção é reconstruir detalhes jurídicos e políticos importantes do período e resgatar o texto e o contexto da publicação do autor austríaco no Brasil. Considerando tais elementos, o artigo indica novos caminhos de interpretação sobre a recepção do pensamento do autor na academia e política brasileiras. Ao final do artigo, apresento o parecer no original alemão e a tradução publicada pela revista no Brasil.

Palavras-chave: Hans Kelsen; Constituinte brasileira 1933-1934; Assembleia Nacional Constituinte; Soberania; Competência

Abstract

This paper presents the historical discussions on the opinion that Hans Kelsen, invited by the Brazilian magazine "policy: public magazine, social legislation and economy," fell upon the decree that regulated the foundation of the National Congress of 1933-1934. The intention is to rebuild legal and political details of the period and rescue the text and the context of the publication of the Austrian author in Brazil. Considering these elements, the article indicates new interpretation paths on receipt of the author's thinking in academia and Brazilian politics. At the end of the article presents the opinion of the German original and the translation published by the magazine in Brazil.

Keywords: Hans Kelsen; Brazilian Constituent 1933-1934; National Constituent Assembly; Sovereignty; Competence

Para Mario Losano, Julia Rodrigues e Cecilia Caballero Lois

Introdução

Este não é o primeiro artigo que trata do parecer que Hans Kelsen fez sobre o decreto nº 22.621 de 05 de Abril de 1933¹, o regulamento da Assembleia Nacional Constituinte e a própria Assembleia brasileira de 1933/1934². Outros autores já escreveram sobre o tema. Nenhum artigo, contudo, problematizou historicamente o texto da revista “Política: revista de direito público, legislação social e economia” publicado em Janeiro de 1934, mas apenas o parecer de Kelsen recuperado posteriormente. Desta forma, a inovação do artigo é uma reconstrução não apenas do parecer de Kelsen – já conhecido no Brasil – mas também um resgate da revista, do contexto histórico e jurídico, do convite feito ao autor austríaco. Esses elementos ficam mais claros na análise do único volume publicado pela revista e consultado diretamente a partir da versão localizada na Biblioteca Nacional na cidade do Rio de Janeiro, RJ.

Utilizando de fontes ainda não exploradas no Brasil, inclusive da publicação de 1934 encontrada na Biblioteca Nacional³, procuro reconstruir o sistema legal que antecedeu e deu base ao parecer de Kelsen. Os trabalhos publicados anteriormente sobre o parecer, também não problematizaram as respostas às mesmas perguntas que também foram dadas por Eusébio de Queiroz Lima. O debate sobre a Competência da ANC era um debate que estava nas capas dos jornais da época e talvez fosse a grande discussão jurídica do momento. Daí a elaboração de uma revista que discutia a ANC e o convite a professores de renome nacional e internacional na época. Pretende-se, ao

¹ Kelsen e os autores da época citam o decreto como de 07 de Abril de 1933. Ocorre que o decreto foi assinado por Getúlio Vargas em 05 de Abril de 1933 e publicado em 08 de Abril de 1933: Diário Oficial da União - Seção 1 - 8/4/1933, Página 6995.

² Como exemplo: SOLON, Ari Marcelo. Um texto de Kelsen sobre o Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, SP, v. 9, 2000, pp. 7-11 e MATOS, Andityas Soares de Moura. Um governo revolucionários possui os poderes que quer possuir: a teoria pura do direito enquanto teoria da violência diante da Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1933/43. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, pp. 49 - 75, jan./jun. 2014.

³ Gentilmente a Fundação Biblioteca Nacional atendeu o pedido do autor e disponibilizou todo o conteúdo da Revista no site da Hemeroteca Digital: www.hemerotecadigital.bn.br

contextualizar o período em que o jurista austríaco escreveu, auxiliar na compreensão do parecer de Kelsen em um momento específico da história brasileira. Assim, será também possível analisar como este pode contribuir para projetos e discussões sobre o constitucionalismo brasileiro nos dias de hoje. Da mesma forma o artigo ajuda a problematizar, não apenas a recepção da obra de Hans Kelsen na década de 30, mas a importância do autor já tinha no Brasil neste período no país.

1. A discussão sobre a construção legal da Constituinte

Em um governo composto por diversos grupos sociais, muitas vezes contraditórios, Getúlio Vargas sofreu pressões internas para convocar uma constituinte⁴. Ao mesmo tempo, em que sofria também pressões para declarar uma ditadura e não positivar nenhuma constituição⁵. Getúlio Vargas tentava equilibrar-se na tensão que existia dentro do governo e dentre os seus ministros.⁶ Entretanto, atendendo a uma parte destas pressões político-sociais, no dia 14 de Maio de 1932, Getúlio Vargas, ainda como presidente provisório, publicou o decreto nº 21.402, “criando uma comissão para elaborar o anteprojeto de Constituição e marcando as eleições da Assembleia Nacional Constituinte para 03 de Maio de 1933.”⁷

⁴ “O Estado brasileiro constituído após a Revolução de 1930 é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório. (...) Apesar de ser considerado um Estado forte e intervencionista é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos dos setores mais privilegiados. Entretanto, apesar das contradições e limitações estruturais, é um Estado que pode terminar o projeto de formação nacional, ultrapassando a barreira do subdesenvolvimento.” BERCOVICI, Gilberto. Instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964) In BITTAR, Eduardo C.B. (Org.). **História do Direito Brasileiro: Leituras da Ordem Jurídica Nacional**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 268.

⁵ Uma parte dos tenentes que tinha apoiado a Revolução de 1930 desejava a decretação de uma ditadura ao passo que setores mais liberais do governo, como parte do grupo carioca, paulista e gaúcho defendia a volta à um regime constitucional.

⁶ Existiam ainda aqueles que queriam o retorno da Constituinte de 1891 e outros que pregavam o uso da Constituição “Castilhistas” do Rio Grande do Sul. Os bastidores do governo também são descritos por LIRA NETO. **Getúlio: Do governo provisório à ditadura do Estado Novo (1930-1945)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

⁷ Decreto nº 21.402, de 14 de Maio de 1932, Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/5/1932, Página 9486.

Cerca de dois meses após o decreto que convocou a Comissão e marcou as eleições, em Julho de 1932, explode no Estado de São Paulo um movimento armado de insatisfação com o Governo Vargas. O movimento que também refletia o grande descontentamento com o governo e com os interventores nomeados para São Paulo usa como bandeira a “Constitucionalização do País.” Sem o apoio de outros estados, contudo, os paulistas se renderam em Outubro de 1932 e o movimento, apesar da derrota, ficou conhecido como “Revolução Constitucionalista”.

Um mês após a rendição, o governo provisório publicou o Decreto nº 22.040, que regulamentava as atividades da comissão que elaboraria o anteprojeto de constituição e que seria presidida pelo Ministro da Justiça.⁸

O movimento paulista não alterou a data das eleições previstas por Vargas antes do levante. No dia 26 de Abril de 1933, o decreto nº 22.671 declarou feriado nacional o dia 03 de Maio de 1933, data em que aconteceram as eleições para a Assembleia Nacional constituinte, justamente como previsto pelo decreto nº 21.402 de Maio de 1932.

Em 05 de abril de 1933 o governo publicou o decreto nº 22.621 que dispõe sobre a convocação da Assembleia Nacional Constituinte e aprova seu regimento.

No preâmbulo do decreto há uma exposição de motivos:

“Prosseguindo na ação preparatória da volta do país ao regime constitucional, o Governo sente-se no dever de determinar várias providências, referentes: á convocação da Assembleia Nacional Constituinte; ao número de deputados que devem compô-la; às garantias e às imunidades dos mesmos”⁹

8A comissão se compunha com “os mineiros Afrânio de Melo Franco (presidente da Comissão), Antônio Carlos de Andrada e Arthur Ribeiro; os gaúchos Francisco Antunes Maciel Júnior (Ministro da Justiça, a quem caberia nomear a Comissão), Assis Brasil, Oswaldo Aranha e Carlos Maximiliano; o carioca – DF, Temístocles Cavalcanti (secretário geral da Comissão); o paraibano José Américo de Almeida (Ministro da Aviação); o alagoano Góis Monteiro (Ministro de Guerra); os fluminenses Agenor Roure e Oliveira Vianna; o paulista Prudente de Moraes Filho e o baiano João Mangabeira.” POLETTI, Ronaldo. Constituições brasileiras – 1934. Senado Federal: Brasília, 2012, p. 16.

9 BRASIL. Decreto nº 22.621, de 5 de Abril de 1933, publicado no DOU - Seção 1 - 8/4/1933, Página 6995.

Ao usar o verbo “prosseguir”, o governo tenta dar a impressão de que a constitucionalização do país sempre foi a intenção do movimento de 1930. Pelo contrário, a possibilidade de constitucionalizar o país não era um desejo claro do governo provisório. Existiam grupos no governo que preferiam outros projetos para o Brasil: ditadura, retorno da Constituição de 1891, etc..¹⁰

O decreto¹¹ regulou os trabalhos da ANC e criou o seu regimento. O regimento, publicado posteriormente, estabelecia os procedimentos da ANC e prescrevia que a mesma deveria eleger o presidente da República e encerrar seus trabalhos após a conclusão da Constituição.¹²

O regimento também previa a elaboração de uma constituição federal, as formas e os procedimentos de votação, as comissões internas, as inviolabilidades dos deputados, o poder de convocar ministros, os horários de funcionamento, as sessões secretas – que podiam existir - e proibia a comissão de discutir novas leis. A ANC deveria elaborar uma constituição, eleger o presidente e aprovar os atos do governo provisório.

2. Kelsen e os pareceres sobre a Constituinte de 1933-1934

Em 1932 o nome de Kelsen já era citado no Brasil como um dos elaboradores da Constituição da Áustria¹³ e um dos teóricos sobre o Estado de Direito.¹⁴ Gustavo Capanema, por exemplo, advogado e importante político do momento, Presidente do Estado de Minas Gerais em 1933, Ministro da

10 LIRA NETO. Getúlio: Do governo provisório à ditadura do Estado Novo (1930-1945). São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

11 O decreto estabelecia também o número de deputados de cada Estado e a representação classista. Vale destacar o peso do Estado de Minas Gerais, com 37 constituintes, contra, por exemplo, 17 do Rio de Janeiro, 22 de São Paulo e 16 do Rio Grande do Sul. A representação classista: 20 representantes dos sindicatos dos trabalhadores e 20 representantes das entidades patronais. BRASIL. Decreto nº 22.621, de 5 de Abril de 1933, publicado no DOU - Seção 1 - 8/4/1933, Página 6995.

12 O regimento da Assembleia Nacional Constituinte foi publicado em 10 de Maio de 1933 no DOU.

13 Em 19 maio de 1932, Kelsen já era citado no JORNAL CORREIO DA MANHÃ (p.04), como autor da Constituição da Áustria, da mesma forma em JORNAL A BATALHA. Rio de Janeiro, 27 de Novembro de 1932, p. 2. Aqui citado por uma matéria sem assinatura na revista.

14 JORNAL A BATALHA. Rio de Janeiro, 2 de Dezembro de 1932, p. 1. Aqui citado por pelo advogado Pinto Nunes, em um artigo sobre o Estado de Direito.

Educação em 1934, cita, em 1932, Kelsen em vários artigos publicados em Jornais.¹⁵

No início de 1933, nos debates da comissão que elaboração o anteprojeto da Constituinte, Kelsen chegou a ser citado como “o maior constitucionalista contemporâneo.”¹⁶

Seu nome e suas ideias foram citados em vários momentos na própria Assembleia Constituinte de 1933/34.¹⁷ Além de ter seu parecer, objeto do presente artigo, lido nos debates, seu nome aparece nas discussões sobre a criação de uma corte constitucional¹⁸, sobre o presidencialismo¹⁹ e nos debates sobre o monismo jurídico,²⁰ o autor é referência de alguns dos constituintes brasileiros. O que mostra que a recepção de Kelsen no Brasil já vinha ocorrendo muito antes da expansão mais evidente dos anos 70. Na década de 1930, Hans Kelsen já era uma grande referência dos debates jurídicos nacionais.

No ano de 1933, após o decreto nº 22.621, a revista “Política: revista de direito público, legislação social e economia” publicada no Rio de Janeiro e que teria seu único volume lançado em Janeiro de 1934, convida Hans Kelsen para escrever um artigo sobre o tema. Acredito que, pela apresentação feita do autor pela revista, o convite tenha sido feito apenas pela sua projeção internacional e não por outros motivos. Kelsen, mantinha relações acadêmicas e troca de correspondências com Roman Poznanski, secretário geral do Instituto brasileiro de Direito público e editor da revista. Provavelmente foi ele, via Instituto, que fez o convite ao professor austríaco.²¹

15 JORNAL CORREIO DA MANHÃ, 07 de Setembro de 1932, p.2 e 13 de Dezembro de 1932.

16 JORNAL CORREIO DA MANHÃ, 26 de Janeiro de 1933, p. 2.

17 BRASIL. ANAIS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

18 BRASIL. ANAIS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. Sobre a proposta da criação de uma Corte Constitucional no Brasil: o volume III, página, 513, na proposta de emenda 1107.

19 BRASIL. ANAIS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. Sobre o presidencialismo: volume III na página 11, proposta 39.

20 BRASIL. ANAIS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. Sobre monismo jurídico: página 158, proposta 962 e proposta 1222 página 253.

21 Uma correspondência entre os dois pode ser vista no JORNAL CORREIO DA MANHÃ, de 25 de Fevereiro de 1934, p.7.

Não foi possível encontrar, ademais, nenhuma prova de que Kelsen tenha sido contratado pelo Governo Provisório ou que tenha recebido pelo parecer. O debate sobre a Constituinte de 1933/34 era um dos principais temas nos jornais brasileiros naquele período e a publicação de uma revista com tal tema, seria de importância para o debate jurídico. A consulta de uma personalidade internacional e já referência no Brasil, com certeza, daria uma grande relevância à revista, que acabara de nascer e convidava vários especialistas para debaterem textos conexos à constitucionalização do país.²² Por outro lado, também não foi possível descobrir por quais motivos da Revista foi publicada apenas uma vez.²³ Os editores tiveram carreiras de sucesso, mas não foi possível descobrir, pelo material pesquisa, o motivo da revista encerrar-se no seu primeiro volume.²⁴

A revista, dirigida por Flávio da Silveira²⁵ e Roman Poznanski²⁶, dois advogados de renome nacional que sempre manifestavam-se nos jornais em questões jurídicas, enviou os quesitos que foram respondidos pelo professor, que nesta época, estava em Genebra.

A apresentação do autor, na capa do artigo, informa:

“Hans Kelsen – antigo professor da Universidade de Viena, era catedrático da de Colônia, quando se viu obrigado a deixar a Alemanha em virtude dos últimos acontecimentos políticos desenrolados nesse país. Ocupando atualmente a cátedra de Direito das Gentes no Instituto Universitário de Altos Estudos

22 Sumário da revista: Agitação contemporânea e as grandes inspirações humanas – Flávio da Silveira; O regimento da Constituinte – Eusébio Queiroz Lima; A competência da Assembleia Nacional Constituinte – Hans Kelsen; A autolimitação dos poderes do Governo Provisório – Roman Poznanski; O projeto da nova Constituição e a entidade Território – Luiz Carpenter; O regime dos interventores na tese e na prática – Barbosa Lima Sobrinho; Instituições da democracia direta – José Augusto; O que significa, juridicamente, poder discricionário – Nestor Massena; Jesús, S. Paulo e Marx – Leônidas de Resende.

23 Ou se ele foi criada apenas para pedir pareceres para o debate que acontecia.

24 No jornal CORREIO DA MANHÃ de 30 de Dezembro de 1933, a revista convida autores a participar. O que dá a impressão que a ideia não era reduzir as publicações a um volume.

25 Flávio da Silveira era advogado e foi deputado federal pelo Partido Republicano Paulista (PRP). Compôs a chapa de Júlio Prestes, que ganhou a eleição de 1930, mas não tomou posse por conta de Revolução de 1930.

26 Roman Poznanski era advogado e foi presidente da Assistência Jurídica Internacional da Cruz Vermelha Brasileira. Polonês, desde que se naturalizou brasileiro, se dedicou a estudar o país e quis contribuir para a vida política. Foi do comitê jurídico da Câmara do Comércio importador de São Paulo. Foi Secretário Geral do Instituto Brasileiro de Direito Público. Foi redator de política internacional do jornal A BATALHA em 1935 e 1937.

Internacionais em Genebra, resolvemos ouvir o ilustre cientista, e eis a resposta que, com rapidez, enviou aos quesitos por nós formulados.”²⁷ (nosso destaque)

O parecer de Kelsen foi datado de 14 de Outubro de 1933 e em Novembro de 1933, o parecer já era citado nos debates da ANC.²⁸ Ou seja, mesmo antes da publicação, o parecer já circulava nos meios jurídicos nacionais e foi mais uma das obras de Kelsen citada nos debates da Constituinte.²⁹

Em Dezembro de 1933 e o sumário da revista foi publicado em uma notícia do jornal “A Batalha”.³⁰ O informe da publicação, não assinado, dizia que a revista era “de grande interesse para os estudiosos do direito, não só por tratar de assuntos constitucionais, que ora ocupam a atenção dos brasileiros, como também por nela colaborarem as maiores mentalidades jurídicas nacionais e estrangeiras.”³¹ O jornal “A Batalha”, no período, tinha um perfil, de certa forma, liberal³² e fazia uma certa exaltação ao movimento de 1930, apesar de, em alguns momentos, ser crítico do processo constituinte que estava em andamento.³³

27 KELSEN, Hans. A competência da assembleia nacional constituinte. Política: revista de direito público, legislação social e economia. Rio de Janeiro: vol. 1, no.1, Janeiro, 1934, p. 35.

28 CORREIO DA MANHA, 21 de Novembro de 1933 e

29 “Durante estas discussões o nome de Kelsen é citado com frequência, justamente devido ao referido parecer, sobre o qual os parlamentares já tinham conhecimento. Ao fim e ao cabo, os parlamentares acabaram votando, no dia 5 de março de 1934, a Resolução número 3, que produzia alterações consideráveis no regimento proposto pelo Governo.” BORRMANN, Ricardo Gaulia. A recepção de Hans Kelsen na Constituinte de 1933-34: peças de um quebra-cabeça incompleto... In MENEZES, Léna Medeiros de; TRONCOSO, Hugo Cancino, LA MORA, Rogelio (Orgs.). Intelectuais na América Latina: pensamento, contextos e instituições. Rio de Janeiro: UERJ/LABIME, 2014, p. 389.

30 JORNAL A BATALHA, Rio de Janeiro, 30 de Dezembro de 1933, p. 3. E BRASIL. ANAIS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937, vol I, p. 287.

31 Ibidem, p. 3.

32 Não tinha preocupações sociais, mas também não era um jornal de tivesse uma clara ligação com a extrema direita. Fazia a defesa de direitos liberais e tinha uma grande preocupação com o dia-a-dia da política.

33 JORNAL A BATALHA. Rio de Janeiro, 21 de Fevereiro de 1933, p. 1. “Crítica ao anteprojeto da nova Constituição”. (Notícia de capa)

A revista também convidou Eusébio de Queiroz Lima para responder os mesmos quesitos respondidos por Hans Kelsen.³⁴ Eusébio Lima era professor de introdução ao direito na Universidade do Rio de Janeiro e havia publicado um livro chamado "Teoria do Estado" em 1930. Em 1931 integrava a "Comissão Legislativa da Revolução"³⁵ e em 1933 era vice-presidente do Instituto brasileiro de direito público sediado na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro que tinha Poznanski como secretário geral.³⁶

2.1 Respostas ao quesito 1

O quesito 1 perguntava se o governo provisório, como governo de fato, teria o direito de impor um regimento à Assembleia Nacional Constituinte e se tal regimento não representaria uma ofensa à soberania da Assembleia. Perguntava também se a Assembleia poderia rejeitar tal regimento e criar um novo por si própria.

O parecer de Kelsen publicado em português e alemão respondia: “aos quesitos, não do ponto de vista político ou de direito natural, mas exclusiva e unicamente do ponto de vista do direito positivo.” E afirmava: “deduzo as minhas conclusões admitindo que para a situação e competência da Assembleia Nacional Constituinte não pode ser considerada outra norma de direito que o Regimento 22.621, de 7 de abril de 1933.”³⁷

Kelsen iniciou dizendo que “não existe diferença essencial entre um governo de fato e um governo de jure em direito das gentes e menos ainda no domínio do direito constitucional.”³⁸ Para ele, “o Governo Provisório é a mais alta autoridade legislativa que saiu diretamente da revolução” e “sem dúvida daquele governo depende determinar a convocação e a competência da Assembleia Nacional Constituinte.”³⁹

34 LIMA, Eusébio Queiroz. O regimento da constituinte. Política: revista de direito público, legislação social e economia. Rio de Janeiro: vol. 1, no.1, Janeiro, 1934, p. 27.

35 JORNAL A BATALHA. Rio de Janeiro, 11 de Fevereiro de 1931.

36 JORNAL A BATALHA. Rio de Janeiro, 07 de Dezembro de 1933.

37 KELSEN, Hans. Ibidem, p. 35.

38 KELSEN, Hans. Ibidem, p. 36.

39 KELSEN, Hans. Ibidem, p. 36.

Outro ponto importante: a ANC não é soberana:

“ A promulgação do citado regimento não significa a incursão na “soberania” da Assembléia Nacional Constituinte. A concepção da soberania, no verdadeiro sentido da palavra, de nenhum modo pode ser enquadrada no domínio do direito positivo. Nem mesmo o Estado como tal é soberano, pois acima dele se encontra o direito das gentes, que lhe confere direitos e obrigações”⁴⁰

Fica claro que, para Kelsen, a ANC não possuía soberania e que ela deveria atender às determinações estabelecidas pelo seu regulamento. A Assembléia Constituinte era criada por um órgão anterior que construía a sua legalidade. Logo, “a Assembleia Nacional Constituinte não possuía outros direitos além dos que lhe foram outorgados pelo Regimento de 7 de abril de 1933.” Sendo assim, ela não teria “o direito de revogar o regimento e substituí-lo por outro. O regimento obriga a Assembleia Nacional Constituinte no sentido em que lhe regula a função e especialmente lhe determina a competência.”⁴¹

O regime cria a ANC, mas a ANC não cria a Constituição. Apenas executa a tarefa dada pelo poder provisório através do decreto anterior. Neste sentido, o governo provisório é o criador da legalidade que deve ser obedecida pela ANC.

Eusébio de Queiroz Lima, respondendo ao mesmo quesito, lembra que o governo é o poder instituidor da Assembleia, que “o poder instuído tem o seu campo de ação circunscrito pelo ato da instituição”⁴² e a Assembleia possui um regimento que faz “parte do processo de sua própria instituição” e não importará nenhuma subordinação da Assembléia ao Govêrno Provisório.⁴³

Lima continua: “A Assembléia não poderá rejeitar os seus estatutos que são institucionais, como não poderá prorrogar o mandato de seus membros, ou ampliar o campo de sua competência. Se tal se desse, a Assembléia tomaria uma atitude revolucionária, ilegal, contrária à sua própria instituição.” A legalidade estava assentada, para o autor, nos decretos publicados pelo

40 KELSEN, Hans. Ibidem, p. 36.

41 KELSEN, Hans. Ibidem, p. 37.

42 LIMA, Eusébio Queiroz. Ibidem, p.28

43 LIMA, Eusébio Queiroz. Ibidem, p.29.

governo Vargas. Acreditava ele que a liberdade de legislar era restringida pela legalidade anterior.⁴⁴ Aqui já é interessante perceber como as resposta do professor carioca e do professor austríaco, mesmo que por fundamentos diferentes, tem uma certa identidade.

2.2 Respostas ao Quesitos 2 e 3

Os quesitos 2 e 3 insistiam na relação entre soberania da Assembleia e as suas limitações. Questionavam se as limitações impostas não determinariam o conteúdo da Constituição, como o regime republicano – os constituintes deveriam eleger indiretamente o presidente da República – e a construção de uma Constituição para um regime federativo.

Kelsen foi claro ao responder que os citados artigos “significam a limitação da competência da Assembléia Nacional Constituinte” e não significam limitação da soberania, pois “a Assembléia Nacional Constituinte nem é soberana, no verdadeiro sentido da palavra, nem é órgão originário e supremo criador da Constituição”.⁴⁵ Da mesma forma, quanto à escolha do regime republicano. A ANC só deveria cumprir as tarefas determinadas pelo regulamento, pela legalidade, que a instituiu. O regime federativo, a eleição de um presidente, as formas e os procedimentos de votação, todas são tarefas que a ANC deve cumprir de acordo com a determinação do decreto que a cria.

Lima, no mesmo sentido, entendeu que “se a Assembléia Nacional Constituinte, pelo ato de sua instituição, tem a sua competência limitada (...) não será o processo de escolha de seus membros que possa operar uma ampliação não prevista.” Ou seja, o fato de ser eleita, não faz com que a ANC possa alterar aos ditames legais que a instituíram.⁴⁶

Para Lima, a ANC só ilegalmente e revolucionariamente poderia romper com a legislação que a criou. Ademais, “a revolução de 1930 não tem o alcance de abalar o princípio da República Federativa” e as ações do Governo

44 LIMA, Eusébio Queiroz. Ibidem, p.29.

45 KELSEN, Hans. Ibidem, p. 38.

46 LIMA, Eusébio Queiroz. Ibidem, p.31.

Provisório “não se podem desgarrar do regime de legalidade, que é o único ambiente respirável para um povo que tenha consciência de si mesmo”.⁴⁷

“Como condição básica de nossa legalidade política está o sistema de República Federativa, formada pela união perpétua e indissolúvel dos Estados federados.”⁴⁸ Acredita Lima que a forma republicana é característica fundamental da estrutura constitucional brasileira e que estas são essenciais para a vida política do país. Tal imposição é uma “limitação à atividade legislativa da Assembléia Nacional Constituinte” e “ultrapassar o limite significaria a quebra da organização em vigor.” A ANC deveria respeitar o regime escolhido pelo Governo Provisório.⁴⁹

2.3 Respostas aos quesitos IV e V

O quesito IV arguia se o governo provisório, que não tinha por objetivo a instituição de um regime ditatorial “permanente”, tendo convocado a Assembleia Nacional Constituinte, não teria transmitido à ela os poderes da soberania. O quesito V questionava se o governo poderia manter os seus poderes conquistados após a Revolução de 1930 com a instalação da ANC.

Kelsen afirmou que “as capacidades do poder de um governo originado de uma revolução não podem ser determinadas do ponto de vista do direito positivo pelos objetivos que teve o movimento revolucionário no início.”⁵⁰

Assim, “um governo formado por meio revolucionário possui os poderes que quer possuir sob a condição de que possa obter geralmente a obediência às suas prescrições.” A “indicação sobre as intenções do movimento revolucionário não é fundamento suficiente para que possa obrigar o governo a transmitir a totalidade dos seus poderes a uma Assembleia Nacional Constituinte por ele próprio criada.”⁵¹

47 LIMA, Eusébio Queiroz. Ibidem, p.32.

48 LIMA, Eusébio Queiroz. Ibidem, p.32.

49 LIMA, Eusébio Queiroz. Ibidem, p.32.

50 KELSEN, Hans. Ibidem, p. 39-40.

51 KELSEN, Hans. Ibidem, p. 40.

O governo provisório ou revolucionário, tem os poderes que ele se institui. Ele transmite os poderes que deseja transmitir: “É o princípio da efetividade que vale para um governo originado de uma revolução como princípio de direito positivo”.⁵²

Eusébio Queiroz de Lima entendeu que, como é limitada pelo regimento, a ANC não poderia participar dos atos do governo ou da administração federal: mesmo com a instituição da Assembléia Constituinte, “continua o Governo Provisório, instituído pela revolução, na plenitude dos poderes caracterizada exatamente pela “ausência da divisão e do equilíbrio das competências, que formam o mecanismo do regime constitucional.”⁵³

O Governo Provisório era legal, mas sua atuação ainda não entrava em um regime constitucional caracterizado pela divisão e pelo equilíbrio das competências.

No mais, Eusébio Queiroz de Lima lembra que eleito o presidente e promulgada a Constituição, encerradas estão as atividades da Assembleia Nacional Constituinte.⁵⁴

3. Palavras finais

A Assembleia Nacional Constituinte iniciou os trabalhos em 15 de Novembro de 1933. Nas primeiras sessões foram apresentadas 1.239 (mil duzentas e trinta e nove) emendas ao projeto de Constituição elaborado pela Comissão do anteprojeto.⁵⁵ Com base no regimento da Assembleia Nacional Constituinte, foi formada uma outra Comissão, com 26 membros, para apresentação de um outro projeto com as emendas indicadas.

Os trabalhos da “*Comissão dos 26*” só terminaram em Março de 1934. De fato, foi elaborado um outro projeto de Constituição. E este projeto foi votado pelos 254 constituintes. Após meses de debates e votações, a

52 Kelsen, Hans. Ibidem, p. 40.

53 LIMA, Eusébio Queiroz. Ibidem, p.33.

54 LIMA, Eusébio Queiroz. Ibidem, p.33.

55 POLETTI, Ronaldo. Constituições brasileiras – 1934. Senado Federal: Brasília, 2012, p. 31 e 41.

Constituição foi promulgada em 16 de Julho de 1934 pela ANC que elegeu Getúlio Vargas presidente do Brasil.

O parecer de Kelsen começa a circular antes da publicação da Revista e é citado na ANC. A publicação de uma Revista, com o parecer e com o tema da constituinte em Janeiro de 1934, já anunciada em jornais em Dezembro de 1933, poderia ter um grande impacto, não apenas editorial, mas político naquele momento. Por outro lado, as votações do texto final iniciaram-se em Março de 1934 e a questão da competência da Constituinte acabou alterando-se, ao contrário do que definiam os pareceres. O próprio governo, muda de posicionamento em relação ao parecer, “quando isto se provou ser do imediato interesse político.”⁵⁶ O parecer é citado para defender o regimento da ANC e depois esquecido, quando o governo, acredita ser mais interessante fazer algumas pequenas modificações no regimento.

De qualquer forma, os temas tratados, ainda podem contribuir não só para um debate histórico, como é feito aqui, mas para debates filosóficos e políticos sobre o papel de uma Constituinte, suas limitações e sua soberania.

Hans Kelsen e Eusébio Queiroz de Lima concordam em muitos termos: o governo provisório é detentor da legalidade, suas regras são a legalidade. A Assembleia Nacional Constituinte deve respeitar as normas estabelecidas por este sistema e, essencialmente, a Assembleia Nacional Constituinte não é soberana e deve legislar nos moldes estabelecidos por este sistema legal.

A diferença entre os dois autores está na fundamentação: Kelsen justifica sua resposta do ponto de vista da teoria do direito e da “primazia do direito internacional sobre o direito nacional,” assim a concepção de soberania teria de sofrer metamorfose radical, não se falando mais na soberania do

56 Neste período, especialmente nos meses de dezembro de 1933 e fevereiro de 1934, a Assembleia passou por turbulências políticas vinculadas à renúncia do líder da maioria (Osvaldo Aranha era Ministro e por isto tinha assento nos trabalhos, mas não era deputado e sim um homem no governo na Assembleia, o que, de certa forma, trazia vários incômodos) e a subsequente indicação de um substituto, Medeiros Neto que propunha a reforma do Regimento Interno. O caso demonstra como o Governo e suas lideranças na Assembleia tinham possibilidade de “posicionar-se a favor do parecer do renomado Hans Kelsen, que defendia que a Assembleia não tinha competência para modificar seu regimento interno e, posteriormente, colocar-se contra a opinião do referido jurista, quando isto se provou ser de imediato interesse político”. BORRMANN, Ricardo Gaulia. Ibidem, p. 390.

Estado no sentido próprio do termo, pois a ordem suprema é a ordem jurídica internacional”.⁵⁷ A ANC cumpre as tarefas estabelecidas pela legalidade anterior.

Eusébio Queiroz de Lima, crítico do sistema jurídico da época, mas fazendo uma interpretação do mesmo, responde de uma forma mais institucional, buscando nas instituições e na manutenção destas e do regime republicano a necessidade de cumprimento dos ditames tidos como legais. A ANC cumpre as tarefas estabelecidas pelo poder instituidor. É ele que define e regula suas funções.

A Constituição de 1934, rasgada em 10 de Novembro de 1937 pelo golpe do Estado Novo, foi referência crítica durante o período de ditadura. Diversos movimentos de oposição pediam a volta da Constituição de 1934 durante o Estado Novo.⁵⁸ Apesar de sua curta duração, o texto é considerado moderno e “introduziu uma série de princípios que depois foram retomados em Constituições subsequentes.” Em toda sua modernidade, ela também foi considerada ainda uma caixa de ressonância do momento político e pelas contradições que o Brasil passava⁵⁹. Nos anais da Constituinte de 1946, quando o Brasil volta ao regime democrático, a referência aos artigos da Constituinte de 1934 também foi comum.

Referências Bibliográficas

BERCOVICI, Gilberto. Instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964) In BITTAR, Eduardo C.B. (Org.). **História do Direito**

57 SOLON, Ari Marcelo. Um texto de Kelsen sobre o Brasil. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, SP, v. 9, 2000, p. 8.

58 Aqui vale a pena consultar o jornal “A classe operária”, publicado pelo Partido Comunista, no Rio de Janeiro, durante o Estado Novo. Como exemplos: A Classe Operária, São Paulo, Novembro de 1937, Ano XII, no. 207, p. 01 e A Classe Operária, São Paulo, Janeiro de 1938, Ano XIII, no. 208, p. 01.

59 BORRMANN, Ricardo Gaulia. Ibidem, p. 385.

Brasileiro: Leituras da Ordem Jurídica Nacional. São Paulo: Atlas, 2012, pp.266-290.

BORRMANN, Ricardo Gaulia. A recepção de Hans Kelsen na Constituinte de 1933-34: peças de um quebra-cabeça incompleto... *In* MENEZES, Léna Medeiros de; TRONCOSO, Hugo Cancino, LA MORA, Rogelio (Orgs.). **Intelectuais na América Latina: pensamento, contextos e instituições.** Rio de Janeiro: UERJ/LABIME, 2014, pp. 386-404.

BRASIL. LEGISLAÇÃO FEDERAL. Decreto nº 22.621 de 05 de Abril de 1932. Diário Oficial da União - Seção 1 - 8/4/1933, Página 6995.

BRASIL. LEGISLAÇÃO FEDERAL. Decreto nº 21.402 de 14 de Maio de 1932. Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/5/1932, Página 9486.

BRASIL. LEGISLAÇÃO FEDERAL. Decreto nº 22.040 de 01º de Novembro de 1932. Diário Oficial da União - Seção 1 - 4/11/1932.

BRASIL. LEGISLAÇÃO FEDERAL. Decreto nº 22.671 de 26 de Abril de 1933. Diário Oficial da União - Seção 1 - 27/4/1933, Página 8338.

JORNAL A BATALHA. Rio de Janeiro.

JORNAL CORREIO DA MANHÃ, Rio de Janeiro.

KELSEN, Hans. A competência da assembleia nacional constituinte. **Política: revista de direito público, legislação social e economia.** Rio de Janeiro: vol. 1, no.1, Janeiro, 1934, pp.34-43.

LIMA, Eusébio Queiroz. O regimento da constituinte. **Política: revista de direito público, legislação social e economia**. Rio de Janeiro: vol. 1, no.1, Janeiro, 1934, pp. 27-33.

LIRA NETO. **Getúlio: Do governo provisório à ditadura do Estado Novo (1930-1945)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras – 1934**. Senado Federal: Brasília, 2012.

SOLON, Ari Marcelo. Um texto de Kelsen sobre o Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, SP, v. 9, 2000, pp. 7-11.

A competência da Assembleia Nacional Constituinte

Hans Kelsen

Respondo aos quesitos, não do ponto de vista político ou de direito natural, mas exclusiva e unicamente do ponto de vista do direito positivo. Deduzo as minhas conclusões admitindo que para a situação e competência da Assembleia Nacional Constituinte não pode ser considerada outra norma de direito que o Regimento 22.621, de 7 de abril de 1933.

Quesito I

O Governo Provisório, por Decreto 22.621 de 7 de abril de 1933, baixou o Regimento da Assembleia Nacional Constituinte.

1. O Governo Provisório, que é governo de fato, originado de uma revolução, tem o direito de impor um regimento à Assembleia Nacional Constituinte?

2. O fato de ter o Governo Provisório imposto um regimento à Assembleia Nacional Constituinte não representa uma ofensa à soberania da dita Assembleia, que por definição, por ser constituinte, é soberana?

3. Obrigará juridicamente este regimento a Assembleia Nacional Constituinte e não poderá a dita Assembleia rejeitar o regimento, adotando um que for por ela elaborado?

Resposta

1. Não existe diferença essencial entre um governo de fato e um governo de jure em direito das gentes e menos ainda no domínio do direito constitucional. Admitindo que o Governo Provisório é a mais alta autoridade legislativa que saiu diretamente da revolução, sem dúvida daquele governo depende determinar a convocação e a competência da Assembleia Nacional Constituinte.

2. A promulgação do citado regimento não significa a incursão na “soberania” da Assembleia Nacional Constituinte. A concepção da soberania, no verdadeiro sentido da palavra, de nenhum modo pode ser enquadrada no domínio do direito positivo. Nem mesmo o Estado como tal é soberano, pois acima dele se encontra o direito das gentes, que lhe confere direitos e obrigações. Ainda menos se pode dizer de qualquer órgão do Estado que seja soberano. Quanto à Assembleia Nacional Constituinte, seria questão de saber se ela possui as qualidades de um órgão originário e supremo, a quem cabe fazer as leis e cuja competência é ilimitada. Seria, então, só o caso de uma Assembleia Nacional Constituinte que tivesse sido originada diretamente da revolução. Mas isso não dá. A existência legal e a competência da Assembleia Nacional Constituinte fundam-se no regimento de 7 de abril de 1933. Ela é um órgão criado por um outro órgão e formou-se pelo caminho legal. Não pode modificar isso a circunstância de a Assembleia ter o nome de “Assembleia Nacional Constituinte”. Deste nome não podem ser deduzidas quaisquer qualidades de direito.

3. A Assembleia Nacional Constituinte não possui outros direitos além dos que lhe foram dados pelo Regimento de 7 de abril de 1933. Por isso ela não tem o direito de revogar o regimento e substituí-lo por outro. O regimento obriga a Assembleia Nacional Constituinte no sentido em que lhe regula a função e especialmente lhe determina a competência. O regimento é um elemento essencial da organização naquele tempo vigente. Em relação àquela organização, a chamada Assembleia Nacional Constituinte não tem o caráter de criadora da Constituição, mas de executora da elaboração da Constituição. Ofendendo as disposições do regimento, ofenderá assim a organização em vigor. Em dependência das circunstâncias poderá valer isso como uma tentativa para, por meio da revolução, tornar-se um órgão sob todos os pontos de vista constituinte, isso é originário e supremo criador da Constituição.

Quesito II

O regimento baixado pelo Governo Provisório em seus arts. 101 e 102 (Disposições gerais) limitam a competência da Assembleia Nacional Constituinte, vedando-lhe discutir e votar qualquer “projeto de lei”. A Assembleia Nacional Constituinte deverá tratar unicamente das questões referentes à elaboração da Constituição, eleição do Presidente da República e aprovação dos atos do Governo Provisório.

1. A limitação da competência da Assembleia Nacional Constituinte não representa nova ofensa à soberania da dita Assembleia?

2. A eleição do Presidente da República, prevista pelo regimento, não faz prejulgar a adoção obrigatória, pela Assembleia Nacional Constituinte, do regime “republicano”, regime de novo imposto pelo Governo Provisório? Essa imposição não representa nova ofensa à soberania da Assembleia Nacional Constituinte?

Resposta

1. Os arts. 101 e 102 do Regimento de 7 de abril de 1933 significam a limitação da competência da Assembleia Nacional Constituinte. Não existe, porém, a incursão na soberania, pois, de acordo com os motivos acima salientados, a Assembleia Nacional Constituinte nem é soberana, no verdadeiro sentido da palavra, nem é órgão originário e supremo criador da Constituição.

2. A disposição do Regimento de 7 de abril de 1933 que se refere à eleição do Presidente da República significa igualmente a limitação da competência da Assembleia Nacional Constituinte em vista de que esta tem os poderes para adotar só uma Constituição que for republicana. Quanto à forma de Estado, o teor da futura Constituição está já prejulgado pelo Regimento de 7 de abril de 1933.

Quesito III

O art. 14 do mesmo decreto, dispondo sobre a forma do compromisso a ser prestado pelos deputados à Assembleia Nacional Constituinte, contém o compromisso de observar a Constituição “Federal” que for adotada.

1. A expressão Constituição “Federal” não faz prejudicar a adoção obrigatória pela Assembleia do regime “federativo”?

2. A imposição do regime federativo não representa nova ofensa à soberania da Assembleia?

Resposta

1. e 2. O que foi dito a respeito do quesito, II, 2º, refere-se igualmente ao caráter federativo da futura Constituição. Aquele caráter representa, do mesmo modo que a forma republicana do Estado, uma limitação à atividade legislativa da Assembleia Nacional Constituinte. Ultrapassar o limite significaria a quebra da organização em vigor. As disposições do Regimento de 7 de abril de 1933 que se referem à forma republicana do Estado e ao caráter federativo da futura Constituição são previstas, não direta, mas indiretamente. É um método jurídico-técnico que, apesar de ser muito duvidoso, é sempre possível e, infelizmente, representa, não raro, o meio de dar expressão à vontade legislativa.

Quesito IV

Um Governo Provisório, originado de uma revolução, que não tinha por objetivo a instituição de um regime ditatorial “permanente”, tendo convocado a Assembleia Nacional Constituinte, não tem por essa circunstância transmitido a plenitude de seus poderes à dita Assembleia, que se tornará assim soberana?

Resposta

As capacidades do poder de um governo originado de uma revolução não podem ser determinadas do ponto de vista do direito positivo pelos

objetivos que teve o movimento revolucionário no início. A denominação de um governo como “provisório” tem geralmente uma significação política e de nenhum modo uma de direito positivo. Um governo formado por meio revolucionário possui os poderes que quer possuir sob a condição de que possa obter geralmente a obediência às suas prescrições. É o princípio da efetividade que vale para um governo originado de uma revolução como princípio de direito positivo. A indicação sobre as intenções do movimento revolucionário não é fundamento suficiente para que possa obrigar o governo a transmitir a totalidade dos seus poderes a uma Assembleia Nacional Constituinte por ele próprio criada.

Quesito V

Com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte poderá o Governo Provisório continuar a conservar os poderes ditatoriais que tinha conquistado por meio da vitoriosa revolução?

Resposta

A resposta a este quesito é dada já na resposta ao quesito IV.

Genebra, 14 de outubro de 1933.

Prof. Hans Kelsen

Vorbemerkung.

Die an mich gestellten Fragen beantworte ich nicht von einem politischen oder naturrechtlichen, sondern ausschliesslich und allein von einem positivrechtlichen Standpunkt aus. Ich gehe dabei von der Voraussetzung aus, dass für die Stellung und Kompetenz der konstituierenden Nationalversammlung keine andere Rechtsnorm in Betracht kommt, als die Verordnung Nr. 22621 vom 7. April 1933.

I.

1. Es gibt keinen wesentlichen Unterschied zwischen einer de facto und einer de jure Regierung; nicht im Völkerrecht und noch viel weniger auf dem Gebiete des Verfassungsrechts. Unter der Voraussetzung, dass die provisorische Regierung die höchste gesetzgebende Autorität ist, die unmittelbar aus der Revolution hervorgegangen ist, ist sie zweifellos zuständig, die Frage der Einberufung und der Zuständigkeit einer konstituierenden Nationalversammlung zu regeln.

2. Der Erlass der zitierten Verordnung bedeutet keine Beeinträchtigung der "Souveränität" der konstituierenden Nationalversammlung. Der Begriff der Souveränität im eigentlichen Sinn des Wortes hat überhaupt keinen Platz im Bereiche des positiven Rechtes. Nicht einmal der Staat als solcher ist souverän; da über ihm das ihn berechtigende und verpflichtende Völkerrecht steht. Noch viel weniger kann von irgendeinem Organ des Staates gesagt werden, dass es souverän sei. Für die konstituierende Nationalversammlung käme nur in Frage, ob sie die Eigenschaft eines ursprünglichen und höchsten Organes hat, das zur Gesetzgebung kompetent und dessen Gesetzgebungskompetenz unbeschränkt ist. Das wäre nur dann der Fall, wenn die konstituierende Nationalversammlung selbst unmittelbar aus der Revolution hervorgegangen wäre. Dem ist jedoch nicht so. Die rechtliche Existenz und die Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung beruht auf der Verordnung vom 7.

April 1933. Sie ist ein durch ein anderes Organ geschaffenes Organ, das auf legalem Wege entstanden ist. Daran kann die Tatsache nichts ändern, dass sie den Namen "konstituierende Nationalversammlung" führt. Aus diesem Namen lassen sich keinerlei rechtlichen Qualitäten ableiten.

3. Die konstituierende Nationalversammlung hat keine anderen Rechte als jene, die ihr durch die Verordnung vom 7. April 1933 eingeräumt sind. Sie hat daher nicht das Recht, diese Verordnung aufzuheben und eine andere an ihrer Stelle zu setzen. Die Verordnung verpflichtet die konstituierende Nationalversammlung in dem Sinne, dass sie ihre Funktion regelt und insbesondere ihre Zuständigkeit bestimmt. Die Verordnung ist ein wesentliches Stück der derzeit geltenden Verfassung. Im Verhältnis zu ihr hat die sogenannte konstituierende Nationalversammlung keinen verfassungsgebenden sondern einen verfassung-vollziehenden Charakter. Verletzt sie die Bestimmungen der Verordnung, so verletzt sie die geltende Verfassung. Das kann unter Umständen ein Versuch sein, sich auf einen revolutionären Wege zu einem wahrhaft konstituierenden, das heisst in jeder Hinsicht verfassungsgebenden also ursprünglich-höchsten verfassungsgebenden Organ zu machen.

II.

1. Artikel 101 und 102 der Verordnung vom 7. April 1933 bedeuten eine Einschränkung der Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung. Eine Beeinträchtigung ihrer Souveränität jedoch liegt nicht vor, da sie aus den oben erwähnten Gründen weder souverän im eigentlichen Sinne des Wortes noch ein ursprünglich höchstes Gesetzgebungsorgan ist.

2. Die Bestimmung der Verordnung vom 7. April 1933 betreffend die Wahl des Präsidenten der Republik bedeutet gleichfalls nicht eine Einschränkung der Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung, indem diese durch die Verordnung nur ermächtigt ist, eine republikanische Verfassung zu beschliessen. In diesem Punkt, das heisst im Bezug auf die Staatsform, ist der

Inhalt der künftigen Verfassung bereits durch die Verordnung vom 7. April 1933 bestimmt.

III.

1. und 2. Was zu Punkt II, 2 gesagt wurde gilt analogerweise auch im Bezug auf den bundesstaatlichen Charakter der künftigen Verfassung. Dieser bildet ebenso wie die republikanische Staatsform eine Schranke für die gesetzgeberische Tätigkeit der konstituierenden Nationalversammlung. Ein Überschreiten dieser Grenze bedeutet einen Bruch der schon geltenden Verfassung. Die Bestimmungen der Verordnung vom 7. April 1933 betreffend die republikanische Staatsform und den bundesstaatlichen Charakter der künftigen Verfassung sind nicht direkt, sondern nur indirekt getroffen. Das ist eine rechtstechnisch zwar sehr bedenkliche, aber immerhin mögliche und leider gar nicht seltene Methode, den gesetzgeberischen Willen auszudrücken.

IV.

Die Machtbefugnisse einer aus einer Revolution hervorgegangenen Regierung lassen sich – positivrechtlich – nicht aus den politischen Ziele bestimmen, die die revolutionäre Bewegung ursprünglich hatte. Die Bezeichnung einer Regierung als “provisorische” hat in der Regel nur politische, keinerlei positivrechtliche Bedeutung. Eine auf revolutionärem Wege gebildete Regierung hat jene Machtvollkommenheiten, die sie selbst in Anspruch nimmt, vorausgesetzt dass sie im Stande ist, ihren Anordnungen im grossen und ganzen Gehorsam zu verschaffen. Es ist das Prinzip der Effektivität, das für die unmittelbar aus der Revolution hervorgegangenen Regierung als Prinzip des positiven Rechts gilt. Hinweis auf die Absichten der revolutionären Bewegung ist keine hinreichende Begründung dafür, dass die Regierung verpflichtet sein soll, ihre Machtvollkommenheiten an die von ihr selbst geschaffene konstituierende Nationalversammlung zu übertragen.

V.

Die Antwort auf diese Frage ist bereits mit der Antwort auf die unter IV. gestellte Frage gegeben.

Genf, am 14. Oktober 1933.

Prof. Hans Kelsen