

DOUTRINA

ATUALIDADE DO PENSAMENTO DE KELSEN*

José Paulo Sepúlveda Pertence**

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Eminente Procurador-Geral do Estado, Dr. Raul Cid Loureiro;

Companheiros nesta Mesa, que eu saúdo na pessoa do meu mestre de sempre Evandro Lins e Silva;

Prezados colegas:

Dispensar-me da resposta à carinhosa saudação de HÉLIO SABOYA. A suspeição manifesta é causa de nulidade de pleno direito. É, de fato, uma das amizades que mais me gratificam, colhida na vida profissional - como dizia HÉLIO - em circunstância de uma longa, e, às vezes, agitada, batalha judicial, em que estávamos de lados opostos; e isso talvez tenha facilitado que a amizade frutificasse, e se aprofundasse, porque, vendo o advogado do outro lado, é mais fácil admirar-lhe não só o brilho intelectual mas, sobretudo, a dignidade moral para o combate.

Agradeço ao Centro de Estudos - na pessoa desta figura exemplar de LETÁCIO JANSEN, autor da conspiração - este convite que verdadeiramente recebi, não apenas com a honra que a sua origem propicia mas, de certo modo, ou verdadeiramente, lisonjeado, na medida em que era lembrado para prosseguir num ciclo de estudos sobre HANS KELSEN, já iniciado por conferências de estudiosos atuais e altamente qualificados do mestre de Viena, dignos da altitude deste auditório.

A confissão de lisonja com que recebi o convite vale, de logo, por escusa à temeridade da sua aceitação. Ela há de ter sido devida a alguma confissão indiscreta de meu fascínio pelo pensamento de KELSEN na mocidade, que já vai longe, desde a leitura, por conta e risco próprio, do estudante em Belo Horizonte, até o aprofundamento na leitura de HANS KELSEN na pós-graduação, nos tempos da aventura da fundação da Universidade de Brasília, sob a orientação de

* Palestra proferida em 18 de novembro de 1996, no Auditório Machado Guimarães da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, no ciclo de palestras "Colóquios sobre Hans Kelsen".

**Texto sem revisão do Autor.

MACHADO NETO, jovem mestre baiano, precocemente falecido que, embora filiado à Escola Ecológica, como se sabe, adota uma ontologia diversa de KELSEN, mas o aceita como lógica formal do pensamento jurídico.

A opção universitária no entanto - aqui já se disse - foi afastada pelo regime militar. E aqui me lembra um momento vital de um pronunciamento kelseniano. No dia mesmo do Ato Institucional nº 1 - do depois chamado nº 1 - eu fui preso na Universidade de Brasília e, ao sair, tomei conhecimento do intróito do Ato Institucional, de autoria indisfarçada de FRANCISCO CAMPOS, e sabor evidentemente kelseniano: o poder constituinte da revolução, a não subordinação da revolução vitoriosa ao ordenamento jurídico anterior, a revolução é que legitima a Constituição que resolveu livremente manter, e que legitima o próprio Congresso e, portanto, dele pode cassar os Deputados que entender conveniente. Tudo isso dito, com a franqueza de CAMPOS...

Saído da prisão, dias depois, na primeira ida ao late Clube, a provocação de um estudante: se eu entendera legal e legítima a minha prisão? Porque, dizia o estudante, se eu não estivesse na cadeia, ele talvez supusesse que fora eu o redator do intróito, tão entusiasmo era a essa altura pelas premissas do pensamento e da Teoria do Estado de KELSEN.

Mas, na verdade, abortada, em consequência, a opção universitária inicial de minha vida, fiz-me um prático do fórum, só de raro em raro, com vagar, ou à lembrança, de recorrer a KELSEN para conferir um que outro tópico de interesse para o trabalho de advogado, de Procurador-Geral e, hoje, de Juiz do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante tantos anos de distância da reflexão permanente, sistemática, organizada sobre o mestre da Escola de Viena, mantenho firme a minha convicção da definitividade da obra de KELSEN, como a mais límpida análise estrutural da experiência jurídica, e da lógica do pensamento do jurista; não apenas do jurista teórico, mas também do jurista prático, do jurista profissional.

Digo, mais, que esta prática forense, após alguns anos de estudo de KELSEN alicerçou em mim a convicção de que nós, práticos do direito, somos todos mais ou menos kelsenianos. O que há é que poucos confessam, tal a carga - tal a massa de preconceitos - que vem alimentando uma crítica irremediável, que atravessa as décadas, ao grande teórico; e devo dizer, muitas delas de quem não o leu, outras tantas de quem leu, e não entendeu, e muitas outras de quem leu, entendeu, mas não quis entender...

A razão maior das críticas radicais a HANS KELSEN está em exigir da Teoria Pura do Direito que seja o que, declaradamente, não

pretende ser; ou que dê aquilo que jamais se propôs a dar ao estudioso: seja uma valoração - uma apreciação livremente axiológica do conteúdo de uma ordem jurídica determinada - sejam explicações sociológicas do porquê deste conteúdo, e de fatos do Direito na sociedade, influenciando, ou sendo resultante, de fenômenos sociais.

A Teoria Pura não pretende ser mais - nada mais - que análise do que KELSEN - logo no início (ao que me lembro da Teoria Geral do Direito do Estado) define como Direito, Direito positivo: nada mais, que uma técnica social, entre várias outras, que consiste, que se define, por visar obter a conduta social desejada da comunidade a ela submetida, mediante um instrumento, que é específico - que o caracteriza como ordem normativa específica, e diferente das demais - que é a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada na hipótese da conduta contrária àquela determinada ou estimulada pela ordem jurídica. Nada mais do que isto.

Técnica constante, em qualquer comunidade juridicamente organizada, constante no tempo, constante no espaço, existente não obstante as profundas diferenças do conteúdo, dos valores, da organização política, da organização social de cada comunidade considerada, de hoje ou de ontem.

É de KELSEN a observação de que não podia prever se um dia a humanidade prescindiria do direito, mas, se isso viesse a acontecer, a diferença entre esta comunidade futura sem direito - sem essa técnica social específica de motivação indireta de condutas - seria mais diferente da sociedade de hoje do que os Estados Unidos são diferentes da Babilônia, ou o Reino Unido da tribo mais primitiva dos povos aborígenes.

Constante, assim, esta técnica, a ciência do Direito não pretende, nem tem, enquanto ciência descritiva de uma ordem jurídica determinada, como prescrever o conteúdo da Ordem que lhe cabe descrever, nem tê-la como mais ou menos adequada a uma determinada ordem de valores ou concepções de justiça. Nem tem, nem pretende ter, como explicar porque - em dado tempo, e em dado lugar que se considerem - o conteúdo da ordem jurídica é um, e não outro.

Esta velha impressão de um leitor amador de KELSEN, ficou particularmente reforçada, faz pouco, com a leitura do primeiro da série de primorosos ensaios sobre HANS KELSEN, deste que é hoje indiscutivelmente o maior pensador de linha kelseniana do mundo, que é NORBERTO BOBBIO. Na coletânea **Diritto e Potere** que dedica a KELSEN, e na qual o primeiro dos ensaios reunidos tem o título de **A Teoria Pura do Direito e seus críticos**, nota NORBERTO BOBBIO, o que é sabido de todos, que a Teoria Pura do Direito surge combatendo em duas frentes: numa delas contra o jusnaturalismo, contra a

idéia de um direito natural, na qual se reúne toda pretensão de submissão da ordem jurídica, como condição de sua validade, a uma determinada ordem de valores, ou a determinadas idéias sobre o conteúdo da ordem social justa - combate que se faz em nome da objetividade de toda a idéia de Justiça. De outro lado contra a sociologia, e, aí, em nome da especificidade do método - ou, kantianamente, do método que constrói o objeto da ciência jurídica que, embora tendo ou dirigindo-se ao conhecimento do mesmo fenômeno social objeto da sociologia jurídica, o faz por um método radicalmente diverso, o faz descrevendo juízos do dever ser, ligados, conectados, pela lógica da imputação, e não pela lógica da causalidade, que é o das ciências sociais explicativas, a começar da sociologia.

É sempre perigoso o combate em duas frentes, na medida em que tende a gerar a união dos contrários. E é curioso ver no espectro dos críticos mais radicais de KELSEN, como se unem pensamentos de pressupostos não só diferentes mas freqüentemente, radicalmente contrapostos: o dos jusnaturalistas e dos sociologistas de toda a sorte, para a crítica implacável à Teoria Pura.

Todas as críticas, venham elas do jusnaturalismo, venham do sociologismo, têm uma constante, que é, precisamente, aquela a que aludi: censurar a Teoria Pura do Direito, não por ser errada naquilo que pretendeu ser, mas por não ser o que efetivamente não é, e nunca pretendeu ser.

Assim, os jusnaturalistas criticam em KELSEN a indiferença aos valores do conteúdo de uma dada ordem jurídica, indiferença, é bom que se frise, enquanto indaga da sua validade como ordem jurídica, e daí decorre, profligam os críticos, a aceitação, como Direito, de qualquer ordem normativa, seja qual for o seu conteúdo, seja qual for o valor ou o desvalor a cujo serviço se põe, seja qual for o regime político que lhe dá unidade, seja ele o mais abjeto ou repugnante.

Tudo isso é certo, embora a extração daí, - que até a esse ponto se chega - do acumplicimento, consciente ou não consciente, de KELSEN e se seus seguidores, a este ou aquele regime jurídico, particularmente ao totalitarismo, seja má-fé ou desinformação. Trata-se não apenas de um homem que, em função de sua raça, tem toda a sua vida européia cortada pela ascensão do nazismo, mas, também, de um homem que, quando põe de lado a construção da Teoria Pura do Direito, e se dedica à filosofia política, construiu uma das obras mais importantes da filosofia do regime democrático neste século.

De qualquer modo, a crítica jusnaturalista deixa sem resposta a evidência da presença, seja qual for o tempo, seja qual for o país considerado, de uma técnica social específica, conhecida como Direito positivo, e que se impõe, e que se valida a si mesma, na medida em

que se torna eficaz, não apenas no plano internacional, mas também no plano do Direito interno: e esta é a experiência histórica universal, queiramo-la ou não, aceitemo-la ou não.

Claro, com isso, é elementar que a Teoria Pura do Direito não elimina o problema axiológico do Direito, na medida em que é uma ordem normativa da conduta humana, objeto, ao mesmo tempo, de outras ordens normativas, a partir dos ordenamentos éticos. É manifesto que o direito, o ordenamento jurídico positivo, será sempre, necessariamente, objeto de outras valorações, de valorações livremente axiológicas à luz de padrões morais, éticos, ideológicos de cada qual. O que se recusa é a confusão de dois planos: a validade da norma, enquanto sentido de sua integração a um dado ordenamento positivo, e só enquanto tal, e a sua livre avaliação, a partir de padrões e de valores não jurídicos.

No sociologismo, a crítica freqüente é que toda a construção kelseniana resultou num vazio formalismo, indiferente ao Direito como realidade social, indiferente à ordem jurídica como resultante de fatores sociais e, ela mesma, como um dos fatores sociais a ditar a ordenação real da sociedade num tempo dado e considerado.

A inconsistência da objeção, ainda aqui, parece evidente e a resposta é de Bobbio: enquanto a Teoria Geral - e não o estudo particular de um dado ordenamento ou de um dado ramo deste ordenamento - enquanto a Teoria Geral buscar elaborar conceitos capazes de descrever o direito positivo de uma determinada comunidade, o objeto desta Teoria Geral não é conteúdo, mas é forma, de tal modo que o problema não é de formalismo, mas de ser necessária e confesadamente formal. O que se procura investigar na Teoria Pura, ou na Teoria Geral, na perspectiva da visão kelseniana, é uma forma constante de conteúdos variáveis em cada comunidade jurídica, em cada tempo considerado. Mas também aqui é evidente, é palmar, que não se nega a realidade, não se nega o Direito como realidade social, não se nega que o conteúdo de um dado ordenamento jurídico seja, assim, resultante de fatores sociais, e ele próprio, fator de ordenação social real. O que se nega é que isso seja objeto da ciência Direito como tal, porque é objeto adequado ao tratamento das ciências causais, e não de uma ciência normativa.

Certo: valores, axiologia e realidade social do Direito, são dados da experiência jurídica cotidiana de cada um de nós. Ninguém pensa o Direito, ninguém pratica o Direito - em qualquer das modalidades de prática do Direito - indiferente a valores ou a realidades sociais. Mas KELSEN, a meu ver, também não o nega.

E aqui vem uma das mais freqüentes confusões sobre o pensamento de HANS KELSEN. É a mais freqüente delas, a botar em pro-

fundas dúvidas se os seus signatários se deram ao trabalho de ler a menor das formulações da Teoria Pura. É o que identifica KELSEN com o exegetismo, com os comentadores do Código Napoleão, com a identificação entre Direito e Lei - norma geral estatal - e a identificação entre ciência do Direito e interpretação literal desta Lei. É isto que se lê freqüentemente como sinônimo da teoria de KELSEN, mas nada está tão distante da formulação teórica da Escola de Viena.

É claro que essa identificação da interpretação jurídica e, sobretudo, do julgamento, da sentença como um mero exercício lógico de subsunção de determinada situação de fato a uma norma jurídica, que contém em si a solução daquele caso concreto, a ser extraído por um mero exercício de conhecimento, por um mero exercício lógico - é um mito, mito cada vez menos levado a sério em qualquer das vertentes do pensamento jurídico contemporâneo.

A interferência na aplicação da norma jurídica, e não apenas na Administração, e não apenas no contrato privado mas também na sentença, miticamente apresentada como exercício de uma função neutra, na verdade são atividades necessariamente influenciadas pela valoração e pelos contingenciamentos da realidade do autor da sentença, do ato administrativo, de qualquer norma derivada do ordenamento jurídico.

Mas, antes de superar KELSEN, como se pretende, essa evidência da interferência de fatores axiológicos e de fatores sociais reais na sentença, apenas lhe engrandece a audácia de havê-la assumido quando poucos se haviam libertado do mito da neutralidade, e do caráter puramente lógico da aplicação judicial do Direito.

Nenhuma formulação teórica da Teoria Pura do Direito - e aí injustamente atribuída apenas a HANS KELSEN, quando na verdade a sua primeira formulação é de um de seus maiores discípulos, ADOLF MERKL - é mais difundida do que a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico. Mas ainda aqui, é mais difundida do que lida. O que extremamente se divulga é a simples explicação teórica da vinculação da Lei à Constituição, do ato administrativo e da sentença à Lei. Mas enquanto fundamentação material da validade do ato inferior, do conteúdo do ato inferior, no conteúdo da norma superior, a Teoria Pura, embora dando-lhe outra dignidade científica, pelo rigor lógico da análise, traz aqui pouca novidade. Tudo isso já eram verdades estabelecidas, no começo do século, com o surgimento das primeiras versões da obra de KELSEN.

A verdadeira revolução da Teoria Pura do Direito está na ênfase do que KELSEN chamou o caráter dinâmico, que é específico da ordem jurídica, e a distingue das demais ordens normativas da sociedade. Isto é, a característica de que, ao contrário, por exemplo, da

ordem moral, o Direito regula a sua própria criação, na medida em que é a própria norma jurídica que designa o órgão competente, o processo de elaboração e, parcialmente, o conteúdo da norma inferior a ser criada pelo órgão competente, de tal modo que a validade da norma jurídica inferior, esteja ela em qualquer dos extratos da estrutura escalonada do ordenamento jurídico positivo, é função menos da sua exata derivação material, do conteúdo da norma superior, do que da criação pelo órgão competente, conforme os procedimentos determinados pela norma superior.

E mais, em KELSEN, contra a teoria tradicional, ao seu tempo amplamente dominante, outro dado revolucionário é a demonstração da inexistência de separação radical, de diferença substancial, entre os atos de criação, e os atos de aplicação do Direito: precisamente porque o direito regula sua própria criação, e precisamente porque só pode determinar, parcialmente, o conteúdo da norma a ser criada, todo ato de criação é aplicação de uma norma superior, e, vice-versa, todo ato de aplicação cria norma, ainda que uma norma individualizada.

A ruptura entre a identificação da criação de norma, com a criação de norma geral, que trazia em conseqüência aquele pretensão caráter neutro do ato de aplicação da norma geral no caso concreto é outro mito destruído, peremptoriamente, pela construção teórica de KELSEN. Assim, particularmente, a sentença judicial é aplicação do Direito, e deve conter-se, por isso, na moldura de possibilidades normativas das normas gerais, ou, eventualmente, das normas individuais - a pensar no contrato - que incidam na situação de fato considerada. Mas, demonstra KELSEN, a não ser em situações limites, absolutamente desprovidas de problemas simples, nunca a determinação do conteúdo da norma inferior pela norma superior pode ser completo. E haverá - variando, é claro, conforme o tipo de ordenamento, conforme a estatura do ato na estrutura hierárquica da ordem jurídica - haverá sempre criação, naquela aplicação da norma superior à situação concreta: criação que se materializa na eleição do conteúdo da norma individual, da sentença, no marco daquelas alternativas deixadas pelas normas jurídicas a aplicar.

É neste momento de criação da norma individual, que se abre margem a valorações e considerações da realidade social do Direito, enquanto funcione como motivação, declarada ou não, consciente ou não, confessada ou não, do conteúdo do ato individual, inclusive da sentença.

KELSEN, assim, ao contrário de se identificar com a velharia do silogismo judicial, é, indiscutivelmente, o teórico que dá dignidade científica à inevitável interferência subjetiva do Juiz na construção da

sentença, e o dispensa da reverência ao mito da pura subsunção lógica, do Juiz neutro, da jurisdição *la bouche de la loi*. Por isso mesmo, em coerência com suas premissas teóricas fundamentais, para KELSEN a determinação do conteúdo da norma individual, seja ela o ato administrativo, seja a sentença, já não é objeto da ciência do Direito. A ciência do Direito, enquanto descrição ou, como diz a teoria tradicional, interpretação do Direito para, enquanto ciência, na identificação do leque de possibilidades normativas dentre as quais o Juiz, por um ato de vontade, onde necessariamente interferem o seu plexo de concepções axiológicas e as suas circunstâncias reais, escolhe o conteúdo individual da norma a ditar. Não obstante, segue implacável a identificação de KELSEN com o exegetismo, com a interpretação literal, com o legalismo estrito e com outras tantas velharias.

São digressões sem pretensões, disposições sistemáticas do pensamento de KELSEN que, neste nosso encontro, seriam pretensiosas e, sobretudo, ociosas para esse auditório. Valem, apenas, como o testemunho de uma fidelidade às linhas básicas da Teoria Pura do Direito, enquanto análise da estrutura lógica da experiência jurídica de trato com o ordenamento positivo válido, porque globalmente eficaz, que tenho mantido, sem prejuízo de um compromisso com a prática do Direito como instrumento de construção de uma ordem mais democrática e socialmente mais justa. E é nesse campo, do Direito como instrumento de efetividade e garantia de valores mais eminentes da ordem jurídica democrática que eu creio estar, além da sua formulação teórica, a maior contribuição de KELSEN, e a de maior atualidade ao constitucionalismo dos nossos dias. Refiro-me ao controle abstrato da constitucionalidade das normas.

Hoje, controle jurisdicional, ou judicial, da constitucionalidade das leis vai transformando num dado quase universal do Direito constitucional comparado ocidental, tido mesmo como um corolário lógico inafastável da rigidez das constituições, concebida a rigidez, por sua vez, como instrumento técnico de realizar a vocação de toda Constituição para um mínimo de estabilidade e de permanência de suas opções políticas e dos valores fundamentais eleitos pela obra constituinte.

Não obstante, a aceitação prática desse instituto do controle da constitucionalidade das leis por órgão diverso do Poder Legislativo, é recente, no Direito europeu, e em toda a família de formação européia continental.

A repercussão teórica e a prática bem sucedida, de mais de um século da construção norte-americana, da *judicial review* foram insuficientes a dobrar as resistências européias à adoção do instituto, que só veio neste século - e onde KELSEN, a partir de sua atuação na redação, praticamente integral, da Constituição austríaca de 1920, é

indiscutivelmente, a figura exponencial, não apenas da importação pela Europa da idéia de controle da constitucionalidade das leis, mas de sua adaptação às características do direito continental europeu, do direito de formação romanística em contraposição ao direito anglo-saxão onde surgiu a idéia da *judicial review*.

Já nas versões iniciais da Teoria Pura, KELSEN situava o controle externo - *honi soí qui mal y pense*, esta palavra maldita, estou proibido de dizer, mas aqui é controle externo do Legislativo - o controle externo, isto é, por um órgão alheio ao Poder Legislativo, da constitucionalidade das leis, como uma verdadeira *conditio sine qua* da própria eficácia jurídica da Constituição material.

Como sabem os colegas, KELSEN foge da tradicional concepção ideológica da Constituição material, cujo exemplo mais citado, e sempre recorrente, é o da Declaração Universal dos Direitos do Homem da Revolução Francesa ("não tem Constituição o país onde se consagra a separação dos poderes e não se garantam os direitos individuais"), foge desta concepção claramente situada como concepção ideológica do constitucionalismo liberal-democrata, para uma concepção estritamente técnica, dada a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico. Constituição material, vale dizer, conteúdo necessário da Constituição, seja qual for o ordenamento considerado, é a regulação da criação legislativa, vale dizer, das normas gerais imediatamente inferiores à Constituição. Tudo o mais que todas as constituições consagram, por valores políticos, para dar maior força, para dar maior estabilidade a determinadas opções fundamentais sobre organização dos poderes do Estado, sobre as relações do Estado com a sociedade ou com os indivíduos, é legítimo que se lhe dê forma constitucional e eficaz, mas não é necessariamente constitucional. À Constituição bastaria estabelecer o órgão competente, e o processo de criação de normas gerais. Tudo mais, teoricamente, tecnicamente, pode ser delegado a este órgão competente para a edição de normas gerais.

Pois bem, nisto então - nesta Constituição material no sentido que lhe dá KELSEN - é que se vão situar a determinação da competência legislativa, do processo legislativo, e a determinação parcial do conteúdo das leis futuras. Nenhuma Constituição escrita, positiva, deixa ao mesmo tempo de, desde logo, estabelecer o processo, mas antecipar determinações, imposições, ou redações ao conteúdo das leis futuras, exatamente como mecanismo de dar forma constitucional a opções básicas, a direitos fundamentais que se quer subtrair às contingências do jogo político conjuntural.

Por isso mesmo dizia o teórico da Teoria Pura: se é o próprio órgão legislativo, o órgão supremo para a determinação da validade da lei, vale dizer, de sua conformidade com essas determinações conceituais ou de conteúdo com relação a lei a ser estabelecida, na ver-

dade, aquilo que é o núcleo da Constituição é apenas uma alternativa posta à disposição do Poder Legislativo.

O trecho vale ser lido - pretendia até trazê-lo comigo - e é um exemplo magnífico da agudeza e do radicalismo lógico do pensamento de KELSEN. Dizia ele: dizer que as leis devem ser elaboradas em determinada forma e sob determinado processo, mas confiar ao próprio órgão elaborador desta lei a verificação definitiva desta conformidade, é dizer que as leis tanto podem ser elaboradas desta forma, como de outra tal que entenda de dar-lhe o próprio processo, a própria função, o próprio procedimento, o órgão legislativo.

KELSEN não diz, mas a conclusão é inevitável: assim sendo, e assim me parece que é, não há Constituição rígida sem controle de constitucionalidade, como tal entendido o mecanismo de verificação de regularidade da elaboração da Lei confiada a um órgão estranho ao elaborador da Lei, seja ele o Legislativo, seja, cada vez mais freqüente, o próprio Executivo, subordinado a uma ratificação legislativa posterior.

Não obstante, esta evidência lógica de controle como *conditio sine qua* da própria idéia de efetividade da Constituição, são sabidas de todos as razões políticas, conscientes ou não, que alimentaram, sobretudo a partir da teoria constitucional francesa da soberania da Lei, e do preconceito histórico contra a magistratura do *ancien regime* que explicaram e alimentaram a longa resistência à introdução na Europa de qualquer mecanismo de controle judicial da constitucionalidade das leis.

Mas, além destas razões históricas e políticas há uma razão técnica que constituiu um obstáculo decisivo à adequação à Europa, e aos direitos de inspiração romanista, do mecanismo americano da *judicial review*, e uma vez mais é KELSEN o primeiro a denunciá-lo na elaboração teórica do sistema de controle que viria a ser conhecido como sistema austríaco, a partir de sua obra.

É mais que sabido dos colegas que o sistema americano do controle da constitucionalidade funda-se em ser este controle inerente à função jurisdicional. Na escolha da norma a aplicar ao caso concreto está implícito o poder de verificar se há duas normas que incidam sobre a mesma situação de fato. E na sua existência, se uma delas é da Constituição - por definição norma suprema - a norma inferior há de ceder a regência do caso à norma superior da Constituição.

Esta síntese do raciocínio, ainda hoje sedutor, de MARSHALL é toda a lógica do sistema americano. Mas por isso mesmo, se de um lado se trata de um poder difuso - de um poder que cada Juiz detém,

porque é inerente à sua função jurisdicional - por outro lado sofre a limitação da função jurisdicional: a eficácia da eventual declaração de inconstitucionalidade das leis é restrita ao caso considerado, e às partes nele envolvidas, de tal modo que gera, em tese, o sistema americano, a possibilidade de que sobre uma mesma lei, num mesmo tempo, haja decisões no sentido de sua constitucionalidade, e no sentido da sua inconstitucionalidade, com a conseqüente criação de um estado de insegurança jurídica altamente lesivo à eficácia da Constituição.

Mas é claro que nos Estados Unidos essa eficácia relativa da sentença é mais teórica de que real, na medida em que, salvo casos excepcionais, vige, dentro da lógica do direito anglo-saxão, a força obrigatória do precedente judicial, de tal modo que a decisão - o mecanismo de controle da constitucionalidade sobretudo dos Tribunais Superiores e sobretudo da Suprema Corte Americana - tem, na verdade (embora teoricamente restritas à solução do caso concreto) tem, na verdade, uma força normativa real, na medida em que vinculam a decisão, os Tribunais inferiores e a própria Administração. Donde a fragilidade congênita de todas as tentativas de transplantação para ordenamentos da família romanista do sistema americano em sua pureza.

E KELSEN o percebe, desde que passa a raciocinar já não em termos teóricos, mas em termos de política do Direito - como chamava ele - na formulação da solução da Constituição austríaca de 1920, que vai opor ao sistema americano um sistema não difuso, mas concentrado de controle da constitucionalidade das leis, seja em abstrato, primitivamente apenas para solução de conflitos federativos entre a federação e os Estados-membros, ou vice-versa, seja no controle incidente, vale dizer, na arguição de inconstitucionalidade surgida no curso de qualquer processo interpartes, em que o Juiz competente, sem poder para decidir da constitucionalidade das leis, suspende o processo, e submete a questão à Corte Constitucional, que a define para solver o caso concreto, retroativamente e para o futuro com eficácia *erga omnes* e vinculante.

Certo, para KELSEN, dado que esta decisão de anulação de uma norma geral - de uma lei - é em si mesma uma norma geral de sentido negativo, de sentido inverso, vai, na rigidez teórica de suas premissas, definir que é verdade que o controle concentrado não é função jurisdicional mas é função legislativa, a que deu o nome - que fez escola e, até hoje, é cotidianamente referido no Supremo Tribunal - de função de legislação negativa, de função de veto, embora no sistema brasileiro, por uma peculiaridade que vai se esgarçando, mas ainda vige (que é o da teoria da nulidade da lei) a observação de KELSEN, de que a declaração judicial da inconstitucionalidade das leis, com força geral, equivale à abrogação da lei declarada inconstitu-

cional, há que ser recebida **cum grano salis**, porque, na verdade, ainda vive entre nós a solução mais radical de entendê-la declaratória de uma nulidade preexistente desde a promulgação.

Mas não importa; em função legislativa, e não jurisdicional, o essencial é que o controle é entregue a um tribunal - tribunal, na concepção de KELSEN - independente de situado ou não na estrutura do Poder Judiciário, mas como forma de organização de um órgão competente para a solução jurídica de controvérsias, caracterizado por sua independência em relação ao Parlamento e ao Governo.

A construção de KELSEN, é sabido, no primeiro pós guerra chega a transferir-se para a Tchecoslováquia e, em termos, para o Tribunal de Garantias Individuais da Constituição Republicana Espanhola. O nazi-fascismo interrompe este movimento, mas a retomada da democracia, no segundo pós guerra, a amplia extraordinariamente a começar da Itália, Alemanha, Iugoslávia e, já mais recentemente, no movimento de expansão democrática iniciado com a Constituição portuguesa, seguida pela Constituição espanhola, pela Constituição grega, etc., e passa a constituir peça fundamental das instituições constitucionais democráticas contemporâneas.

É certo que a expansão, em relação ao modelo austríaco, que essas criações européias do segundo pós guerra, tendem a expandir o âmbito do controle do mecanismo em relação àquele modelo rígido da Constituição austríaca de 20, mas ainda aí realizando quase sempre antevisões do gênio de KELSEN de 1920. Uma delas, por exemplo, de particular importância, no relevo do controle concentrado de constitucionalidade, como instrumento de efetivação da democracia: a do acesso ao controle abstrato de normas das minorias políticas, das minorias parlamentares, que dá uma outra dimensão política ao controle abstrato que a Constituição austríaca reduzira ao conflito, ao contencioso entre a União e os Estados em torno de sua própria competência na organização federal.

O débito com KANS KELSEN do constitucionalismo brasileiro no ponto não é menor do que o da Europa Continental. Aqui mesmo, neste auditório, creio que já lá se vai quase uma década, eu tive a oportunidade de assinalar, como tenho assinalado repetidamente, que a evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil é um exemplo raro, no seu tempo, de gradativo acoplamento dos dois sistemas de fiscalização da constitucionalidade elaborados pelo direito comparado: o do sistema americano, difuso, incidente, de eficácia relativa, e do sistema austríaco, concentrado, abstrato, direito com eficácia **erga omnes**.

Em 1891, sabidamente, com a Federação e a República, importamos do constitucionalismo americano o **judicial review**, sistema di-

fuso de controle de constitucionalidade das leis, racionalizado pelo gênio de RUI BARBOSA. Mas a falta do **stare decisis** ou de outros instrumentos técnicos de outorga da eficácia universal e da força vinculante das decisões, na verdade, levou a prática do sistema americano entre nós, como ocorreu na Argentina, como ocorre no Japão de hoje, a resultados absolutamente pífios, a resultados absolutamente insignificantes.

A história relevante do Supremo Tribunal na Primeira República, não se faz no controle da constitucionalidade, faz-se na proteção de direitos individuais sobretudo pela expansão do **habeas corpus** à proteção de direitos civis de toda espécie, donde, em 1934, a construção de KELSEN ter estado freqüente nas discussões da Constituinte. É curioso, aliás, para testar-lhe o prestígio na época no pensamento jurídico brasileiro, que tenha Kelsen não só estado presente por sua obra teórica e por sua construção constituinte na Áustria, mas também como autor de um parecer sobre limites dos poderes da Assembléia Constituinte, solicitado por uma das correntes da Assembléia de 34.

Mas o que importa assinalar é que a Constituição de 34 vai trazer, ainda que tímidos, os primeiros passos no sentido da aproximação do nosso sistema americano puro, e que se mantém, com o modelo europeu - então, é certo, em recesso na Europa pela ascensão do nazi-fascismo, ambos os passos, com nítida marca kelseniana.

A primeira delas é a tentativa de suprir a falta de eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal no controle difuso de inconstitucionalidade por uma solução, que eu mesmo já o disse, muitos ainda o repetem, que se pretenderia original, a de, por respeito à mística de separação dos poderes, entregar, uma vez proferida a decisão definitiva do Judiciário declaratória da inconstitucionalidade das leis, ao Senado Federal o poder de dar àquela decisão de eficácia restrita às partes um efeito universal.

A solução está, com todas as letras, em KELSEN, numa das hipóteses de superação das contradições e, ao mesmo tempo, das objeções fundadas pela teoria da separação dos poderes ao controle da constitucionalidade. Está, em todas as letras, no célebre ensaio de KELSEN - embora descartada pela impossibilidade natural de impor sanções à omissão do órgão legislativo - está integrada no ensaio de 1928 ao Instituto Internacional do Direitos Públicos, lamentavelmente um texto fundamental para a compreensão desta primeira fase de elaboração teórica do modelo europeu de controle da constitucionalidade das leis, ainda não traduzida até hoje no Brasil.

O segundo passo de aproximação de 34 é, a um tempo, a primeira fórmula de controle direto de constitucionalidade da Lei no

Brasil, e a solução para o grande drama político-institucional da Primeira República: o da intervenção federal nos Estados por desrespeito aos princípios constitucionais, ao que a doutrina viria depois a chamar os princípios sensíveis da Constituição Federal.

KELSEN, uma vez mais, já dedicara ao tema a sua preocupação desde a elaboração da Constituição austríaca, aprofundada num ensaio magnífico sobre a teoria do federalismo e, especificamente, sobre a intervenção federal, por ele chamada de execução federal (creio que é de 1920 e poucos) onde mostra que a única forma de dar efetividade à paridade jurídica entre o ordenamento central, mas parcial, da União e os ordenamentos parciais descentralizados dos Estados-membros da sua original formulação da Teoria do Estado Federal, era transformar a execução federal, entre nós intervenção federal, na execução de uma sentença do Tribunal Constitucional, que acertasse, que verificasse a realidade, a existência da violação pelo Estado-membro de um dos princípios não da Constituição do ordenamento central, mas do que chamava a Constituição total do Estado Federal, sobreposta, a um tempo ao ordenamento federal central, e aos ordenamentos estaduais.

Ambas essas inovações e aproximações são, como sabem todos, mantidas em 1946, até o grande salto de 1965 que chega, assim, como quem não quer nada, no bojo de uma reforma justificada como descongestionamento da eterna crise do Supremo Tribunal Federal. E aquela representação interventiva, que vinha em 34, e, com sentido inverso, é mantida em 46, e que acabara por resolver, por um mecanismo de controle da constitucionalidade, o drama das intervenções federais. Essa representação rompe a sua vinculação de origem com o processo de intervenção federal, e se converte num verdadeiro sistema de controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis, mediante representação do Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal, já aí, não com relação apenas às leis estaduais eventualmente lesivas aos princípios sensíveis, mas às leis federais ou estaduais contrárias a qualquer norma ou princípio da Constituição.

Era a experiência inédita de convivência integral, num mesmo ordenamento jurídico, dos dois sistemas, convertido o Supremo Tribunal, a um só tempo, em órgão privativo, exclusivo, do controle direto e abstrato da constitucionalidade e em órgão de cúpula do sistema de molde americano de controle difuso e incidente. Nada mais que o transplante da construção kelseniana de 1920 com uma peculiaridade: a outorga, em caráter exclusivo, da legitimação ativa à provocação do controle abstrato ao chefe do Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, o que trai uma outra sugestão do texto kelseniano de 1928.

Depois de recusar o alvitre da ação popular de inconstitucionalidade pela tendência que traria, inevitavelmente, à multiplicação de ações temerárias e a conseqüente inviabilização do Tribunal Constitucional, KELSEN considera uma proposta que deveria merecer a maior reflexão na eventual reforma do sistema austríaco: a da criação, junto à Corte Constitucional, de um defensor da Constituição, e o símile que busca para esse defensor é exatamente o do Ministério Público no processo penal, na defesa objetiva da ordem jurídica.

Uma circunstância, no entanto, veio, ao contrário, a fazer condenada a fórmula de 1965: o Procurador-Geral da República mostrava-se um instrumento adequado à legitimação privativa na velha representação interventiva, enquanto representante judicial da União, a provocar um julgamento que era pressuposto da intervenção da União no Estado-membro, mas mostrou-se uma solução castradora na representação geral de inconstitucionalidade de 1965, por uma circunstância básica: a de viver, então, o Procurador-Geral da República o que - ao tomar posse do cargo - eu chamei de um dramático dilema institucional, o de ser, a um tempo, o chefe do Ministério Público, função a postular independência perante o poder político, e o chefe da Advocacia da União, a postular um íntimo laço de solidariedade com o Governo de cada momento.

Ainda aqui o fracasso, mas o fracasso não pode ser imputado a KELSEN. Quando sugere a adoção de algo similar ao Ministério Público no processo penal para defensor do interesse na defesa objetiva da ordem constitucional, KELSEN completa a sugestão: é claro que este titular deve estar cercado das mais amplas garantias possíveis de independência, seja perante o Governo, seja perante o Parlamento. Por isso o controle abstrato no período de 1965 a 1988, dada a legitimação ativa privativa do Procurador-Geral, funcionou, e funcionou com grande eficácia, não como uma defesa objetiva da ordem constitucional mas sim, como uma defesa da ordem constitucional, na medida do interesse da União contra os Estados e do Executivo contra os demais poderes, distorções a que o tom autoritário geral do regime deu dimensões de grande vulto.

Daí que, se, em 1965, fez-se a grande revolução técnica no mecanismo brasileiro de controle, chegando, depois de um processo gradativo que veio de 34 ao acoplamento, à convivência integral dos dois sistemas, só em 88 esta revolução técnica se converteu numa verdadeira revolução política na medida em que, de um lado a desvinculação do Procurador-Geral da República de suas funções de Chefe da Advocacia de Estado e de outro a amplitude do leque de legitimações ativas de modo a propiciar que o controle abstrato de constitucionalidade servisse como uma solução constitucional dos conflitos federativos, dos conflitos entre os poderes na esfera da União como

na dos Estados e de proteção de interesses da sociedade civil, através da legitimação conferida a instâncias, como as entidades nacionais de classe, a Ordem dos Advogados do Brasil, e os partidos políticos, e - o que KELSEN considerara fundamental - a abertura às minorias políticas do acesso ao controle da constitucionalidade que tem sido, talvez, a utilização mais freqüente, nos temas politicamente relevantes, da Ação Direta de Inconstitucionalidade, na medida em que se liberalizou, para muitos excessivamente, não para mim, a qualquer partido com representação no Congresso Nacional a possibilidade da propositura da Ação Direta.

Tenho assim que, independente da força descomunal da sua contribuição teórica a uma ciência do Direito liberta de mitos e sem outras pretensões do que ser um tratamento científico do Direito positivo, e nada mais que isso, sem prejuízo de todos os outros tratamentos metodológicos que possam ter o fenômeno social, ou filosófico, do Direito como tema, a contribuição de KELSEN ao constitucionalismo brasileiro, na construção de um mecanismo extremamente ambicioso, e cada vez mais efetivo de controle de constitucionalidade das leis, já faz do grande teórico austríaco alvo digno da homenagem de todos os juristas comprometidos com a construção do Estado Democrático de Direito.

Senhores, é mais do que hora de encerrar e, de minha parte, quero apenas reiterar o agradecimento e as escusas com que iniciei. Agradecer não apenas a gentileza, a honra, a lisonja de ser chamado, já tão distante da especulação teórica, para este ciclo de estudos, mas também a oportunidade que me forçou, com prejuízo da hospitalidade do nosso SABOYA, de passar os últimos dias a reler alguns dos textos fundamentais do grande HANS KELSEN.

A escusa é que se foi bastante para ler, ainda que em diagonal, esses textos, e reviver tempos perdidos de pretensões, de especulações teóricas de maior vulto, não foi bastante para converter esta leitura numa exposição articulada digna deste auditório e do ciclo em que se insere. Daí tenha resultado esta fala, sinceramente, desataviada na forma e um tanto ou quanto confusa na sua substância.

Mas, não obstante essas dificuldades que a angústia do tempo, com a azáfama da Presidência do Supremo em momento de crise, não permitiu contornar, não quis fugir ao compromisso, ao menos como oportunidade de testemunhar, uma vez mais, como fazia ao tempo em que Procurador-Geral da República nesta mesma sala, testemunhar o respeito que voto a esta Casa, à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, sem favor nenhum um dos corpos mais significativos do mundo jurídico brasileiro.

Muito obrigado.