

# Teoria da Constituição

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Minas Gerais.

## SUMÁRIO

- I — O problema conceitual da Teoria da Constituição
- II — Objeto da Teoria da Constituição
- III — Teoria da Constituição e Teoria do Direito Público
- IV — Teoria da Constituição e Teoria do Estado
- V — Teoria da Constituição e Direito Político
- VI — Teoria da Constituição e Ciência Política
- VII — Teoria da Constituição e Instituições Políticas
- VIII — Teoria da Constituição como dogmática geral do Direito Constitucional
- IX — Teoria da Constituição e Teoria Política
- X — Teoria da Constituição e Direito Constitucional Comparado
- XI — Elementos clássicos e elementos modernos na Teoria da Constituição

### I — O problema conceitual da Teoria da Constituição

A denominação de uma disciplina leva à investigação dos dados significativos de seus contornos, características e conteúdo, principalmente, quando ainda persistem dúvidas quanto à delimitação de seu próprio campo de pesquisa ou mesmo a aceitação definitiva de sua autonomia. Essas dificuldades são maiores quando não existe longa tradição para explicar todos os elementos que a individualizam.

A Teoria da Constituição como conjunto de estudos independentes é recente, apesar da antigüidade das reflexões sobre o conceito de Constituição terem surgido desde Aristóteles.

Durante muito tempo, as indagações a respeito da noção, fontes, classes e reforma da Constituição, dentro do campo do Direito comparado, com análises encontradas no Direito Constitucional Geral, como postulados para compreensão do Direito positivo de cada Estado, não chegavam a configurar o que hoje se denomina Teoria da Constituição.

Certos temas, que aparecem nos estudos que estamos realizando, sofreram influência dos princípios e instituições do jusnaturalismo liberal, sendo que foram básicos na arquitetura institucional estabelecida por essa ideologia.

Várias das questões estudadas através das doutrinas alemã, francesa e italiana, pela Teoria Geral do Estado, como ocorreu com Jellinek, Kelsen, Heller, Orlando, Dabin, Carré de Malberg, ou pelos autores de Direito Constitucional Geral, como Santi Romano, constituem averiguações que não podem ser abandonadas, quando existe a preocupação de resolver o problema conceitual da Teoria da Constituição ou mesmo a sua independência.

A problemática da Constituição do Estado que examina os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, o modo de sua criação e as relações mútuas, fixando o círculo de atuação dos mesmos, as declarações de direito, a separação de poderes, a soberania nacional, a representação política, as análises jurídicas da personalidade do Estado, os direitos públicos subjetivos, as funções do Estado estão próximas da definição do objeto que se pretende atingir, quando pretendemos aceitar a existência da Teoria da Constituição.

O alcance e a localização dos assuntos, como são colocados, dificultavam as possibilidades para uma Teoria da Constituição definida e autônoma (1).

Reconhece Pablo Lucas Verdú que o aparecimento da Teoria da Constituição com perfil próprio, da mesma maneira que sucedeu antes com a Teoria Geral do Estado, deve-se à doutrina alemã.

Duas obras são significativas na determinação da Teoria da Constituição: *Verfassungslehre*, de Carl Schmitt, e *Verfassung und Verfassungsrecht*, de Rudolf Smend (2).

Dentre os fatos que contribuíram para possibilitar a configuração da Teoria da Constituição, podemos consignar:

— a crise do formalismo jurídico e a preocupação de se chegar a um conceito substantivo de Constituição;

— o aparecimento dos regimes autoritários e totalitários, que atacaram o conceito demoliberal de Constituição e as instituições aí consagradas;

(1) G. Jellinek — V. E. Orlando, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milão, 1949, págs. 93/118; R. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, 1.ª ed., trad. de José León Depetre; Jean Dabin, *Doctrina general del Estado. Elementos de Filosofía Política*, Editorial Jus, México, 1946, trad. de Héctor González Uribe e Jesús Toral Moreno.

(2) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934; Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker und Humblot, München und Leipzig, 1928.

— o ponto culminante da Teoria do Estado com a doutrina de Kelsen e o aparecimento da posição de H. Heller;

— o período entre as duas grandes guerras mundiais, caracterizado pela quebra dos suportes sócio-políticos da democracia liberal e pelo ataque dos extremistas da esquerda e da direita à ideologia que a inspirava (3).

A Teoria da Constituição "schmittiana" mereceu detida análise de Pablo Lucas Verdú, que assinala as diversas facetas do seu autor. Schmitt é visto como pensador político e notável teórico constitucional, como demonstra a sua excelente "Teoria da Constituição" e sua análise da Constituição de Weimar.

Surge daí a grande polémica entre o formalismo e o decisionismo. O tema fundamental de Schmitt é a "decisão", cujo conceito o leva à crítica contra o Estado liberal e seus fundamentos. O normativismo descansa no entendimento de que tudo é previsível e calculável; em situações de equilíbrio bastam as normas. A decisão é o elemento essencial da ordem jurídica, cria a norma, a mantém e aplica. É a decisão um elemento novo, que não deriva de norma alguma. Serve para fornecer o conceito de Constituição, que é a decisão conjunta de um povo sobre o modo de sua existência política.

A Teoria da Constituição de Schmitt constitui profunda análise da estrutura e fundamentos filosóficos do Estado liberal de Direito, onde são apontados os defeitos do regime constitucional liberal.

Schmitt foi o exato analista da realidade constitucional da Europa, que, na condição de teórico do Direito positivo, aprofundou-se na situação constitucional da Alemanha (4).

A estrutura da obra de Carl Schmitt está assentada em quatro partes, todas elas voltadas para questões essenciais de uma Teoria da Constituição, apesar de não ser prudente afirmar que, dentro desse procedimento, iremos encontrar a resolução de todas as questões que lhe são pertinentes. Convém ressaltar, também, que dificilmente encontraremos nos dados levantados por Schmitt uma solução para o acolhimento de uma Teoria da Constituição, válida para todos os regimes e todas as épocas.

Tendo em vista essa obra clássica da Teoria da Constituição, levantaremos como indagações que são aí consideradas da maior relevância:

1 — os diversos conceitos de Constituição, Poder Constituinte e Legitimidade da Constituição, Reforma Constitucional;

2 — o elemento característico do Estado de Direito na Constituição moderna, direitos fundamentais, separação de poderes;

(3) Pablo Lucas Verdú, "Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político", *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, vol. 188, março/abril, 1973, págs. 5/6.

(4) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1972, págs. 85 a 87; idem, *Principios de Ciencia Política*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, 2.ª ed., págs. 111 e ss; idem, *Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político*, ob. cit., pág. 7; José Caamaño Martínez, *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, Porto Y Cia. Editores, Santiago de Compostela, 1950.

3 — o elemento político da Constituição moderna, doutrina da democracia, povo, sistema parlamentar;

4 — teoria constitucional da federação <sup>(5)</sup>.

No que toca à obra de Rudolf Smend, que abre caminho às soluções democráticas, percebem-se as análises dos aspectos sócio-políticos do ordenamento constitucional, dentro de uma Teoria da Constituição. Sem se apegar aos formalismos, não abandona os fundamentos do Estado de Direito, através da primazia da lei e do respeito aos direitos e liberdades. Esse autor, ao fixar a Teoria da integração (*Integrationslehre*), aplica, no campo da Teoria do Estado e do Direito constitucional, o método fenomenológico, inspirado em Theodor Litt <sup>(6)</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Teoria da Constituição apresenta-se com tendências demoliberais, com correções socializantes. As novas Constituições européias refletem o **Consensus** das forças democráticas, em um **minimum** constitucional, fixado através da limitação do poder, direitos econômicos e sociais e livre competição democrática.

Posteriormente as obras de Ferdinand A. Hermens, Herbert Krüger e Karl Loewenstein representam esta nova fase da Teoria da Constituição <sup>(7)</sup>.

Na obra clássica de Karl Loewenstein, **Teoria da Constituição (Verfassungslehre)**, como se denominou a edição ampliada alemã, de 1959, composta sobre a versão original norte-americana **Political power and the governmental process**, dentro de uma nova orientação metodológica, procurou esse autor dar uma visão crítico-realista das constituições, mostrando-as em seu real valor.

Salienta a perda de prestígio da Constituição escrita que, na primeira época do Estado Constitucional, gozava de grande respeito, além mesmo daquele necessário à racionalização do processo político.

O verdadeiro espírito que deve presidir a elaboração das medidas políticas, nem sempre é acatado pelos destinatários do poder, o que muitas vezes contribui para a crise de um sistema constitucional.

Os documentos constitucionais foram considerados na época de sua primeira aparição, como instrumentos eficazes para a ordenação do Estado. O constitucionalismo ocidental, na elaboração de seus primeiros ideólogos, forneceu elementos essenciais para o problema conceitual de uma Teoria da Constituição, mas nem sempre é fácil uma definição que fosse acatada por todos.

Karl Loewenstein realizou análise comparativa do valor da Constituição nos diferentes sistemas políticos e nos correspondentes tipos governamentais, nos termos da sistemática da Ciência Política americana, que ali é

(5) Carl Schmitt, **Teoría de la Constitución**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

(6) Pablo Lucas Verdú, **Lugar de la Teoría de la Constitución...**, ob. cit., pág. 7, *idem*, **Curso de Derecho Político**, vol. I, ob. cit., págs. 95/96.

(7) Pablo Lucas Verdú, **Lugar de la Teoría de la Constitución...**, ob. cit., pág. 8; *idem*, **Curso de Derecho Político**, vol. I, pág. 97.

conhecida como **Comparative Government**. Tal enfoque não desconheceu o caráter realista e pragmático da **Political Science**, nem o tratamento teórico-abstrato da essência e função da Constituição.

Entende que a Teoria da Constituição deve captar a essência e significação da Constituição, como ordenamento sistemático e unitário, tal como o faz a Teoria Geral do Estado, ocasião em que salienta a não existência de um ramo científico no ambiente cultural anglo-saxão e, em especial, no americano, para uma indagação dentro destes moldes. Conclui, finalmente, que não existe nenhuma matéria expositiva com este tipo de interesse teórico-científico, pelo que não ocorre nenhuma nomenclatura para designá-la.

Nenhum campo de investigação autônomo nos Estados Unidos corresponde ao conceito europeu da Teoria da Constituição. Da mesma maneira, entre os ramos que estudam a ordem política, nenhum deles poderia se comparar com o que na Europa se conhece como Teoria Geral do Estado, à qual estaria vinculada a Teoria da Constituição.

Justifica o autor que um livro dirigido ao leitor americano, sob o título **Constitutional Theory** ou **Theory of Constitutions**, seria inoportuno e equívoco.

Para uma edição alemã, sem qualquer contestação, poderia ser dado o título de **Teoria da Constituição**, que é o único realmente apropriado para um livro que se propõe como tarefa expor, sistematicamente, do ponto de vista unitário e ordenador, a essência da Constituição e a posição que adquire a ordem constitucional na dinâmica do processo político.

A Teoria da Constituição, conforme acentua Loewenstein, sofre necessariamente a influência da época em que é elaborada. Mostra que, quando Jellinek escreveu sua **Teoria geral do Estado**, obra mestra de profundo humanismo positivista, que não teve sucessor, recolheu dados das experiências políticas que havia transmitido o século XIX às sociedades européias. Havia naquela ocasião uma sociedade européia unitária, em que uma Teoria da Constituição, ainda que com preponderante orientação européia, podia ter valor universal, já que o centro do poder não havia sido transferido para a América e a Ásia.

Outras experiências e condicionamentos não podem ser esquecidos por uma Teoria da Constituição, para que esta não seja um vazio esqueleto normativo. Temas como partidos políticos, grupos de interesses, o papel do indivíduo frente ao Estado e ao domínio estatal não podem ser desprezados.

Não existe, assim, uma Teoria da Constituição eternamente válida, para que cada geração pudesse apenas interpretá-la. Diversos fatores podem afetar uma Teoria da Constituição, principalmente, tendo em conta os acontecimentos recentes:

“Este carácter de la época — o es una enfermedad de la época? — no puede dejar de afectar a una Teoría de la Constitución escrita en la mitad del siglo XX, en comparación, por ejemplo, con el optimismo del siglo pasado originado por la creencia en la Razón y en el Progreso. Una Teoría de la Constitución en nuestros días,

al principio de la era atómica, probablemente no estará menos anticuada en el año 2000, que en la actualidad un intento de este tipo emprendido al principio del siglo XIX" (8).

A obra de Loewenstein, além de examinar agudamente temas como processo político e controles do poder político, tendo em conta a mudança fundamental que sofreu a Constituição escrita na realidade sócio-política, apresenta nova classificação das mesmas, dentro de uma perspectiva "ontológica", que se afasta das discriminações formais.

## II — Objeto da Teoria da Constituição

Determinar o objeto específico da Teoria da Constituição não é fácil, desde que vários são os fatores que podem influenciar na sua delimitação.

Através do exame das idéias constitucionais vamos encontrar preocupações com o conceito de Constituição, que se apresenta sob diversos significados, como sendo o tema preliminar das preocupações próprias da Teoria da Constituição (9).

Em famosa conferência, que teve o título **Que é uma Constituição**, Ferdinand Lasalle dizia que existem forças ativas que influenciam em todas as leis do Estado e as obrigam a ser necessariamente como são. Esses fatores reais levam à distinção entre constituição real efetiva e constituição escrita. Autêntica constituição é a primeira, sendo que a escrita deve corresponder à real. Trata-se de análise sociológica da Constituição.

Carl Schmitt sustenta que a essência da Constituição é ser o conjunto de decisões políticas fundamentais do poder constituinte. Referindo-se à Constituição de Weimar, assinala que ela constitui: **a)** a decisão em favor da democracia; **b)** a decisão em favor de uma estrutura de forma federal; **c)** a decisão em favor de direitos fundamentais; **d)** a decisão em favor da divisão de poderes.

As decisões do constituinte, que refletem a realidade política do povo, constituem a essência da Constituição.

Heller, que faz referência ao pronunciamento de Lasalle, **Über Verfassungswesen**, de 1862, afirma que a Constituição permanece através da mudança de tempos e pessoas, graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana, que com ela concorda. Cabe distinguir em toda Constituição estatal, e como conteúdos parciais da Constituição política total, a Constituição não normada e a normada e, dentro desta, a normada extrajudicialmente e a que o é juridicamente. A Constituição normada pelo direito conscientemente estabelecido e assegurado é a Constituição organizada (10).

(8) Karl Loewenstein, **Teoría de la Constitución**, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, 2.ª ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, págs. 7/10.

(9) Agustín Pérez Carrillo, **Aspectos sobre la Teoría Constitucional**, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXII, janeiro-junho, 1972, n.º 85-86, pág. 199.

(10) Hermann Heller, **Teoría del Estado**, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, 3.ª ed. esp., trad. de Luis Tobío, págs. 268/269.

Loewenstein coloca como tema central das constituições os detentores do poder e os súditos, pelo que a história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político das limitações ao poder absoluto exercido por aqueles.

É tarefa da ciência explicar e procurar o objeto próprio de conhecimento que, conforme podemos observar, no que toca à Teoria da Constituição, teremos de procurar em estudos afins, principalmente, quando não se falava em sua independência.

Kelsen, ao focalizar as questões relativas ao conceito de Constituição, de acordo com a teoria pura do direito, apresenta vários significados:

a) Constituição, no sentido material, compreende o conjunto de normas que regulam a criação dos preceitos jurídicos gerais e prescrevem o processo que deve ser seguido em sua elaboração. Refere-se, também, ao conteúdo das leis futuras;

b) Constituição, no sentido amplo, compreende as normas que estabelecem as relações dos súditos com o poder estatal;

c) Constituição, em sentido formal, constitui o conjunto de normas jurídicas que só podem ser modificadas mediante a observância de prescrições especiais, que têm o objetivo de dificultar a modificação destas normas;

d) Constituição, em teoria política, designa as normas que regulam a criação e a competência dos órgãos legislativos, executivos e judiciários <sup>(11)</sup>.

A variedade dos conceitos de Constituição tem levado a que certos autores proponham a apresentação de tipologias, que se caracterizam por certos elementos que lhe dão formas peculiares e refletem a tendência predominante na época de sua elaboração. O esforço para apresentar uma tipologia constitucional, sistematizando em uma equipe de conceitos-tipos, visa examinar a pluralidade de juízos, elementos, dados e relações que apresentam a fenomenologia constitucional, em seus aspectos primários e fundamentais <sup>(12)</sup>.

Vanossi expõe que os temas “Poder constituinte” e “Reforma da Constituição” conduzem ao duplo terreno da teoria constitucional e do Direito Constitucional positivo, com a perspectiva de chegar em primeiro plano às fontes metodológicas que nos proporciona a teoria geral, pois o poder constituinte pertence também ao tema da criação do direito, que, por sua vez, nos leva às relações entre Direito e Estado.

(11) Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1950, trad. de Eduardo García Maynez, págs. 128 e ss; *idem*, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1951, trad. de Luiz Legaz Lacambra, págs. 325 e ss; *idem*, *Théorie pure du Droit*, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, págs. 122/4.

(12) Cesar Enrique Romero, *Introducción al Derecho Constitucional*, Victor P. de Zavalia — Editor, Buenos Aires, 1973, págs. 61 e ss.; Jorge A. Aja Espril e Jorge Alberto Loricar, *Leciones de Derecho Constitucional — Teoría Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1971, págs. 158 e ss.

A importância que dá ao poder constituinte, aspecto essencial do tema deste estudo, é vista quando sugere o nome de Teoria Constituinte, para, ao mesmo tempo, dizer sobre a tipologia dos conceitos de poder constituinte, baseada no material fornecido por autores e doutrinas que trataram do tema.

Este poder, como tema central da Teoria da Constituição, é examinado dentro de amplas perspectivas, de conformidade com os ângulos apresentados pelas possibilidades conceituais que lhe dão aqueles que examinaram o assunto. A necessidade de formular uma tipologia dos conceitos de poder constituinte comprova que a Teoria da Constituição utiliza a expressão em várias direções, com posições ideológicas definidas. Visa sistematizar as diferentes maneiras de compreender o poder constituinte, segundo o pensamento dos autores, escolas ou tendência jusfilosófica:

1) Conceito racional-ideal, que provém do momento histórico da difusão do constitucionalismo vigente à época da Revolução Francesa, cuja doutrina foi exposta por Emmanuel Sieyès. A Teoria do Poder Constituinte de Sieyès propunha o estabelecimento de uma Constituição baseada nos seguintes pontos capitais: declaração de direitos, forma escrita, governo representativo, separação entre Poder Legislativo e Executivo. Tornava-se necessária a convocação de uma Assembléia Nacional, representativa de toda a nação, com os poderes extraordinários, constituintes, para formular a nova Constituição.

A doutrina do poder constituinte coincide com o nascimento do Estado constitucional moderno. O autor de *Que'st-ce que le tiers État, Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer e Essai sur les privilèges* é tido como o iniciador da história constitucional européia e do processo do constitucionalismo moderno, com a fixação de três temas fundamentais: a doutrina do poder constituinte, a doutrina da representação política e a organização do controle da constitucionalidade das leis.

2) Conceito estrutural revolucionário de poder constituinte, apresenta-se como uma variante do racional-ideal, que tem relação com as idéias de Maurice Hauriou. Quando examina poder constituinte e operação constituinte, não está divorciado da exposição de Sieyès. A organização de uma operação constituinte, com um poder constituinte, que está acima dos poderes governamentais ordinários, vincula-se, também, a um procedimento especial de revisão, que dá à Constituição caráter rígido. A operação constituinte é a síntese do poder e do procedimento, sendo que o primeiro é que recebe o nome de poder constituinte, por ser o poder fundador. Para o entendimento de Hauriou, o poder constituinte é uma operação estrutural, que supõe um poder fundador e um procedimento de fundação.

3) Conceito existencial-decisionista, baseado em Carl Schmitt, cuja visão do mundo jurídico está animada pela reação contra o normativismo e o racionalismo, de modo que a idéia de criação jurídica estatal é dominada pela ação volitiva que passa a ser conhecida como "decisão política". No começo e no término do processo jurídico-político existe, para Schmitt, um elemento voluntarista, a decisão, que é o *fiat lux*, criador das normas e que



as acompanha em sua existência e aplicação. O decisionismo é a nota permanente da construção constitucional e jurídica desse autor.

O conceito que formula de poder constituinte é o resultante da concepção de Constituição positiva, que é a consequência de sua concepção geral da ordem jurídica. O poder constituinte é a vontade política, cuja força ou autoridade é capaz de adotar a decisão concreta sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando-se esta unidade política como um todo.

A explicação do poder constituinte nesta doutrina deve ser acompanhada da questão da revisão constitucional. Ao formular os conceitos derivados da Constituição, Carl Schmitt expõe o problema do que é "Ato Constituinte", que só pode referir-se a decisões políticas fundamentais. Dos conceitos derivados chega-se ao entendimento de que a "Reforma" não compreende o surgimento de uma nova Constituição, mas, apenas, a modificação das prescrições legal-constitucionais. Tendo em vista a existência da Constituição e sua validade, podem surgir as seguintes consequências:

a) destruição da Constituição, eliminação da lei fundamental e do poder constituinte em que se baseava;

b) supressão, mudança da Constituição, com a conservação do poder constituinte;

c) reforma, revisão do texto, mas de preceitos isolados, modificação das determinações legal-constitucionais;

d) quebra, violação a título excepcional de alguma ou várias prescrições legal-constitucionais, que permanecem inalteradas para o futuro;

e) suspensão, de uma ou várias prescrições legal-constitucionais, que são postas fora de vigor provisoriamente.

4) Conceito materialista, o marxismo-leninismo não se ocupou especificamente do poder constituinte, enquanto noção própria da ciência jurídica. Não existe uma teoria comunista do poder constituinte, que se mantém desatenta para com os problemas de uma Teoria da Constituição, desde que todas as suas variantes consideram os problemas constitucionais como questões de poder e não de direito.

Através do exame da teoria marxista-leninista do Estado, podemos buscar a concepção geral e sistemática da qual surgem implicações que possam fornecer dados para uma definição acerca do poder gerador do ordenamento constitucional do Estado.

5) Conceito dialético-plenário, deve-se a Hermann Heller a preocupação por uma reconstrução da Teoria do Estado, que iria refletir-se nos conceitos dominantes na Teoria da Constituição.

A idéia de poder constituinte em Heller está ligada ao seu conceito de Constituição, bem como à unidade científica do método empregado.

O poder constituinte é a vontade política, cujo poder e autoridade estão em condições de determinar a existência da unidade política em um todo.

As questões referentes à natureza e titularidade do poder constituinte levam, necessariamente, ao exame de seu relacionamento com os processos revolucionários e a reforma da Constituição.

A distinção entre tipos, classes ou etapas do poder constituinte aparece quando são assentados os problemas sobre as limitações do poder constituinte, daí que surgem referências a um poder constituinte originário e outro derivado, sendo que o primeiro tem a condição de genuíno e o outro de constituído ou instituído.

O originário atua no momento em que é dado à comunidade um ordenamento jurídico, ao passo que o derivado surgirá na ocasião em que for procedida a reforma constitucional.

O poder de reforma constitucional nasce da própria Constituição, quando esta prevê a maneira de ser modificada. As normas reguladoras da reforma constitucional devem compor a parte orgânica da Constituição, desde que seu conteúdo expressa a determinação de órgãos e procedimentos implicados com as cláusulas que aceitam as alterações possíveis.

Uma reforma constitucional produzida à margem das previsões normativas, do próprio ordenamento vigente, pode ocorrer através da transformação do poder constituinte reformador, que toma a forma de poder revolucionário, que se julga fora das limitações impostas pelo texto constitucional que encontrou.

Os limites do poder constituinte variam de conformidade com a posição da doutrina constitucional. Para os clássicos existe, no que toca ao poder "originário", total ilimitação, tanto formal quanto substancial, no que toca a procedimentos e conteúdos. Já no que toca ao "derivado" há limitações formais, isto é, procedimentais, bem como de conteúdo.

Além das limitações jurídicas, podem ocorrer as ideológicas e as estruturais.

O Direito positivo contém vários exemplos de limites ao poder constituinte de reforma, previstos no próprio ordenamento básico: limites autônomos, processuais e substanciais.

A titularidade e exercício do poder constituinte compõem a temática desse dado essencial para a fixação dos assuntos específicos de uma Teoria da Constituição, sendo que o posicionamento em frente à questão deve ser visto através dos autores básicos da matéria.

Vanossi coloca, na segunda parte da obra "Teoria Constitucional", dois temas fundamentais:

- a) supremacia constitucional;
- b) controle de constitucionalidade.

Considera-os aspectos essenciais, que decorrem do próprio "poder constituinte".

O enfoque da supremacia constitucional e do controle dependem da determinação do valor e função das normas constitucionais. Este autor, no primeiro tomo da "Teoria Constitucional", ocupou-se do estudo das normas constitucionais como normas de competência, daí que posteriormente veio a ocupar-se com a classificação, com o objetivo de precisar as diversas funções que elas cumprem na dinâmica constitucional.

Viamonte acentuou a necessidade de fixarmos o caráter hierárquico da Constituição, em relação às manifestações do poder público, através de normas legislativas, decisões judiciais e atos executivos.

A Teoria da Constituição coloca os dois temas, também, dentro de sua área de indagação, mas reconhece que não podem ser vistos dentro de uma sistematização que englobe as questões que lhe são pertinentes.

Vários são os critérios para a determinação das normas constitucionais, sendo que Vanossi as agrupa em normas de conduta e normas de organização, tendo em vista o destinatário imediato destas prescrições. Entretanto, surgem outras denominações como normas de competência, normas orgânicas, normas programáticas e normas interpretativas, sendo estas regras de interpretação dirigidas ao Poder Judiciário.

No relacionamento da matéria constitucional, propriamente dita, ocupam lugar de relevo os conteúdos existentes nas declarações, direitos e garantias:

a) declarações são decisões políticas fundamentais ou normas de organização, compostas por normas orgânicas, constitutivas e funcionais e por normas programáticas, diretivas e interpretativas;

b) garantias são as proibições endereçadas ao Estado, com a finalidade de impedir que este venha a ferir a atividade particular;

c) direitos são as afirmações da liberdade das pessoas, faculdade de fazer.

A função judicial adquire grande relevo na "Teoria da Constituição", especialmente quando se tem em conta o papel institucional das Cortes Supremas. Neste sentido, a jurisprudência constitucional passa a ser elemento fundamental de nossas preocupações.

A necessidade de um órgão independente foi percebida por Kelsen, como condição inerente à obrigatoriedade da Constituição. Em seu ensaio de 1928 sobre a Jurisdição Constitucional, afirmou: Uma Constituição na qual falta a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em seu sentido técnico.

A efetividade da garantia do controle depende das características do órgão encarregado da referida função, devendo ser completamente diferente e independente daquele que realizou o ato irregular. Pelo que sentimos dessas afirmativas, a jurisdição constitucional é tema fundamental da Teoria da Constituição.

Os estudos de aplicabilidade, eficácia e validade das normas constitucionais não são, também, indiferentes à Teoria da Constituição, quando esta dirige suas indagações para o sistema geral das normas jurídicas (13).

Encontramos a "Teoria da Constituição", ainda recentemente, como capítulo de tratado de Direito Constitucional, como ocorre com a obra de Marcelo Caetano, que examina temas específicos da disciplina, no caso de ser aceita a sua autonomia; conceito de Constituição, poder constituinte, inconstitucionalidade das leis e órgãos de fiscalização da constitucionalidade das leis, processo jurisdicional da declaração da inconstitucionalidade. Mas não ocorreu aí nesse trabalho qualquer preocupação em definir a independência da Teoria da Constituição (14).

Pelo levantamento do que será objeto específico de uma Teoria da Constituição, podemos perceber que existem elementos específicos capazes de garantir a sua autonomia, apesar da existência de temas comuns a outras disciplinas que tratam de assuntos paralelos. Para que possamos chegar a uma Teoria da Constituição, não é necessária a retirada destes temas de outras ciências, desde que muitas vezes são as perspectivas como são encaradas que lhe trazem as peculiaridades.

Podemos lembrar que o Estado, por exemplo, é objeto de conhecimento reflexivo de várias ciências ou disciplinas, sem que esta circunstância venha abalar a posição específica que tem dentro da Teoria Geral do Estado.

Na focalização dos temas acima levantados, podemos perceber que existe um critério peculiar à Teoria da Constituição, que passa a tomá-los, dentro de perspectiva e metodologia próprias. Convém lembrar, entretanto, que muitas das dificuldades virão da posição ideológica, que assume o interessado, no que toca aos conceitos básicos de uma Teoria da Constituição (15).

(13) Jorge Reinaldo A. Vanoosi, *Teoría constitucional. Teoría constituyente. Poder constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975; *idem*, *Teoría Constitucional. Supremacía y Control de Constitucionalidad*, Tomo II, ob. cit., 1976; Carlos Sanchez Viamonte, *Derecho Constitucional. Poder Constituyente*, Tomo I, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1945; *idem*, *El Constitucionalismo. Sus problemas*, Editorial Bibliográfico Argentina, Buenos Aires, 1957; Nelson de Sousa Sampalo, *O poder de reforma constitucional*, Livraria Progresso Editora, Bahia, 1954; Paulo Bonavides, *O poder constituinte*, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n.º 10, pp. 1-651, jun. 1977; Germán J. Bidart Campos, *Filosofía del Derecho Constitucional*, Edlar. Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1969; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Comparado. I — Poder constituinte*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1974; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968; Aricé Moscir Amaral Santos, "A natureza e titularidade do poder constituinte originário", *Justitia*, São Paulo, vol. 95, 4.º Trimestre de 1976; Hans Kelsen, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, Emecé Editores, S.A., Buenos Aires, 1957, trad. de Alfredo y Weiss; L. Grigorián e Y Dolgopólov, *Fundamentos del Derecho Estatal Soviético*, Editorial Progreso, Moscou, trad. de O. Razinkov e V. Mazurenko.

(14) Marcelo Caetano, *Direito Constitucional. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*, vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1977, págs. 391 e ss.

(15) Pablo Lucas Verdú, *Lugar de la Teoría de la Constitución...*, ob. cit., pág. 8; *idem*, *Curso de Derecho Político*, vol. I, pág. 97.

### III — Teoria da Constituição e Teoria do Direito Público

No prólogo da “Teoria da Constituição”, Carl Schmitt demonstra sua intenção de realizar um estudo sob a forma de sistema, salienta o objetivo de criar uma Teoria da Constituição, que estivesse localizada como um ramo especial da Teoria do Direito Público. Salienta que este importante e autônomo setor de estudos não havia sido objeto de cultivo, sendo que suas questões e assuntos foram discutidos esporádica e incidentalmente no Direito Político, com vários temas de Direito Público ou da Teoria Geral do Estado.

Mesmo na França, a Teoria da Constituição teve desenvolvimento tardio, através, principalmente, do surgimento, em 1835, de uma cátedra de Direito Constitucional em Paris, suprimida em 1851, chegando Boutmy a afirmar que o ramo mais importante do Direito Público estava abandonado.

Os estudos sobre a Constituição de Weimar levaram na Alemanha à formação de uma Teoria constitucional, sendo que as investigações de Direito Público e as publicações de Direito Político revelavam essa tendência, através do exame teórico-constitucional das questões jurídicas. A partir de 1919, surge a visão da Teoria constitucional como um território independente do Direito Público, que passa a ser tratado com autonomia. Apesar disso, a Teoria da Constituição constitui uma parte das lições sobre Teoria Geral do Estado e Política.

Para Schmitt, os **Comentários à Constituição de Weimar**, de Anschütz e de Giesse, com o **Direito Político do Reich e dos Estados**, de Stier-Somlo, que são trabalhos de visão geral, esclarecem questões para um sistema da Teoria Constitucional. Ao assinalar a importância de uma Teoria da Constituição, o publicista germânico parte para o estudo de uma Teoria da Constituição do Estado burguês de Direito, espécie de Estado que dominava na Europa e de que a Constituição de Weimar correspondia ao tipo principal, ao lado dos modelos clássicos das Constituições francesas.

O tipo de Weimar não deve ser tido como um dogma, pois está preso ao condicionamento histórico e à relatividade política. Por isso, a Teoria da Constituição deve mostrar que as fórmulas e conceitos tradicionais dependem, também, de situações anteriores.

A obra de Schmitt revela preocupações em definir o objeto da Teoria da Constituição. Tal cautela surge, inclusive, ao acentuar a dificuldade que ocorria com a Teoria Constitucional do Estado burguês de Direito, quando se pretende esclarecer a questão de como o elemento da Constituição, próprio desse tipo de Estado, encontra-se confundido com toda a Constituição.

Muitas das questões envolvidas pela Teoria da Constituição demandariam incursões em assuntos de uma Teoria da soberania, ou da Teoria das formas de Governo, que, por sua vez, estariam mais próximas à Teoria Geral do Estado.

Essas preocupações não podem ser afastadas, quando se pretende equacionar aquilo que é pertinente à Teoria da Constituição em seu sentido específico.

Na época em que escreveu, já estavam surgindo estudos para a elaboração de uma Teoria da Constituição, mas que demonstravam que ela surgia como um aspecto específico do Direito Político: “Las disertaciones de la Dieta de 1927 de los profesores alemanes de Derecho Político son citadas según el informe de A. Hensel en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, t. XIII, nueva serie, págs. 97 y siguientes, porque la publicación completa (cuaderno 4 de las publicaciones de la Unión alemana de Profesores de Derecho Político, ed W. de Gruyter), sólo aparece en diciembre de 1927. Durante la impresión han llegado a mi conocimiento los siguientes trabajos que, al menos, quiero citar aquí: Adolfo Merkl: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (en J. Springer); Walter Jellinek: *Verwaltungsrecht* (en J. Springer); O. Koellreutter, artículo “Staat”, en el *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, editado por Stier — Somlo y A. Elster; los artículos de G. Jèze: *L’entrée au service public* (*Revue du Droit Public*, XLIV); Carré de Malberg: *La Constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875*; Berthélemy: *Les lois constitutionnelles devant les juges* (*Revue Politique et Parlementaire*, CXXX, II/III) y W. Scheuner: *Über die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssystems* (*Archiv des öffentlichen Rechts*, XIII). Para enero de 1928 se anuncia una nueva edición del *Kommentar zur Reichsverfassung*, de Poetzsch-Heffter (en O. Liebmann); por desgracia, no era posible aportar aún la nueva obra de este destacado jurista. Además, está anunciado un libro de Rodolfo Smend sobre cuestiones de Teoría constitucional.”<sup>(16)</sup>

A publicística, através de livros de “Instituições de Direito Público”, não deu, ainda, uma categoria independente aos temas constitucionais, para que se possa falar em uma Teoria da Constituição, conforme podemos verificar nos autores italianos e franceses mais recentes.

Apesar da atenção dada à distinção entre constituição formal e material, ou à função constituinte e à função de revisão constitucional, não vamos encontrar nesses autores dados minuciosos para a matéria ora examinada: “La funzione costituyente pone la costituzione, cioè la legge fondamentale che regola le forze politiche, nel nuovo loro equilibrio ottenuto dopo un rivolgimento di valori, e che è quindi l’espressione di un regime”.

Este posicionamento não impede que, examinando os princípios gerais de direito público, certos doutrinadores coloquem as referências ao ordenamento jurídico constitucional no lugar que lhe é devido, ao mesmo tempo que apresentam dados para uma Teoria da Constituição<sup>(17)</sup>.

(16) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Prólogo, págs. XIX a XXIV.

(17) Paolo Barile, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, 1972, págs. 7 a 8 e 219 a 221; Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, 1969, vol. I, 8.ª ed., págs. 23 e ss.; Anton Luigi Checchini, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, 1969; L. Dubouis e G. Feiser, *Droit Public*, Dalloz, 1973, 3.ª ed.; Agustín Gordillo, *Princípios gerais de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, trad. de Marco Aurélio Greco, págs. 88 e ss.

#### IV — Teoria da Constituição e Teoria do Estado

Hans Nawiasky considera a Teoria da Constituição como parte da Teoria Geral do Estado <sup>(18)</sup>.

A distinção entre a Teoria do Estado e a Teoria da Constituição não está clara, mesmo na doutrina contemporânea.

Salienta Pablo Lucas Verdú que nem Schmitt nem Heller estabeleceram as diferenças entre os dois temas. Schmitt parte do estudo do conceito de Constituição para, em seguida, examinar o Estado burguês de Direito, o elemento político da Constituição moderna, para depois abranger a Teoria constitucional da Federação. Acrescenta que as indagações feitas, nessa obra, sobre a problemática da Teoria da Constituição não são suficientes.

Heller examina a Constituição no final de sua obra **Teoria do Estado**, vendo a Constituição política como realidade social, através de um dos mais lúcidos trabalhos sobre a matéria.

O reconhecimento da Constituição no sentido de uma ordenação e unidade planejadas do Estado, bem como outras afirmativas aí situadas, dão a Heller um lugar de destaque na Teoria da Constituição <sup>(19)</sup>.

No relacionamento que se procura fazer, a posição de Kelsen é fundamental, desde que a teoria geral do direito positivo consiste no estudo das normas jurídicas, seus elementos e interpretação, vista a ordem jurídica, na sua totalidade, como relação entre os diferentes ordenamentos jurídicos, que se assentam na unidade do direito <sup>(20)</sup>.

Pelo exame da maioria dos estudos de Teoria Geral do Estado, podemos notar que vários temas estão, intimamente, ligados à Teoria da Constituição, sendo que, apesar de não tratarem de maneira específica de Constituição, normalmente, irão contribuir para os levantamentos necessários à respectiva elaboração doutrinária.

Considerada como propedêutica ao Direito Constitucional, está destinada a servir de introdução ao Direito Público, e, de modo particular, àquele passo que lhe está intimamente ligado <sup>(21)</sup>.

No Brasil, desde a **Teoria do Estado**, de Eusébio de Queiroz Lima, estão situados levantamentos em torno de Constituição, sendo que a **Teoria Geral do Estado**, de Pinto Ferreira, é minuciosa ao abranger temas que são específicos de uma Teoria da Constituição.

Dalmo de Abreu Dallari, ao dar o título de Estado Constitucional a uma das partes de seu livro, fez levantamentos que interessam, também, ao nosso problema.

(18) Hans Nawiasky, **Teoría General del Derecho**, Ediciones Rialp S.A., Madrid, 1962, trad. da 2.ª ed. alemã, por José Zafra Valverde, pág. 69.

(19) Hermann Heller, **Teoria del Estado**, ob. cit., págs. 267 e ss.

(20) Hans Kelsen, **Teoría General del Derecho y del Estado**, ob. cit.; *idem*, **Teoría General del Estado**, ob. cit.

(21) Nelson de Sousa Sampaio, **Ideologia e Ciência Política**, Livraria Progresso Editora, Bahia, 1953, pág. 299; Arturo Enrique Sampay, **Introducción a la Teoría del Estado**, Ediciones Política, Buenos Aires, 1951, pág. 502.

Com o título de “Constitucionalismo e primeiras Constituições”, Nelson Saldanha, que revelou interesse pelo assunto em **O Estado Moderno e o Constitucionalismo**, através dos estudos que vem fazendo da Ciência do Direito, poderá contribuir para ampliar o debate em torno da Teoria da Constituição.

Mas é Pedro Salvetti Netto que veio colocar em seu **Curso de Ciência Política — Teoria do Estado**, um título dedicado à Teoria da Constituição, assim discriminado: Conceito, Constituição Social, Constituição Política, Preâmbulo da Constituição, Poder Constituinte, Conteúdo da Constituição, Controle da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Administrativos (22).

Conforme salienta Lourival Vilanova, “a teoria geral do Direito Constitucional é continuação da teoria individual e da teoria particular comparada”. O processo utilizado por Carré de Malberg permitiu que, partindo do Direito Constitucional francês, alcançasse o plano de uma Teoria Geral do Estado (23).

Como a Teoria Geral do Estado visa a exposição, com método dogmático, dos princípios de estrutura e de organização dos tipos de Estado, torna-se imprescindível aos estudos que tenham como finalidade a aceitação da existência de uma Teoria da Constituição (24).

Este relacionamento, necessário, pela procura de temas comuns e complementares, não irá impedir que se faça uma Teoria da Constituição, através de uma metodologia que possibilite distinguir o que lhe é peculiar e possa chegar até uma generalização sistemática e científica.

## V — Teoria da Constituição e Direito Político

A vinculação da Teoria da Constituição com o Direito Político, que aparece em muitas pesquisas recentes, pode ser encontrada em autores clássicos.

Adolfo Posada consigna Teoria das Constituições, quando promove o levantamento das noções que devem ser definidas no regime do Estado constitucional. Aceita que o fato de certos Estados se denominarem especial e expressamente constitucionais indica que a significação e o valor de uma Constituição supõem uma restrição ou especialização do conceito geral, que o termo pode demandar.

(22) Pedro Salvetti Netto, **Curso de Ciência Política**, vol. I — **Teoria do Estado**, Ed. T. J., São Paulo, 1977, 2.ª ed., págs. 275 e ss.; Eusébio de Queiroz Lima, **Teoria do Estado**, Distribuidora Récord Jurídica, Rio de Janeiro, 1957, 8.ª ed., págs. 259 a 280; Pinto Ferreira, **Teoria Geral do Estado**, Edição Saraiva, 1975, 3.ª ed., 1.º vol., págs. 395 e ss.; Dalmo de Abreu Dallari, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, Edição Saraiva, 1972, págs. 174 e ss.; Nelson Saldanha, **O Estado moderno e o constitucionalismo**, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1978; *idem*, **Legalismo e Ciência do Direito**, Editora Atlas S/A, São Paulo, 1977, 1.ª ed.

(23) Lourival Vilanova, **O problema do objeto da Teoria Geral do Estado**, Recife, 1953, págs. 35 e 36.

(24) Orlando M. Carvalho, **Caracterização da Teoria Geral do Estado**, Kriterion, Belo Horizonte, 1951, págs. 39 e 40.



Interpretando as Constituições, com o exame do significado de sua parte orgânica, precisa o seu valor jurídico, quando é tomado para completar a organização do Estado.

Adotando metodologia que deve ser aproveitada para as tendências atuais de fixação de uma Teoria da Constituição, passa a demonstrar as origens e difusão das constituições escritas.

Aceita a Constituição como expressão da forma jurídica do Estado, na ocasião em que vê o Direito constitucional como forma histórica do Direito Político <sup>(25)</sup>.

Luis Sanchez Agesta distingue duas partes importantes no seu Direito Político:

- Teoria do Estado e
- Teoria da Constituição.

Na Introdução à Teoria da Constituição, salienta que o conceito de Constituição é o índice mais expressivo das questões a que ela se propõe.

Ao definir a Teoria da Constituição como “direito fundamental da organização”, reconhece que cada um desses termos compreende certos problemas que dão lugar a uma parte específica da teoria constitucional:

— direito, dele derivam todos os problemas que afetam a natureza jurídica da ordem constitucional e as fontes que a geraram;

— fundamental, revela a primeira delimitação de seu âmbito, destacando aqueles elementos da ordem a que corresponde este caráter;

— organização, refere-se ao objeto desse direito, cuja finalidade é a de coordenar e estabelecer a ordem, através de elementos como: território, povo, poder e fim.

Realça que seu estudo não compreende uma ciência jurídica estrita, com apreensão dos conceitos de um conteúdo determinado.

Distingue entre a Teoria da Constituição e o Direito Político estrito ou constitucional, sendo que a este último é que corresponde o desenvolvimento concreto das instituições.

Na exposição dos temas escolhidos, apresenta o seguinte esquema:

*I — O Conceito de Constituição*

- 1 — A Constituição como Direito.
- 2 — A Constituição como Direito Fundamental.
- 3 — A Organização como conteúdo da Constituição <sup>(26)</sup>.

(25) Adolfo Posada, **Tratado de Derecho Político**, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, Tomo segundo, 5.ª ed., págs. 11 e ss.

(26) Luis Sanchez Agesta, **Derecho Político**, Librería Prieto, Granada, 1951, 4.ª ed., págs. 289 a 292; Ekkehart Stein, **Derecho Político**, Aguilar, Madrid, 1973, pág. XIX.

Bidart Campos coloca a Teoria da Constituição como parte do Direito Político, ocasião em que analisa os seguintes temas: o ordenamento constitucional do Estado, o constitucionalismo, conceito de Constituição, classificação de Constituição, dinâmica constitucional, natureza, classes e titulares do poder constituinte, soberania, reforma da Constituição, supremacia constitucional, rigidez constitucional, controle de constitucionalidade e emergências constitucionais (27).

Em *Introducción al Derecho Político*, Pablo Lucas Verdú se detém na apreciação da Teoria da Constituição de Smend que, no seu entender, é uma fecunda doutrina sobre o conceito de Constituição. Apesar da breve extensão de teoria de Smend, oferece base sólida para uma conceituação dinâmica.

A teoria da integração não é simplesmente um método científico, mas é um processo. Tem este processo especial legalidade vigente, tanto no Estado como em qualquer grupo social, sendo que a sua positivação jurídica está na Constituição. Em vista deste entendimento, uma Teoria da Constituição tem que ser, antes de tudo, uma teoria da integração. A Teoria do Estado e a Teoria da Constituição de Smend são concebidas dentro da metodologia das ciências do espírito e não de acordo com o método causal ou normativo.

Em vista da aplicação de Smend, da teoria da integração no campo da Teoria da Constituição, o conceito, a essência e o conteúdo da Constituição têm de ser obtidos da realidade do Estado. A Constituição é a ordem jurídica do Estado, da vida, na qual o Estado tem sua realidade vital, isto é, seu processo e integração. Entende, ainda, que a Constituição requer, para seu completo ajustamento, integrar-se na vida política.

A Teoria da Constituição de Smend é um estudo coerente e profundo sobre a dinâmica constitucional. Seu conceito profundamente dinâmico de Constituição, as observações sobre sua elasticidade, sobre a interpretação da Constituição e a *Verfassungswandlung*, levam a estas conclusões.

A Teoria do Estado e a Teoria da Constituição aparecem intimamente unidas, devido a conexão estabelecida pela *Integrationslehre* (28).

As referências feitas por Mário Justo Lopes à existência da Teoria da Constituição, quando diz que o conteúdo do Direito Político, como matéria incluída nos planos dos estudos jurídicos, varia de acordo com os programas, não levaram este autor a dar um título, com esta denominação, à matéria ora examinada. Tal orientação não impediu seu livro de ser rico em considerações de índole constitucional (29).

(27) German Jose Bidart Campos, *Derecho Político*, Aguilar, Buenos Aires, 1967, 2.ª ed., págs. 503 a 549.

(28) Pablo Lucas Verdú, *Introducción al Derecho Político*. J. Ma. Bosch, Editor, Barcelona, 1958, págs. 121 e ss.

(29) Mario Justo Lopez, *Manual de Derecho Político*, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1973, págs. 81 e 82; *idem*, *Introducción a los estudios políticos*, vol. 2, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1971, págs. 81 e ss.

A temática constitucional persiste nos diversos tratados de Direito Político, sem que seja a mesma vista da perspectiva de uma Teoria da Constituição, como podemos deparar nas obras de Faustino J. Legon ou C. Sanchez Viamonte <sup>(30)</sup>.

## VI — Teoria da Constituição e Ciência Política

A preocupação em se obter certa independência científica também sofre contestações, quando o assunto é relacionado com a Ciência Política.

Schmitt, Smend e Heller procuraram escapar do formalismo jurídico, mas ficaram ainda dentro dos limites da Teoria do Estado.

Pablo Lucas Verdú entende que à proporção que a Teoria da Constituição se preocupa em abandonar a simples exegese dos textos fundamentais e do positivismo jurídico, conseqüentemente, irá aproximar-se da Ciência Política. Para justificar este entendimento, arrola diversas circunstâncias:

— A queda das democracias liberais, crise dos sistemas parlamentares, o surgimento de novas categorias para substituir aquelas consagradas pela ordem constitucional liberal.

— O êxodo de vários professores germânicos como Loewenstein, Friedrich e Hermens, que fugindo do nacionalsocialismo, passam a ter maior contato com as tradições jurídico-políticas da doutrina norte-americana, mais atenta do que a continental européia, para com os fatores sócio-políticos, como: partidos, grupos de pressão e métodos empíricos.

— A aceitação por parte desses autores dos novos processos utilizados pela Ciência Política anglo-saxônica. Nesse sentido, os títulos de algumas obras, como a de Loewenstein (**Political power and the governmental process**, University of Chicago Press, 1957) e Ferdinand A. Hermens (**The representative Republic**, University of Notre Dame Press, 1958), que logo traduziram para o alemão com a denominação de **Verfassungslehre**, aplicando novos conceitos e técnicas às antigas ordens.

— Inovações que visaram revitalizar o Direito Constitucional em frente ao positivismo do século XIX apresentam as bases do processo político democrático e indicam novos caminhos <sup>(31)</sup>.

Esse enriquecimento do conteúdo sócio-político do Direito Constitucional fez reduzir o âmbito e funções da dogmática constitucional, à medida em que aumentam as considerações científico-políticas.

Na Itália houve maior resistência para com a influência da Ciência Política sobre os temas constitucionais, dada a predominância do método

(30) Faustino J. Legon, **Tratado de Derecho Político General**, Tomo II, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1961, págs. 319 e ss.; Carlos Sanchez Viamonte, **Manual de Derecho Político**, Editorial Bibliográfico, Argentina, Buenos Aires, 1959.

(31) Pablo Lucas Verdú, **Lugar de la Teoria de la Constitución...**, ob. cit., pág. 11.

técnico-jurídico. No entanto, muitos dos publicistas italianos não deixaram de examinar os fatores políticos:

- Mortati, com o conceito de Constituição em sentido material;
- Gueli e Chiarelli, nas considerações sobre regimes políticos;
- Crisafulli, com a teoria sobre “indirizzo politico” (32).

O relacionamento da Teoria da Constituição com a Ciência Política realizou proveitoso reexame do formalismo jurídico, mas impediu sua autonomia, ao mesmo tempo que colocou a dogmática constitucional abaixo do exame dos fatores sócio-políticos. Em muitos escritores surge uma grande sedução pela Ciência Política.

A consideração da Teoria da Constituição como Ciência Política presta considerável serviço ao exame da matéria. Vale lembrar, como Lucas Verdú, que resultado dessa orientação pode ser notado no desenvolvimento dos fatores reais do poder, assinalados por Ferdinand Lasalle em sua conferência sobre a essência da Constituição.

As forças políticas não devem estar ausentes das pesquisas sobre Teoria da Constituição, quando os partidos e grupos de pressão passam a ter grande importância na configuração do Estado Contemporâneo e passam a integrá-lo:

— A dogmática constitucional não pode desconhecer a presença ativa dos grupos políticos e sua influência no ordenamento fundamental. Em consequência, os conceitos e categorias recebidos do Direito Constitucional clássico devem adaptar-se às novas contingências.

— A progressiva constitucionalização dos partidos políticos, através de sua regulamentação legislativa, os grupos de pressão e o novo Direito Constitucional Econômico revelam a imagem do Direito Constitucional contemporâneo.

— Em alguns Estados, a ação de certas forças políticas, como nos regimes hispano-americanos, é tão drástica que rompe com a estabilidade e continuidade constitucionais.

— As pressões que exercem sobre as instituições e órgãos estatais podem refletir-se sobre o funcionamento do ordenamento jurídico.

— O desconhecimento pela dogmática jurídica das realidades políticas contemporâneas, que condicionam ou relativizam o ordenamento fundamental, fere o sentimento constitucional, dificultando a adesão dos cidadãos ao conteúdo da lei fundamental (33).

Andres Serra Rojas que tece observações sobre a Teoria da Constituição de Schmitt, em sua **Ciência Política**, conquanto coloque outras indagações

---

(32) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. I, ob. cit., págs. 112 e ss.; *idem*, *Lugar de la Teoría de la Constitución...*, ob. cit., pág. 12.

(33) Pablo Lucas Verdú, *Lugar de la Teoría de la Constitución...*, ob. cit., págs. 14/15; *idem*, *Principios de Ciencia Política*, Tomo II, ob. cit., págs. 200 e ss.

pertinentes à matéria, não chega a fazer considerações originais a respeito da Teoria da Constituição. Tal procedimento pode ser observado em Juan Ferrando Badia, quando percorre os princípios estruturais do Estado e as principais tipologias da Constituição <sup>(34)</sup>.

Entre nós, Ivo Dantas, em monografia de Ciência Política, deu destaque à Teoria do Poder e da Constituição, quando desenvolve assuntos como: Constituição, Controle do Poder; Poder Constituinte e Poder de Reforma; Supremacia Jurídica da Constituição; O Controle da Constitucionalidade das Leis. Trata-se de publicação que poderá ter importância para o estudo da Teoria da Constituição no nosso meio <sup>(35)</sup>.

## VII — Teoria da Constituição e Instituições Políticas

Os grupos humanos necessitam de um sistema de normas que, aceitas, passam a atuar no comportamento de seus membros; a este relacionamento está presa a noção de instituição.

A parte orgânica da Constituição está vinculada às instituições vigerantes no Estado, pelo que não podemos examiná-las de maneira a desprezar os fundamentos da Teoria da Constituição, desde que esta fornece elementos essenciais para estruturação do ordenamento jurídico estatal.

A doutrina francesa, através de Vedel, Duverger, Burdeau, Prelot e outros, registrou as novas tendências da publicística, mas passou a dar destaque especial a regimes políticos.

Na França, não houve uma preocupação intensa para com uma Teoria da Constituição substantiva, o que para Lucas Verdú constitui um paradoxo, pois, durante o século XIX, Sieyès, Constant e o italiano Pellegrino Rossi mostraram preocupações com o estudo dogmático da Constituição, pelo que podem ser considerados como precursores da Teoria da Constituição.

A reforma dos estudos jurídicos de 1954 modificou a denominação da disciplina para “Droit Constitutionnel et Institutions Politiques”, oportunidade em que os constitucionalistas franceses se aproximaram da Ciência Política.

O destaque dado pelos publicistas franceses às Instituições Políticas denota a influência ali exercida pela Ciência Política, chegando Vedel a dizer que a referida expressão não tinha como finalidade transformar-se em um curso de Ciência Política, aspirava aproximar os dois processos de estudo.

Noções pertinentes a uma Teoria da Constituição servem de indagações para o publicista, que como outros coloca como tônica de suas preocupações o exame dos regimes políticos. As referências sobre noções ligadas à Teoria

---

(34) Andres Serra Rojas, *Ciência Política*, Instituto Mexicano de Cultura, México, 1971, Tomo I, págs. 431 e ss.; Juan Ferrando Badia, *Estudios de Ciencia Política*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, págs. 562 e ss.

(35) Ivo Dantas, *Ciência Política, Teoria do Poder e da Constituição*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976.

do Estado são seguidas das vinculadas ao direito constitucional clássico e ao direito constitucional marxista.

As etapas do direito constitucional clássico, em André Hauriou; os modos de estabelecimento, modificação ou abolição das constituições, em R. Barraine; as instituições constituintes, e a teoria geral das instituições políticas, em Prélot; os elementos dos regimes políticos e o desenvolvimento do modelo democrático, em Duverger; a Teoria Geral das Constituições, em Burdeau, e as incursões constitucionais de Pierre Pactet fornecem dados importantes para o levantamento de uma Teoria da Constituição, apesar de não existir uma evidente preocupação com a sua definição ou mesmo com sua autonomia <sup>(36)</sup>.

### VIII — Teoria da Constituição como dogmática geral do Direito Constitucional

A colocação da Teoria da Constituição em um lugar específico, que tenha todos os seus contornos definidos, encontra diversas dificuldades, dada a atração que sobre ela exerce o Direito Constitucional geral, que a considera como capítulo introdutório, ou a decompõe através de diversos capítulos: conceito de Constituição, fontes, classes, rigidez constitucional.

No entendimento de Lucas Verdú, várias são as justificativas que podem ser arroladas, para aceitar-se a conclusão de que a Teoria da Constituição pode ser concebida como dogmática geral do Direito Constitucional:

— A compreensão do Direito Constitucional, setor normativo e institucional do Direito Político, requer o conhecimento de uma série de conceitos, categorias e postulados prévios.

— A dogmática constitucional identifica-se com a Teoria da Constituição, enquanto conjunto de conceitos, categorias e postulados, que são imprescindíveis ao conhecimento do Direito Constitucional.

— A dogmática constitucional tem influência não somente no âmbito do ordenamento concreto, mas atua, também, no campo do Direito constitucional comparado.

— A dogmática constitucional estabelece princípios e conceitos, que condicionam todo o âmbito jurídico particularmente do Direito Público, dado o caráter fundamental do Direito Constitucional.

(36) Georges Vedel, *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, Les Cours de Droit, Paris, 1958-1959, págs. 520 e ss.; *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Éditions Montchrestien, Paris, 1970, págs. 94 e ss.; Raymond Barraine, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972; Marcel Prélot, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1969, 5.<sup>a</sup> Ed.; Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1960; *idem*, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* 1 — *Les grands systèmes politiques*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973, 13.<sup>a</sup> ed.; Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, Tomo III, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, págs. 9 e ss.; Pierre Pactet, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Masson et Cie. Éditeurs, Paris, 1971, 2.<sup>a</sup> ed.

— A *dogmática constitucional*, à medida que configura a arquitetura e as linhas mestras do Direito Constitucional, colabora com ele para lhe dar amplitude e suportes jurídicos (normativo-institucional) <sup>(37)</sup>.

Tais conclusões não devem servir para vermos a Teoria da Constituição, enquanto dogmática geral do Direito Constitucional, a transformar-se em mera seção deste. Não deve ser tida como simples capítulo introdutório.

A Teoria da Constituição precisa da perspectiva dogmática, que está inserta no exame das fontes da Constituição, conteúdo normativo da Constituição, eficácia das normas programáticas, análise da rigidez constitucional, reforma da Constituição, interpretação das normas constitucionais.

Várias das questões indicadas por Lucas Verdú requerem o conhecimento de conceitos, categorias e teorias elaboradas por diversas escolas: o positivismo jurídico (alemão e francês), normativismo Kelseniano, método técnico jurídico da doutrina italiana contemporânea, cujos suportes básicos são diferentes daqueles utilizados pela Ciência Política.

Xifra Heras postula que o Direito Constitucional ocupa-se de três disciplinas: O Direito constitucional geral, o Direito constitucional particular e o Direito constitucional comparado.

Definindo o Direito constitucional geral, com base em Santi Romano, encara-o como a disciplina que delinea uma série de princípios, conceitos e instituições que surgem nos vários direitos positivos ou em grupos, para classificá-los e sistematizá-los em uma visão unitária.

Para Xifra Heras, a obra clássica desta matéria é a Teoria da Constituição, de Schmitt.

É clara a intenção do autor em aproximar o Direito constitucional geral de uma Teoria da Constituição. Apesar da semelhança dos temas, uma Teoria da Constituição não se efetiva dentro da perspectiva aí mostrada. Falta-lhe o caráter de generalidade próprio da Teoria da Constituição, bem como a sua maneira própria de encarar e selecionar os temas que lhe dão conteúdo específico <sup>(38)</sup>.

Nem todas as obras de Direito Constitucional que examinam os aspectos gerais deste ramo do Direito, nos capítulos dedicados a questões que são objeto da Teoria da Constituição, têm a preocupação de defini-la, ou mesmo de fazer referência expressa à sua existência. Convém lembrar que Pablo Lucas Verdú, no excelente prefácio sobre "Paolo Biscaretti di Ruffia e a ciência italiana de Direito Constitucional", não faz qualquer menção à Teoria da Constituição, apesar de ser hoje um dos autores que têm demonstrado maior interesse pelo tema <sup>(39)</sup>.

(37) Pablo Lucas Verdú, *Lugar de la Teoría de la Constitución...*, ob. cit., págs. 12/13.

(38) Jorge Xifra Heras, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1957, 2.ª ed., p. 99.

(39) Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1965, tradução de Pablo Lucas Verdú; German J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1968.

Afonso Arinos de Melo Franco, em trabalho a que deu a denominação de Direito Constitucional, colocou em seguida Teoria da Constituição.

Na Parte II, sob o título de Teoria da Constituição, mostra o constitucionalista brasileiro as tentativas em torno de definição de Constituição, para chegar à fase em que foi elaborada uma teoria jurídica, nos termos em que hoje é interpretada. Esta teoria jurídica da Constituição desenvolve-se a partir das Constituições escritas. Na tentativa de uma classificação jurídica da Constituição, parte este autor da afirmativa de que esta confunde-se com o estudo do regime constitucional. Este regime, quanto à sua matéria ou substância, corresponde a qualquer tipo de organização constitucional do Estado, que equivale à noção puramente material de Constituição. O jurista, de formação democrática, considera o regime constitucional, no sentido estrito, o que dota a Constituição de certos atributos gerais e permanentes. O poder do governante, neste sentido, deve ser juridicamente legítimo, na sua origem, e limitado, quanto ao seu exercício:

“Assim considerado o regime constitucional, a Constituição deve ser, antes de tudo, o instrumento jurídico que estabelece os processos de legitimação do poder e que limita a autoridade dos seus eventuais detentores.”

Após as normas superiores, a Constituição define as funções do Estado e dos órgãos da administração pública, fixa os direitos e garantias individuais. Ao mesmo tempo que relaciona outras incumbências que podem variar à proporção que o Estado amplia suas atividades e tarefas em setores como: economia, trabalho, educação, cultura, família, segurança interna e coexistência internacional.

Após considerar desta maneira o Regime Constitucional e a Teoria da Constituição, Afonso Arinos de Melo Franco conclui:

“Assim considerados o regime constitucional e a teoria da Constituição, concluiremos logicamente que esta sofre constante evolução, decorrente da ampliação e da variação inevitáveis das incumbências do Estado moderno. O campo da teoria constitucional é, assim, ilimitado e acompanha o progresso permanente do Estado.”

Dentro da fixação dos temas integrantes da presente exposição da Teoria da Constituição, este autor examina: o conceito e o fim da Constituição, o poder constituinte, classificação das constituições, a reforma constitucional e seus limites, os controles da Constituição (40).

Várias das observações aí encontradas são pertinentes à Teoria da Constituição, bem como a temática levantada. Mas, conforme temos observado, estão presentes, também, em outros estudos científicos relacionados com matéria constitucional. O que viria dar à Teoria da Constituição um

---

(40) Afonso Arinos de Melo Franco, *Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, págs. 103 a 141.



caráter peculiar, além do aspecto metodológico, seria a seleção de indagações que possam permitir a elaboração de uma sistematização da ordem jurídica fundamental do Estado.

## **IX — Teoria da Constituição e Teoria Política**

Nos estudos de Teoria Política vamos encontrar, também, temas que são específicos de uma Teoria da Constituição.

Luis Sanchez Agesta vê na atividade política a determinação de encaminhar, constituir, desenvolver, modificar e destruir uma “ordem” presente em certo grupo social. Essa ordem está expressa no Direito, em um Direito fundamental que organiza a vida política e formaliza juridicamente uma organização de poder e uma ordem social. Este Direito fundamental de organização está contido na Constituição.

Partindo desse posicionamento, passa a examinar os conceitos de Constituição, sua função, a natureza jurídica dessas normas, as fontes do Direito Constitucional, poder constituinte, classificações da Constituição, rigidez constitucional, constitucionalidade, a organização como conteúdo da Constituição, conteúdo da Constituição, temas esses que são encontrados em outras disciplinas que apresentam profundo relacionamento com a Teoria da Constituição (41).

## **X — Teoria da Constituição e Direito Constitucional Comparado**

Deve-se a Manuel Garcia-Pelayo a vinculação da Teoria da Constituição, expressamente, ao *Direito Constitucional Comparado*. Convém notar que a primeira parte da sua obra trata da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional.

Ao examinar as disciplinas jurídico-constitucionais, encara o Direito constitucional geral como uma espécie de teoria geral do Direito constitucional democrático-liberal, que se fez possível devido à sua extensão a todos os Estados civilizados e à unificação da imagem jurídica do mundo, expressa em uma espécie de Direito constitucional comum. Resultou da necessidade de uma teoria geral do Direito Constitucional. Procura estabelecer *categorias, conceitos e princípios, relativamente constantes ou comuns* a uma série de constituições que têm caracteres essenciais idênticos ou muito semelhantes. Este significado lhe parece ao dado à Teoria da Constituição de C. Schmitt.

Entretanto, a metodologia aplicada está equacionada em duas partes, a primeira que pode ser dita como de Direito Constitucional Geral (Teoria da Constituição e do Direito Constitucional), ao passo que a segunda compreende o Direito Constitucional Particular, que tem como finalidade o exame de alguns sistemas constitucionais.

---

(41) Luis Sanchez Agesta, *Princípios de Teoria Política*, Editora Nacional, Madrid, 1970, 3.<sup>a</sup> ed., págs. 289 a 367.

Dentro dos limites da Teoria da Constituição foram consignados temas que surgem em outros trabalhos: função, classificações, origem e formação do Direito Constitucional. Nos capítulos seguintes é que a matéria é pertinente à Teoria da Constituição: tipologia dos conceitos de Constituição, o Direito Constitucional clássico e sua crise, teorias modernas sobre Constituição, estrutura constitucional, estrutura constitucional do Estado democrático liberal, uniões de Estado e Estado Federal (42).

Luis Sanchez Agesta, ao focalizar o tema, mostra a possibilidade de se comparar os diversos sistemas jurídicos, para apreender-se o fundo comum das instituições. Este procedimento foi utilizado por Dicey que comparou as instituições políticas britânicas com aquelas do continente. Revela que aspirava, através da seleção de alguns tipos clássicos, a compreensão dos conceitos-chaves de uma Teoria Constitucional (43).

## XI — Elementos clássicos e elementos modernos na Teoria da Constituição

O "movimento constitucional" é definido por André Hauriou como aquele em que o povo se esforça em limitar o poder arbitrário que o dirige, reivindicando a liberdade política, isto é, o direito dos cidadãos em participar do governo, através de um regime em que as liberdades individuais sejam reconhecidas oficialmente, com a consagração de uma zona de autonomia própria a cada indivíduo.

Ao traçar as grandes etapas dessa evolução constitucional, Hauriou distingue dois momentos: o da antigüidade greco-romana e o período moderno, no fim do século XVIII.

O arrolamento dos elementos clássicos de uma Teoria da Constituição deve partir da origem do fenômeno constitucional na Grécia. Entretanto, os dados fundamentais para a sua localização e identificação serão definidos no movimento constitucional decorrente das revoluções ocorridas na Inglaterra, Estados Unidos e França.

Até a Primeira Grande Guerra, conseguimos deparar com o Direito constitucional clássico, consagrado através de determinadas instituições políticas.

O Direito constitucional clássico permitiu a elaboração dos temas essenciais da Teoria da Constituição, conforme podemos perceber através das doutrinas que serviram de base para a sua formulação. Percebe-se que várias das expressões utilizadas neste estudo foram tratadas pelos expositores do Direito constitucional clássico (44).

(42) Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de la Revista de Ocidente, Madrid, 1951, 2.ª ed., págs. 15 e ss. e 21.

(43) Luis Sanchez Agesta, *Derecho Constitucional Comparado*, Editora Nacional, Madrid, 1968, 3.ª ed., Introducción, pág. VII.

(44) André Hauriou, *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, Les cours de Droit, Paris, 1965-1966, págs. 333 e ss.; Georges Vedel, ob. cit., págs. 520 e ss.; *idem*, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, ob. cit.

A difusão do movimento constitucional colocou-o perante contextos ideológicos, econômicos e sociais diferentes daqueles em que teve origem, circunstâncias a que não poderia ficar indiferente a Teoria da Constituição.

Dizendo que a Teoria da Constituição tomou contornos mais definidos, principalmente entre as duas grandes guerras mundiais, Lucas Verdú, ao fixar seus precedentes, acentua:

— não se trata de estabelecer uma genealogia bastante antiga, para dignificar a matéria, que pode ser feita em qualquer setor jurídico;

— não será somente a antigüidade que lhe vai dar o prestígio e a sedimentação necessária para sua independência;

— a questão está assentada em certa continuidade na preocupação temática.

Benjamin Constant e Pellegrino Rossi mostraram a importância da Constituição e do Direito Constitucional e sua primazia a respeito de outros ramos jurídicos. Posição mantida até hoje na teoria e na **praxis** constitucionais.

A concepção corrente do Direito Constitucional — regulamentação das competências supremas do Estado, limitação do poder político, resguardo dos direitos individuais, típica do Estado liberal de Direito — é hoje a bandeira de uma mentalidade conservadora.

É necessário buscar um novo conceito de Constituição e de constitucionalismo, que salve os valores essenciais passados e compreenda a atualidade.

Sempre que o Direito Constitucional seja resguardo jurídico dos direitos humanos e técnica de limitação do poder, os reclamos da hora contemporânea exigem que o mesmo responda às cruciais demandas do homem de nosso tempo e seja, de modo especial, uma técnica da justiça. O Estado moderno — sem deixar de ser Estado de Direito — deve ser um Estado de Justiça.

A Teoria da Constituição, herdeira das conquistas do passado, deve ter em conta as exigências do nosso tempo, para não ficar como puro saber formalista.

As metas da política constitucional contemporânea indicam seu novo rumo e o local adequado que há de ocupar no Direito político: enquanto dogmática jurídico-política do Estado de Justiça.

A Teoria da Constituição não pode ficar presa aos seus elementos clássicos, pois, conforme mostra Washington Peluso Albino de Souza, ao ressaltar a ideologia adotada na ordem jurídica:

“Esta ideologia é definida em direito positivo, no Estado de Direito, pela Constituição vigente, em cada país de direito escrito, e nos

“princípios gerais” aceitos, na hipótese do direito consuetudinário. Por isso nos referimos à ideologia adotada, estabelecendo a diferença entre esta e o que se possa entender por ideologia como conjunto de idéias, de princípios ou de teorias, mesmo quando destinadas a explicar a organização social, a estrutura política e assim por diante.

De modo geral, nas Constituições modernas, boa parte dos elementos considerados como correspondentes a esta ideologia estão reunidos no capítulo da “Ordem Econômica e Social”, além daqueles que se localizam nos “Direitos Fundamentais” e na definição do regime político instituído” (45).

A Teoria da Constituição ampliou a sua temática, à proporção que a sua apresentação tradicional tornou-se insuficiente, com o crescimento da importância dada à ideologia econômica consignada nas Constituições.

Muitas das fórmulas clássicas não podem ficar indiferentes às profundas alterações da realidade constitucional.

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.

Diversos estudos que têm sido feitos demonstram as modificações que ocorrem no constitucionalismo contemporâneo. Floriano Corrêa Vaz da Silva, através de detidas pesquisas no Direito Constitucional Comparado, realizou excelente colocação dos problemas referentes aos direitos individuais e direitos sociais. Dentro desta ótica podemos confrontar um dos traços essenciais da Teoria da Constituição clássica, que colocou a tônica nos direitos políticos, com o tratamento diferente nas Constituições sociais, que surgiram a partir de 1917 e que passaram a realçar os direitos econômicos e sociais (46).

Das disposições constitucionais podemos tirar elementos para a formulação da Teoria da Constituição, ao mesmo tempo que ela pode fornecer orientação para uma estruturação constitucional.

Não é fácil relacionar todos os conceitos jurídicos que são necessários à formulação de uma Teoria da Constituição, sejam eles clássicos ou contemporâneos, para evitarmos o casuismo constitucional.

A tarefa que se pretende é determinar e sistematizar os conceitos básicos da Teoria da Constituição, sabendo-se de antemão que esta formulação não teria aceitação comum para todas as ideologias e regimes políticos.

---

(45) Washington Peluso Albino de Souza, **Primeiras linhas de Direito Econômico**, Fundação Brasileira de Direito Econômico, Série Manuais, n.º 1, Belo Horizonte, 1977, págs. 5 e 6.

(46) Floriano Corrêa Vaz da Silva, **Direito Constitucional do Trabalho**, Edições LTR, São Paulo, 1977.