TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: CONTORNOS EPISTEMOLÓGICOS*

CONSTITUTION THEORY: EPISTEMOLOGICAL FORM

José Luiz Borges Horta**

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente estudo sistematiza as idéias concernentes ao percurso epistemológico da Teoria da Constituição ao longo do século XX, disciplina que busca emancipação e autonomia dentro da construção acadêmico-científica do saber jurídico. Coteja-se sua gênese na perspectiva sociológica dos renomados e profícuos estudos de Carl Schimitt, que logo encontram posição diametralmente oposta no purismo normativista de Hans Kelsen, um em leitura constitucional demarcada pela realidade fática, o outro construindo uma disciplina meramente normativa. Tal divisão é, então, superada por Herman Heller, autor chave da Teoria da Constituição, e sintetizada de forma a demonstrar certa reciprocidade entre a existencialidade sociológica schmittiana e a normatividade jurídica kelseniana. Por fim, enriquecendo e projetando novos contornos aos embates acerca da disciplina, traz-se à baila a estruturação de uma Teoria *axiológica (ou filosófica)* da Constituição, mais afeta aos seus princípios e condizente com o Estado democrático de Direito.
Palavras-chave: Constitucionalismo do séc. XX — Epistemologia da Teoria da Constituição — embate Schmitt/Kelsen

Abstract: The present study systemizes the ideas concerning the epistemological journey of Constitution Theory along the 20Th century, discipline which seeks its emancipation and autonomy in the construction of the academic-scientific juridical knowledge. Its genesis is collated in the sociological perspective of the renowned and profitable studies of Carl Schimitt, which soon found opposition in Hans Kelsen´s normativism; the first through a constitutional reading demarcated by the factual reality, the other building a discipline merely normative. This division is, therefore, overcame by Herman Heller, key author of Constitution Theory, and synthesized in a way to demonstrate a reciprocity between Schmitt´s sociological existentiality and Kelsen´s legal normativity. At last, enriching and projecting new frames to the debate concerning this discipline, it is brought upon carpet the configuration of an *Axiological (Philosophical)* Constitution Theory, more acquainted with its principles and consonant with the *democratic* Rule of Law.
Key words: Constitutionalism from 20th century – Epistemology of Constitution Theory – Schmitt/Kelsen debate

"Quae justitiae opponatur virtutem nullam video in natura animalis ratione praediti"
Marcus Aurelius, *Meditações*, Livro Oito, XXXIX
[Na constituição do ser racional, não vejo nenhuma virtude que se oponha à justiça]

---

* O presente ensaio, publicado em terna gratidão aos mestres JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO e ALOIZIO GONZAGA DE ANDRADE ARAÚJO, teóricos mineiros do Estado e da Constituição, foi previamente utilizado como fonte de referência para a construção de capítulo sobre o constitucionalismo social em nossa tese HORTA, José Luiz Borges. Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002. Agradecemos ao gentil convite da Escola Superior de Direito Constitucional, honrados em concorrer para seus profícuos debates.
** Doutor em Filosofia do Direito e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG e colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Diretor da Revista Brasileira de Estudos Políticos.

1. Teoria da Constituição: Em Busca de Autonomia

A Teoria da Constituição, disciplina que tende a se emancipar no concerto do saber jurídico, está hoje em busca de seu *status* epistemológico de disciplina autônoma, como já escrevemos anteriormente[1], no contexto de significativo embate acerca dos contornos da disciplina[2].

De nossa parte, pensamos que o cânone que herdamos dos pensadores que construíram este novo campo de estudos permite a apreensão das perspectivas e contradições do constitucionalismo social. Em autores como Carl Schmitt, a disciplina era nada mais que uma Sociologia constitucional; já na tradição kelseniana, não poderia ser mais que uma teoria da norma constitucional. Finalmente, Herman Heller integraria as duas vertentes, propondo um conceito de constituição muito mais adequado à perfeita construção da disciplina, como veremos.

O presente ensaio deve ser compreendido como um contributo ao debate epistemológico em torno da Teoria da Constituição, e visa tão somente sistematizar idéias que, nestes anos, têm sido recorrentemente presentes em nossas indagações acerca do Estado, da constituição e do Direito, tomados como pontos de chegada da cultura e da civilização ocidental.

2. A Perspectiva da Teoria Sociológica da Constituição: Dos Dissensos ao Consenso

O grande esteio de uma leitura constitucional demarcada pela realidade fática, ansiosa pela ruptura com o formalismo jurídico, e antecipadora de uma boa parte das tensões presenciadas pelo século XX, é a rica advertência de Ferdinand Lassalle, apresentada já em 1863 as lideranças intelectuais e sindicais e posteriormente publicada[3]. Ali, o autor cunha a famosa hipótese da constituição como uma mera folha de papel, que tanto influenciaria os pensadores que, em especial na Alemanha, o seguiriam[4].

Referimo-nos à obra de três grandes pensadores germânicos, Carl Schmitt, Rudolf Smend e Karl Loewenstein, a qual, sem sombra de dúvidas, é tremendamente representativa de seu tempo, de suas angústias e dos grandes abalos do princípio do século[5].

Schmitt, a rigor com a obra *Verfassungslehre* (1928)[6] o grande proponente da disciplina, é sem dúvida um autor datado, imerso no totalitarismo do primeiro pós-guerra, ao qual emprestou sua capacidade intelectiva, participando destacadamente na construção de seu arcabouço teórico. Registra Ari Marcelo Solon:

"Qualquer que tenha sido a posição política de Schmitt, (a única certeza é que era um antiliberal, adversário da democracia parlamentar e portador de uma visão imperial das relações internacionais), ele não só é um grande teórico do direito, mas também um formulador de conceitos construídos com estilo literário arrebatador e cativante"[7].

Sua reflexão, densa e admirável, é permanentemente permeada pelos seus anseios autoritários de justificação do Estado-Força[8]. A identificação da soberania com a *decisão* no momento de absoluta exceção — "O soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção"[9] — traduz uma visão pragmática da política, lastreada numa soberania eminentemente fática, tomada "não [juridicamente ou estruturalmente] como monopólio da sanção ou dominação, mas como o monopólio da decisão"[10].

Cabral de Moncada, aliás, trabalha o conceito de político em Schimitt a partir do par de categorias amigo-inimigo, onde o político não é ético, como a política não é moral[11]. Tudo é, apenas, fato:

"A preocupação de Schmitt com objetividade do poder político coloca-o entre os juristas que, rejeitando o isolamento da ordem jurídica da realidade social, se concentram nas particularidades 'reais' do Estado"[12].

Por um lado, é patente que o autor escreve com os olhos postos na meta jurídica de esvaziar e enfraquecer a constituição-emblema do Estado *social* de Direito, a Constituição de Weimar de 1919, buscando não a inclusão das minorias, mas o seu absoluto aniquilamento dentro da capciosa urdidura da homogeneidade social; por outro, é inegável que o constitucionalismo social deve a Schmitt, e ao seu "afã polêmico e pendor radicalizante", a compreensão de diversas de suas características; recentemente, verifica-se uma renovação nos estudos schmittianos:

"A volta a Schmitt — se é isto o que vem ocorrendo — tem alguns aspectos metodológicos relevantes. Não cremos haver nela maiores conotações políticas, senão talvez em alguns casos. Ela vale, inclusive, como compensação diante do excesso de atenção dado, desde as décadas vinte e trinta (as mesmas em que surgem os primeiros escritos importantes de Schimitt), às teorias de que Kelsen e ao impenitente formalismo de sua 'escola' e seus aliados"[13].

Excessos, no entanto, são nítidos; Ernst Forsthoff, discípulo de Schimitt, considera:

"impossível conceber um 'Estado social de Direito'; [...] para ele, a inclusão do 'social' na definição do Estado de Direito supõe uma distorção inadmissível do ponto de vista jurídico"[14].

Já Rudolf Smend, que a ele resiste de pronto, publicando no mesmo ano de 1928 a sua *Verfassung und Verfassungsrecht*[15], por sua vez, é um autor de maior comprometimento com o Estado social de Direito, buscando soluções democráticas e profundamente preocupado com o risco da redução do indivíduo a objeto ou vítima do poder estatal. É perceptível que Smend escreve da trincheira oposta à de Schmitt, expressando significativa tentativa de resistência ao totalitarismo então em marcha.

Diferente é a contextualização de Loewenstein. Professor na América do Norte, ele recebe plúrimas influências em sua doutrina[16]. Em primeiríssimo lugar, é sem dúvida um autor da moderna politologia norte-americana; aliás, a primeira versão de sua obra é publicada no ano de 1956 em inglês, e nitidamente versando sobre a *Political Science*. Somente alguns anos depois (1959) é que Loewenstein resgataria a expressão consagrada por Schmitt, ao verter a obra para o alemão, preferindo intitulá-la *Verfassungslehre*[17]. Do ponto de vista ideológico, o mesmo Loewenstein que assiste ao alvorecer da Guerra Fria assiste à progressiva consolidação dos mecanismos de Direito Internacional; ocidental, opta inequivocamente pela tradição do Estado social de Direito, contrapondo ao autoritarismo o constitucionalismo. Democracia e constituição, em sua doutrina, são faces de uma mesma moeda. E a perfeita taxionomia dos sistemas políticos será ensejada através, sobretudo, da acurada análise do Poder e do número de seus detentores (daí, muitos visualizarem na essência de suas indagações a construção de uma Teoria do Poder).

Autores de compromissos políticos e ideológicos radicalmente distintos, Schmitt, Smend e Loewenstein possuem inúmeras diferenças em termos de Teoria do Estado: em variadas questões tomarão posturas discrepantes, tanto frente à teoria dos poderes e funções do estado, quanto à teoria da representação, aí incluídas as reflexões atinentes aos sistemas eleitorais e partidários.

Podem, contudo, ser reconhecidos como os fundadores da Teoria da

Constituição (ou, melhor diríamos, da Teoria *sociológica* da Constituição). E isto porque, apesar dos incontáveis dissensos, num ponto os três possuíam manifesto acordo: na concepção, inspirada em Lassalle, da Constituição como um *fato sociológico*. Vejamos:

* em Schmitt, temos a noção de *lebend Verfassung*[18], decisão conjunta de um povo politicamente unido e culturalmente homogêneo;

* em Smend, temos um Estado em contínua renovação, como num plebiscito de cada dia (a influência de Renan é ululante), efetivando uma dinâmica constitucional de integração norma-realidade;

* finalmente, em Loewenstein temos a busca do sentido real da Constituição, a rigor sintetizada na teoria do *sentimento constitucional* (*Verfassungsgefuhl*)[19].

Para tais autores, a posição epistemológica dos estudos de Teoria da Constituição não seria, portanto, controversa. Até por suas fortes inclinações sociológicas (no caso de Loewenstein, mais que patentes), ambos concebiam a Teoria da Constituição do ponto de vista sociológico, senão mesmo como uma *Sociologia Constitucional.*

3. Kelsen: Uma Teoria *Normativa* da Constituição?

Trata-se Hans Kelsen, entretanto, de um jurista de grande riqueza de pensamento[20] e grande impacto nas letras jurídicas brasileiras. Para José Alfredo de Oliveira Baracho,

"A Ciência do Direito e, particularmente, a Filosofia Jurídica tiveram em Hans Kelsen um dos mais importantes especuladores. A Teoria Pura do Direito é considerada a primeira grande sistematização do conhecimento jurídico"[21].

Distinta, sob notáveis aspectos, será a concepção da Teoria da Constituição em Hans Kelsen. É fato, como lembra Orlando Carvalho, que "o grande jurista de Viena conseguiu abalar os alicerces da ciência tradicional, obrigando os cultores da Teoria Geral do Estado à retomada de posições"[22]; entretanto, muitas vezes esta tomada de posições lhe foi, como não poderia deixar de ser, marcadamente desfavorável[23].

O sistema lógico entabulado pelo mestre de Viena contrapõe-se com grande nitidez às concepções dos sociologistas que antecedem e sucedem Kelsen. Com propriedade, anota Paulo Bonavides:

"Um dos traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, [...] conduzido às últimas conseqüências por Kelsen, [...] é abreviar as reflexões sobre a Constituição para reduzi-la a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos"[24].

Em Kelsen, se o Estado nada mais é que o sistema jurídico a ele pertinente (gerando o enorme equívoco de, assim como Schmitt propõe um Estado sem Direito, propor um Direito sem Estado), e a constituição, sobretudo o "escalão de direito mais elevado", ou a "norma que regula a produção"[25] de outras normas, construir uma Teoria da Constituição implica em construir uma disciplina meramente normativa, pura de fatos ou valores, aferrada ao ponto de vista da norma[26].

A limitada concepção de constituição de Kelsen, ainda que matizada na *Teoria Geral do Direito e do Estado* em relação à *Teoria Pura do Direito*, é uma evidente afronta à hoje universalizada e amplamente aceita *teoria material da constituição*[27], consagrada em Heller, que estrutura forte resistência ao formalismo kelseniano.

A propósito, na lição de Erich Kaufmann, integrada ao pensamento de Bonavides, registra-se com grande acuidade que o:

"formalismo normológico de Kelsen consiste numa fuga à realidade, [...] fuga para ver-se livre da acabrunhante e esma-

gadora variedade infinita que se acha contida na realidade"[28].

A seguí-lo imoderadamente, acatando sua Teoria *normativa* da Constituição, jamais sequer cogitaríamos daquele que José Afonso da Silva afirma ser o "drama das Constituições voltadas para o povo: cumprir-se e realizar-se, na prática, como se propõe nas normas"[29].

A contribuição de Kelsen[30], entretanto e como se verá, pode nos ser extremamente útil na configuração do constitucionalismo social, em especial em virtude de seu confronto com Schmitt:

"A polêmica Kelsen-Schmitt nos anos 30 em Colônia constitui um dos momentos decisivos da reação que o formalismo provoca na Alemanha, produzindo um divisor de águas na teoria do século XX"[31].

4. Da Polêmica Schmitt-Kelsen a Heller, Autor Síntese da Teoria da Constituição

A dualidade forma-matéria transparece de modo evidente na polêmica travada, na Colônia dos anos 30, entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, autores de evidentes divergências no tocante ao Estado de Direito:

"No começo do século vinte, o Estado de Direito (como realidade, como forma política) foi combatido por Carl Schimitt, que nele apontava um equívoco burguês, correlato da 'despolitização' do Estado e da idealização da lei. Paralelamente a expressão Estado-de-Direito (Rechtstaat) foi recusada por Kelsen como redundante, posto que ter conexão com direito é próprio de todo Estado, o Estado e o Direito vistos por um prisma jurídico-formal"[32].

No tocante à Constituição, reproduz-se a querela:

"Pela mesma época, alguns autores discutiram em termos novos o conceito de constituição, entre os quais Hans Kelsen, que lhe deu contudo um sentido extremamente jurídico-formal. Contra este sentido colocaram-se várias publicistas como Carl Schmitt, partidário de um conceito político de constituição, Hermann Heller, com um conceito integrativo, e outros"[33].

No entorno de tais debates, o constitucionalismo social produz um novo campo de enfoques, batizado, como vimos, por Schmitt: a Teoria da Constituição.

Sobre a polêmica, anota Nelson Saldanha:

"Como antípoda do de Kelsen, sobretudo na teoria constitucional, ficou o pensamento de Schimitt centrado sobre a idéia do Direito como ordem concreta e vinculada à política. O kelsenismo ficou como ponto de referência do formalismo, e o 'decisionismo' de Schimitt (denominação que ele próprio veio a rever) como marco do antiformalismo. Para ambos os casos, graus e variantes"[34].

Mário Quintão resume os pontos centrais de divergência:

"A concepção schimittiana, alicerçada no decisionismo, parte da premissa de que uma constituição é decisão conjunta de um povo sobre o modo de sua existência política, apresentando-se válida quando emana de um poder constituinte (no sentido de força ou autoridade) e estabelece-se por sua vontade.

Por sua vez, o normativismo, insculpido no Estado liberal de direito, determina que tudo é previsível e calculável, i. é, em situações de equilíbrio bastam as normas. A decisão consiste, então, no elemento fundamental da ordem jurídica, pois cria, mantém e aplica a norma"[35].

Em recente estudo, Ari Marcelo Solon analisa o legado dos dois contendores, numa perspectiva de síntese, aliás inspirada em Tércio Sampaio:

"A tese de uma convergência metodológica entre o elemento decisório e o normativo nos quadros da Teoria Geral do

Direito [...] é antecipada no Brasil pelos trabalhos de Tércio Sampaio Ferraz Jr."[36].

O embate pode ser flagrantemente identificado, *e.g.*, na divergência no entorno do *guardião da Constituição*: para Schmitt, o chefe de Estado; para Kelsen, o Tribunal Constitucional[37]. A perspectiva de Solon é, todavia, a busca de pontos de convergência entre os autores.

Nenhum autor traduziu melhor a profunda divisão entre o normativismo kelseniano e o decisionismo schmittiano que Herman Heller[38], autor síntese da Teoria da Constituição.

Inserido nas grandes polêmicas de seu tempo, Heller não desdourou do Estado Social, tendo sido, no comentário de Gisela Bester, "um dos poucos constitucionalistas que aceitou e defendeu a Constituição de Weimar"[39]. É nosso autor quem alerta os incautos:

"Quando se fala, e com razão, da crise atual da Teoria do Estado, não se deve ver nela um fenômeno de decadência, mas ao contrário"[40].

Segundo Baracho, Hermann Heller propõe um conceito dialético-plenário de poder constituinte:

"Heller procurou demonstrar a conexão indissolúvel entre o mundo real e o mundo cultural. A existencialidade, a normatividade e o poder constituinte não se acham, certamente, em oposição, mas condicionam se reciprocamente. Um poder constituinte que não esteja vinculado aos setores de decisiva influência para a estrutura de poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade e, por conseguinte, também não tem existência.

Essa metodologia de Heller marca as diferenças entre suas concepções e as de Hans Kelsen e Carl Schimitt"[41].

Ao definir a constituição, Heller vai considerá-la como uma realidade social, presente em toda sociedade política, e que, no Estado, possuirá três dimensões:

1. a constituição *não normada*, mas que, entretanto encontra-se normalizada (pelo próprio ambiente sócio-cultural, que condiciona a ação do homem de diversos pontos de vista, como o econômico, o histórico, o social);

2. a constituição *normada extrajuridicamente*, que inclui não somente as normas sociais de costume, moral, religião, como também os chamados princípios éticos, as únicas normas realmente conhecidas e vivas no espírito da comunidade;

3. a constituição *normada juridicamente*.

A constituição estatal, assim, é um soma de normalidade e normatividade (jurídica e extrajurídica), e não, como em Schmitt, manifesta normalidade, ou pura normatividade jurídica, como em Kelsen.

A preocupação de integrar normalidade e normatividade manifesta-se por inúmeras dualidades que Heller transcende: assim, a constituição possui a dimensão de efetividade que tanto estimulava Schmitt, mas também a de validade que Kelsen deificava; é ser, mas também dever-ser; é dinâmica, mas também estática; trafega no plano da existencialidade, mas também no da idealidade. Se há força normativa no normal fático, também há força normalizadora no normativo[42]:

"Toda criação de normas é, por isto e antes de tudo, uma tentativa de produzir, mediante uma normatividade criada conscientemente, uma normalidade da conduta com ela concorde"[43].

Em última análise, ao Estado sem Direito de Schmitt, e ao Direito sem Estado de Kelsen, Heller contrapõe um Estado com Direito — um Estado de Direito, na mais renovada tradição. Tanto Kelsen, com sua norma fundamental, desprovida de poder e válida logicamente, quanto Schmitt, com seu poder sem norma, carente de validade, desconhecem a dialética da

realidade estatal. Normatividade e existencialidade, assim, não são noções opostas, mas reciprocamente condicionadas.

Em lição que nos chega intacta, pontifica:

"A ciência interpretativa do Direito Constitucional não só pode como também deve formular, partindo da situação jurídica total, ao lado do conceito de Constituição formal, um conceito de Constituição material em sentido estrito"[44].

No mundo radicalizado política e juridicamente em que vivia[45], é preciso registrar que o próprio Heller vai posicionar-se como um cientista da realidade; daí, não poder falar numa Teoria geral do Estado, universal e atemporal, mas sim numa Teoria do Estado específica para a vida estatal que nos rodeia[46]. A nosso juízo, pensamos mesmo que Heller considerava-se quase um sociólogo do Estado, tal como seus predecessores anti-formalistas; sua obra, entretanto, de imenso impacto, na verdade contribuiu para compreender as verdadeiras dimensões do que o germanismo chamaria de *Staatswissenschaften*: as ciências do Estado. "Ciências" que devem estudar fenômenos como o Estado e a Constituição não somente como normas, mas também como fatos e ainda, como talvez veremos no presente século, valores.

5. Uma Leitura para a Teoria da Constituição

Construir uma disciplina, dando-lhe contornos epistemológicos claros, não é tarefa simples.

No caso específico da Teoria da Constituição, há autores que a consideram apenas como parte da Teoria geral do Estado, como lembra Baracho, referindo-se a Hans Nawiasky[47].

Para uma boa sistematização da disciplina, podemos nos inspirar não somente em Hermann Heller, mas também no fecundo tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale[48].

Numa leitura tridimensionalista, é fácil perceber que estudar Direito significa, ora estudar fatos, ora estudar valores, e (apenas) ora estudar normas.

Cada disciplina jurídica, se por um lado conterá análises das três dimensões, poderá tender naturalmente a valer-se majoritariamente de uma das perspectivas (ou, caso se prefira, de um dos métodos). Assim, poderíamos dividir as disciplinas jurídicas em disciplinas sociológicas, disciplinas filosóficas, e disciplinas dogmáticas. Tal divisão, por exemplo, dentre os estritos limites da área da Filosofia do Direito, é facilmente verificada: Sociologia Jurídica, Filosofia do Direito propriamente dita, e Teoria geral do Direito.

No caso específico da Teoria da Constituição, sem dúvida a questão reveste-se de alguma dificuldade de análise. Isto, porque a disciplina vem sendo historicamente construída como uma disciplina sociológica.

Lassalle, Schmitt, Smend e Loewenstein, como é notório, trabalham a Constituição como objeto *fático* de estudo, para o qual propõem, via de regra, um método de percepção que tranqüilamente pode ser considerado *sociológico*. Segundo podemos inferir das opções conceituais que ensejam em suas obras, ainda que a Teoria da Constituição possua intersecções das mais evidentes com a Teoria do Estado (à qual chegam a dedicar laudas e laudas de densas doutrinações), com a Ciência Política e com o Direito Constitucional Positivo, somente poderiam concebê-la a partir de um olhar que é marcadamente sociológico.

A gênese sociológica da Teoria da Constituição explica, ainda que não justifique, o influxo sociologista que contamina as indagações de alguns dos seus contemporâneos cultores. No passado, foram

Sociólogos do Direito Constitucional que apresentaram ao mundo jurídico a proposta da Teoria da Constituição como disciplina específica, autônoma frente à *Algemeine Staatslehre* de seus predecessores; nada mais natural que sua contribuição pudesse ser sintetizada na expressão Teoria *sociológica* da Constituição, onde teríamos o estudo dos sentidos formal e material da Constituição, da própria efetividade constitucional, além da meditação em torno da teoria do poder constituinte, tema central da disciplina[49].

Tal dimensão, contudo, não nos basta, como não passou despercebido ao rigor de Baracho. Seria preciso, ainda, tratar de inúmeros temas sob um ponto de vista estritamente normativo, como pretenderia Hans Kelsen. Assim, a uma por nós chamada Teoria *dogmática*[50] da Constituição caberia o denso filão de temáticas mais estritamente jurídicas, tais como: a tipologia das constituições, o poder constituinte de reforma da constituição formal, a fertilíssima teoria das normas constitucionais, e os temas referentes ao Direito Processual Constitucional (aí, incluído o controle de constitucionalidade).

Finalmente, talvez possamos antever uma Teoria *axiológica* (ou *filosófica*) da Constituição, afeta à sua principiologia, à teoria do constitucionalismo e aos complexos meandros da Hermenêutica constitucional[51], por certo inspirada na lição de Baracho:

"Uma Teoria da Constituição para o nosso tempo deve assentar-se no sistema de valores fundamentais da Constituição, partindo do pressuposto de que não são imutáveis"[52].

É imperativo que os teóricos da Constituição saibam dedicar-se ao perfil epistemológico da disciplina. A tantas indagações, oferecemos nossas reflexões, através deste ensaio, que esperamos possa ser recepcionado com a dimensão que possui: uma meditação sobre as verdadeiras e essenciais tarefas que a Teoria da Constituição, "disciplina de caráter propedêutico e introdutório aos estudos de Direito Constitucional (positivo ou comparado)"[53], tem a desempenhar no concerto das disciplinas jurídicas, especialmente no marco pós-positivista do Estado democrático de Direito[54].

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: UFMG,1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Aspectos da Teoria de Kelsen*. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, a. XXVII, n. 21 (nova fase), p. 09-50, maio 1979.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. *In*: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. (coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*; estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 267-305.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 47, p. 07-47, jul. 1978.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do constitucionalismo. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 23, n. 91, p. 5-62, jul. -set. 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *Princípios Constitucionais Brasileiros (ou de como o papel aceita tudo*). Themis, Curitiba, n. 07 (nova fase), p. 17-39, out. 1991.

BESTER, Gisela Maria. *A concepção de Constituição de Hermann Heller - integração normativa e sociológica - e sua possível contribuição à Teoria da Interpretação Constitucional*. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 36, p. 231-50, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
CABRAL DE MONCADA, L. *Do conceito e essência do político*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, n. 30, p. 7-37, jan. 1971.
CARVALHO, Orlando Magalhães. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: Kriterion, 1951.
CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria Discursiva da Constituição*. *O Sino do Samuel*, a. III, n. 23, p. 04, maio de 1997.
CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier, e PISIER-KOUCHNER, Éveline, *História das Idéias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.
FABRIZ, Daury César. *Por uma nova teorização constitucional*. *Depoimentos*, Vitória, Faculdades de Vitória, v. 4, n. 6, p. 9-34, jan. -jun. 2003.
HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Trad. Luis Tobío. 4. (reimp. argentina). Buenos Aires/México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
HORTA, José Luiz Borges. *Epistemologia e Vigor da Teoria do Estado*. *O Sino do Samuel*, a. III, n. 24, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, p. 10, junho de 1997.
HORTA, José Luiz Borges. *Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002. (Tese, Doutorado em Filosofia do Direito).
HORTA, José Luiz Borges. *Reflexões em torno da Democracia Filosófica em Hans Kelsen*. *Revista do Curso de Direito da Univale*, Governador Valadares, Univale, a. III, n. 6, p. 31-41, jul. -dez 2000.
HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stönner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.
LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitution*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder constituinte e a norma fundamental de Hans Kelsen. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 105, p. 109-28, jan. -mar. 1990.
PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria do Estado*; *o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitution*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
SALDANHA, Nelson Nogueira. *Hegel, Weber, Schmitt. A propósito de algumas publicações recentes. Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 84, p. 27-33, jan. 1997.
SALDANHA, Nelson Nogueira. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
SALDANHA, Nelson Nogueira. *O chamado "Estado Social"*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 62, p. 55-81, jan. 1986.
SALDANHA, Nelson Nogueira. *Teoria do Direito e Crítica Histórica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrrecht*. München und Leipzig: Duncker und Humboldt, 1928.
SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

NOTAS

[1] *Cf.* o nosso Epistemologia e Vigor da Teoria do Estado. *O Sino do Samuel*, a. III, n. 24, Belo

Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, p. 10, junho de 1997. Na Casa de Afonso Pena (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais), a Teoria da Constituição foi incluída já em 1990 como disciplina obrigatória no Bacharelado, e em 1997, como optativa, nos cursos de Mestrado e Doutorado. Em ambas, foi definidora a influência do brilho intelectual do constitucionalista e filósofo do Direito e do Estado José Alfredo de Oliveira Baracho. O mais seguro roteiro para ingresso nos meandros da Teoria da Constituição é o artigo de mesmo nome, originalmente publicado em *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 47, jul. 1978, p. 07-47, e posteriormente republicado na não menos significativa coletânea BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979. (O artigo, de grande densidade, é a base doutrinária do programa adotado para a disciplina nos Cursos de Pós-Graduação). Recentemente, o Baracho trouxe a lume nova versão, significativamente atualizada, de suas reflexões: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. *In*: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. (coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*; estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 267-305.

[2] Para uma percepção da polêmica do tema, sugerimos o provocante CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria Discursiva da Constituição. *O Sino do Samuel*, a. III, n. 23, p. 04, maio de 1997, posteriormente reestruturado como capítulo em CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

[3] LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stönner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

[4] E mesmo no Brasil. Aliás, o instigante BARROSO, Luís Roberto. Princípios Constitucionais Brasileiros (ou de como o papel aceita tudo). *Themis*, Curitiba, n. 07 (nova fase), p. 17-39, out. 1991.

[5] Daury César Fabriz, em recente texto, estuda os três autores como os configuradores da Teoria da Costituição como disciplina científica; *cf*. FABRIZ, Daury César. Por uma nova teorização constitucional. *Depoimentos*, Vitória, Faculdades de Vitória, v. 4, n. 6, p. 9-34, jan. -jun. 2003.

[6] SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitution*. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1927.

[7] SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 15.

[8] A feliz expressão é de CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier, PISIER-KOUCHNER, Éveline. *História das Idéias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1990, p. 236-69.

[9] SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*; vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 11, *apud* SOLON, *Teoria da Soberania*..., *cit*., p. 79.

[10] SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*; vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 19, *apud* SOLON, *Teoria da Soberania*..., *cit*., p. 90.

[11] CABRAL DE MONCADA, L. Do conceito e essência do político. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, n. 30, jan. 1971, p. 14-7.

[12] SOLON, *Teoria da Soberania*..., *cit*., p. 87.

[13] SALDANHA, Nelson Nogueira. *Hegel, Weber, Schmitt. A propósito de algumas publicações recentes. Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 84, jan. 1997, p. 31.

[14] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 225. [Perez Luño cita FORSTHOFF, Ernst. *Rechtstaat im Wandel*; verfassungsrechtliche abhandlungen 1954-1973. 2. ed. München: C. H. Beck, 1976, p. 65 *et. seq*.].

[15] SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrrecht*. München und Leipzig: Duncker und Humboldt, 1928.

[16] Inclusive de Hermann Heller, que o antecede cronologicamente.

[17] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitution*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

[18] Incorporada e muito aperfeiçoada pelos norte-americanos na doutrina da *living Constitution*.

[19] *Cf*. LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, *cit*., p. 200. *V*. HORTA, Raul Machado.

Direito Constitucional. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 99-100.

[20] *Cf*. AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: UFMG, 1984, p. 07.

[21] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Aspectos da Teoria de Kelsen. Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, a. XXVII, n. 21 (nova fase), p. 09.

[22] CARVALHO, Orlando Magalhães. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: Kriterion, 1951, p. 85.

[23] Elza Maria Miranda Afonso reproduz testemunho de Luís Recaséns Siches, segundo o qual, em visita ao México, em abril de 1960, Kelsen teria se assustado com a presença de um auditório lotado para ouví-lo. Foi advertido, entretanto, de que apenas um terço dos presentes concordava integralmente com sua ótica, enquanto um terço era radicalmente contra, e um terço, composto de discípulos críticos, concordava em parte, divergindo em parte. Teria o jurista, então, afirmado integrar este último grupo. [AFONSO, *O Positivismo*..., *cit.*, p. 269-70; Elza Miranda Afonso cita RECASÉNS SICHES, Luís. Balance de la Teoría Pura del Derecho. *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*, Mexico, UNAM, a. VII, n. 19, enero-abril 1974, p. 116]. O fato elucida uma leitura muito comum nos nossos dias: Kelsen teria evoluído significativamente, dos textos austríacos das décadas de 1920 e 1930 aos textos norte-americanos das décadas de 1940 e seguintes. Haveria, portanto, perceptíveis diferenças entre a *Allgemeine Staatslehre* de 1925, obra de grande impacto entre os filósofos germânicos do Estado, e a *General Theory of Law and State*, publicada em Berkeley em 1945, e já ela "bafejada" pela convivência de Kelsen com o sistema jurídico do *Common Law*; do mesmo modo, os teóricos do Direito identificam sensíveis controvérsias entre a *Reine Rechtslehre* de 1934, no Brasil lida e relida como sua obra máxima (ainda que na versão de 1960), e a *Allgemeine Theorie der Normen*, publicada postumamente em 1979. [No caso, por exemplo, da norma fundamental, sugerimos as pertinentes indagações de MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder constituinte e a norma fundamental de Hans Kelsen*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 105, jan./mar. 1990, p. 121 *et. seq,* e ainda a enriquecedora polêmica entre Elza Miranda Afonso e Alexandre Travessoni, de que nos dá conta o próprio contendor: TRAVESSONI-GOMES, *O fundamento*..., *cit.*, p. 152-3]. Das obras traduzidas para o português, e de fácil acesso, *v*. as três últimas: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984; e KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

[24] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 148.

[25] KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, *cit.*, p. 310.

[26] A tese kelseniana, aí sintetizada, leva não sem justiça a alcunha de *Normativismo Jurídico*.

[27] Aliás, BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, *cit*., p. 147 *et. seq.*

[28] BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, *cit*., p. 150.

[29] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 733.

[30] Em outra perspectiva, tivemos a oportunidade de atentar para aspectos menos dogmáticos do kelsenianismo: HORTA, José Luiz Borges. *Reflexões em torno da Democracia Filosófica em Hans Kelsen. Revista do Curso de Direito da Univale*, Governador Valadares, Univale, a. III, n. 6, p. 31-41, jul.-dez 2000.

[31] BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, *cit*., p. 148.

[32] SALDANHA, Nelson Nogueira. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 94-5.

[33] SALDANHA, Nelson Nogueira. *O chamado "Estado Social"*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 62, jan. 1986, p 68-9.

[34] SALDANHA, Nelson Nogueira. *Teoria do Direito e Crítica Histórica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 126.

[35] QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria*

do Estado; *o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 266.

[36] SOLON, *Teoria da Soberania*..., *cit*., p.187. O cuidadoso estudo de Solon elucida aspectos relevantes da polêmica, tendo como fio condutor a temática da soberania; em especial, aspectos biobibliográficos sobre a contenda podem ser pesquisados às p. 101-53.

[37] SOLON, *Teoria da Soberania*..., *cit*., p. 106-8.

[38] Heller não só os compreendeu em seu verdadeiro sentido como, com sua obra *Staastslehre* (1934), por sinal inacabada e publicada postumamente, contribuiu para a decisiva superação de ambos. Conquanto exista tradução em língua portuguesa, utilizamos a versão em castelhano: HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Trad. Luis Tobío. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. Para o estudo da matéria, sugere-se o capítulo pertinente a *La constitución del estado*, p. 267-98.

[39] BESTER, Gisela Maria. *A concepção de Constituição de Hermann Heller - integração normativa e sociológica - e sua possível contribuição à Teoria da Interpretação Constitucional. Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 36, 1999, p. 238.

[40] HELLER, *Teoría del Estado*, *cit*., p. 46.

[41] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do constitucionalismo*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 23, n. 91, jul.-set. 1986, p. 24.

[42] HELLER, *Teoría del Estado*, *cit*., p. 270.

[43] HELLER, *Teoría del Estado*, *cit*., p. 277.

[44] HELLER, *Teoría del Estado*, *cit*., p. 295.

[45] Até sua morte no exílio em 1933.

[46] HELLER, *Teoría del Estado*, *cit*., p. 19.

[47] BARACHO, *Teoria da Constituição*, *op. cit.*, 1978, p. 27.

[48] Entre tantos trabalhos de imensa significação, destacamos a síntese sistemática Reale, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

[49] *Cf*. BARACHO, Teoria da Constituição, *op. cit.*, 1978, p. 16.

[50] Caso se prefira, uma Teoria *jurídica* da Constituição, ou uma Teoria *normativa* da Constituição.

[51] Neste sentido, encontraríamos uma Teoria *filosófica* da Constituição em PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

[52] BARACHO, *Teoria da Constituição*, *op. cit.*, 1978, p. 47.

[53] HORTA, José Luiz Borges. Epistemologia..., *loc. cit.*

[54] Sugerimos aos jovens acadêmicos de Direito que se façam inserir nos instigantes meandros da Teoria da Constituição pelas páginas memoráveis dos melhores manuais brasileiros da disciplina: os de Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, *cit*.) e Raul Machado Horta (*Direito Constitucional*, *cit*.).