

# A limitação do poder constituinte

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA  
Professor Titular da UERJ

Sendo inequívocos os fundamentos axiológicos da autoridade estatal, deve ser considerado que, em clássico opúsculo, (1) o combativo Abade SIEYÈS formulou a teoria do Poder Constituinte para, como ídimo representante da Nação, protegê-la contra as ambições da nobreza e do clero que, facilmente, poderiam influir no Legislativo ordinário. Afirmou SIEYÈS que, inexistindo Estado sem um código político, criando esse os poderes, não poderia ser instaurado por eles, sendo, todavia, elaboração de um poder *popular* que o antecedeu: o constituinte. É oportuno lembrar que o pensador, em seu projeto de Constituição, propôs um "jury constitutionnaire", para apreciar as queixas de atentados à Lei Magna — HERRAULT DE SEHELLES, que trabalhou no projeto da Constituição de 1793, lembrou, por sua vez, a necessidade de um "júri nacional", para apreciar atentados contra a liberdade feitos pelo Legislativo e pelo Executivo —, revelando não só influência da prática americana, sobre a declaração de inconstitucionalidade, visível mesmo, antes do famoso julgamento do caso *Marbury x Maddison*, em 1803, mercê dos julgamentos proferidos pelas Cortes de New Jersey (1780) e da Virgínia (1778), como antecedendo mesmo a instituição do Ombudsman, que seria consagrada pela Constituição sueca de 1809. Esse poder é sempre fundador, autônomo, incondicionado, permanente, unitário e indivisível, não podendo estar regulado, "por ningún orden jurídico preexistente", como doutrina RECASENS SICHES. Entretanto, não poderá livrar-se ele das influências sociais, a que normalmente está sujeito e que, na verdade, o explicam. M. G. FERREIRA FILHO (2) refere-se, mesmo, à opinião dos que pensam ser ele "uma força social, a ser estudada pela sociologia e não algo que deva ser estudado estritamente pelo direito".

Com toda pertinência gizou VERDROSS: (3) "on n'arrive pas à comprendre les faits sociaux si l'on ne pénètre les *pensées* qui sont à leur base", não se devendo olvidar o mandamento de OLIVER WENDELL HOLMES: "the life of the law is not logic, but experience".

(1) SIEYÈS — *Qu'est-ce que le Tier État?*

(2) M. G. FERREIRA FILHO — *O Poder Constituinte*, Bushatski, 1974, pág. 65. ARICÉ AMARAL SANTOS — *O Poder Constituinte*, Sug. Lit., 1980. PAULO BONAVIDES — *Direito Constitucional*, Forense, 1980, págs. 133 e segs. IVO DANTAS — *Poder Constituinte e Revolução*, Ed. Rio. J. A. OLIVEIRA BARACHO — "Teoria Geral do Poder Constituinte", in *Revista de Informação Legislativa* n. 74.

(3) VERDROSS — *Recueil de l'Académie de Droit International*, vol. 30:277.

O Poder Constituinte, indubitavelmente, surgiu como um bastião da rigidez constitucional, contra os possíveis abusos do Poder Constituído, e, “como sua consequência, surgiram as Constituições rígidas”, como se lê em ALBERTO AMERICANO (4). Pode ser ele *originário e instituído*, traçando limites ao Poder Legislativo. O segundo, como recorda ANA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ (5), “recebe outras denominações: derivado, remanescente, Poder Constituinte de segundo grau ou Poder Constituinte constituído”, vendo M. G. FERREIRA FILHO (ob. cit., pág. 134) duas espécies desse último: o Poder Constituinte de Revisão e o Poder Constituinte Decorrente (que é o das unidades federativas e que comporta o segundo grau, quando revê o texto). Não só o poder constituinte instituído (seja ele de revisão ou dos Estados-Membros, nas federações), que não deixa de ser um “Poder Constituinte Complementar”, sofre limitações materiais e temporais (a extensão da revisão foi debatida, principalmente, na França, desde 1875, optando-se desde 1879, por sua limitação), como exaustivamente demonstrou NELSON SAMPAIO (6), como o próprio poder originário não mais é absoluto, porque não pode compreender a paz, nem vulnerar os direitos humanos. Como prelecionam MESSINEO, LAPRADELLE e DABIN, o Poder Constituinte encontra intransponíveis limites nos direitos originários da pessoa. Monistas, aceitamos a predominância da ordem internacional sobre a ordem interna e que o direito das gentes é que atribui competência aos Estados, como pensam KUNZ e VERDROSS, que só lhe será exclusiva, quando inexisterem regras de direito internacional, determinando como a deverão exercer, embora sejamos sensíveis à ponderação de REINHOLD ZIPPELIUS (7) de que, apesar dessa teoria não ser contraditória em si mesma, “não está de acordo com a realidade jurídica atual, à parte alguns preceitos de direito de guerra”.

WILSON já notara a necessidade de restringir o poder do Estado pelos superiores direitos da humanidade. Sendo as chamadas Constituições internacionais, ligadas ao direito constitucional internacional, sobre o qual nos deu MIRKINE GUÉTZÉVITCH alentado tratado (8), textos internos, internacionalmente assegurados, acha uma considerável corrente de autores que o Poder Constituinte originário ou o instituído (“le pouvoir institué ou selon la terminologie plus usitée, le pouvoir de revision est, de son essence même, un pouvoir limité”, repisa BURDEAU, em seu *Traité*

(4) A. AMERICANO — *Ensaio Sobre as Constituições Rígidas*, São Paulo, 1948, pág. 38.

(5) A. C. CUNHA FERRAZ — *O Poder Constituinte do Estado-Membro*, Ed. Rev. Trib., 1979, pág. 15.

(6) NELSON SAMPAIO — *O Poder de Reforma Constitucional*, Bahia, 1954.

(7) R. ZIPPELIUS — *Teoria Geral do Estado*, Fundação Gulbenkian, Lisboa, 1974, pág. 66.

(8) M. GUÉTZÉVITCH — *Droit Constitutionnel International*, Paris, 1933.

*de Science Politique*, 2ª ed., Tomo IV, pág. 250, Paris, 1969) estão restrin- gidos por compromissos internacionais, fiscalizados muito mais eficaz- mente pela ONU do que pela romântica Liga das Nações. Kelsen leciona que a ordem jurídica internacional limita o Estado, sendo certo, pois, que “as regras supra-estatais” (ROSAH RUSSOMANO) restringem o Poder Constituinte, como enfatiza VISSCHER.

Quando, em 1950, o Professor LAUTERPACHT observou que “não é inconcebível que a supremacia do Parlamento possa deliberadamente ser levada a ceder a uma Carta Internacional de Direitos, ele está falando de direitos humanos”, registra Lorde LESLIE SCARMAN (9). Na Inglaterra, aliás, os *statutes*, que são a principal fonte do direito, não podem contra- riar provimento do *European Community Law* (10).

Não há dúvida que a Carta da ONU é um documento realista e, “por mais incompleta que possa ser, a primeira Constituição mundial no plano do direito internacional”, no opinar de JURGEN VON KEMPSKI (11).

Com toda a razão, JACOB DOLINGER preconiza que “a ordem pública universal comandará o respeito pela ordem pública dos outros Estados, poderá fazer com que as jurisdições abdicuem de aplicar seu próprio direito e até seus princípios de ordem pública numa nova e ampliada *comitas gentium*” (12). É perceptível, nesse ilustre monografista, a in- fluência de JITTA, (13) para quem o Estado é “le représentant de l’humani- té organisée, chargée de remplir des devoirs importants envers la société juridique universelle”. O dever comum dos Estados é, insofisma- velmente, a prova de sua vocação universalista.

HAROLDO VALLADÃO dá ênfase às “obrigações internacionais” (14) e RAFAEL CALDERA proclama a mudança do direito internacional “através da justiça social internacional”.

A soberania, conceito indivisível, é princípio de direito interno, justi- ficando, conforme DUBS, a “libre détermination politique” (15), que não pode fundamentar, em caráter absoluto, o direito internacional, asseve- rando BEVILACQUA que nesse assume particular relevância a solidarie- dade, “a consciência de que as Nações cultas têm interesses comuns, que

(9) Lorde L. SCARMAN -- *O Direito Inglês, A Nova Dimensão*, P. Alegre, 1978, pág. 33.

(10) P. SMITH -- *Law and Legal System*, Londres, 1979, pág. 5.

(11) J. VON KEMPSKI -- *Derecho y Política*, Buenos Aires, 1968, pag. 23.

(12) J. DOLINGER -- *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Rio, 1979, pág. 267.

(13) JITTA -- *La Méthode du Droit International Privé*, La Haye, 1980, pág. 22.

(14) HAROLDO VALLADÃO -- “Os enfoques universalistas e regionalistas no Direito Internacional”, in *Revista de Informação Legislativa* n. 62.

(15) DUBS -- *Le Droit Public de la Confédération Suisse*, Deuxième Partie, Neuchâ- tel-Genève, 1879, pág. 36.

transbordam de suas fronteiras, e, para satisfação dos quais, necessitam umas do concurso das outras" (16).

Caminhamos, indubitavelmente, para um direito mundial, como perceberam BLUNTSCHLI — *Direito Internacional Codificado* — também partidário do direito de resistência —, JOÃO MONTEIRO (17), DEL VECCHIO (18), na esteira de KANT (19), e, também, KOTARO TANAKA. O segundo, apoiado em LAURENT, clamava por uma necessária "unificação universal do direito", por "um direito para todas as sociedades", o quarto por uma confederação de Estados.

Os próprios Estados tendem a se unir em grandes federações, dando maiores dimensões ao "monopólio do uso legítimo da violência", de que fala MAX WEBER.

O Poder Constituinte, que para o decisionista CARL SCHMITT é a "vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política", e que, no entender de NELSON SALDANHA (20), é fruto da mentalidade imposta aos indivíduos de "ser parte de um todo criado por consentimentos livres", não pode ser, por conseguinte, arbitrário e ilimitado.

Quando nos referimos ao Poder Representativo, usamos a expressão, no sentido lato, que abrange não só o Poder Constituinte, como o Poder Constituído, como, igualmente, ainda, o próprio Poder Político, apesar de, na acepção estrita, designar ela o Poder Legislativo. Foi, no primeiro significado, que NICOLAS MATIENZO a utilizou, em seu conhecido *El Gobierno Representativo Federal* (Buenos Aires, 1910). Salientou Rui que "todos os poderes são delegações da Nação".

"A Constituição se supõe feita pelo povo e emanada do povo soberano, não para refrear a si mesmo, nem para pôr limite a seu próprio poder soberano, mas para refrear e limitar seus delegados, que são os três Poderes que integram o governo nacional", advertia ALBERDI (21). Era a filosofia do art. 21 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (todo homem tem direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente, ou por intermédio de representantes livremente escolhidos: a vontade do povo será a base da autoridade do governo), que não descon-

(16) CLÓVIS BEVILACQUA — *Direito Público Internacional*, vol. I, Francisco Alves, 1910, pág. 13.

(17) JOÃO MONTEIRO — *A Universalização do Direito*, São Paulo, 1906.

(18) G. DEL VECCHIO — *Verso un Diritto Mondiale*.

(19) E. KANT — *A Paz Perpétua*. W. B. GALLIE — *Os filósofos da paz e da guerra*, Artenova, 1979, págs. 21-46.

(20) N. SALDANHA — "Liberdade Pública", in *Rev. Proc. Ger. do Est. São Paulo*, r.º 12.

(21) ALBERDI — *Escritos Póstumos*, Tomo X, B. Aires, 1899, pág. 125.

dia a influência de ROUSSEAU e que se projetou sobre todas as Constituições modernas.

“Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido” anuncia o art. 1º, § 1º, de nossa Carta Magna, reiterando idêntico mandamento de suas antecessoras de 1934 (art. 2º) e 1946, art. 1º (demagógicamente a de 1937, art. 1º, exarava: “o poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse de seu bem-estar, de sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”). Quando se fala em povo tem-se em vista a Nação (esse, aliás, é o sentido do vocábulo, no Velho Testamento, enquanto o Novo tem uma “concepção santa do povo, oposta a povos, ou nações ou gentes”, pondera JOÃO DE SCANTHURGO), como, entre outros autores, destaca ARAÚJO CASTRO (22). A Constituição de 1891 usava, indiscriminadamente, ambas as expressões (preâmbulo e art. 1º).

“O exercício do poder, ainda por parte daqueles que só indiretamente o recebem, como os juizes e os funcionários públicos, é sempre exercido em nome do povo”, consigna PONTES DE MIRANDA (23). Era, aliás, a lição de LABOULAYE e LE BERQUIER, que reconheciam serem, mesmo os juizes, mandatários do povo.

A Constituição francesa, de 3 de setembro de 1791 (a primeira escrita na Europa e a segunda no mundo fora a polonesa de 3 de maio do mesmo ano), art. 2º, estabeleceu a eleição popular de juizes.

O poder, que menciona nossa Constituição, é poder estatal, poder público, poder político, e não poderes políticos, como acredita o ilustre PONTES DE MIRANDA (ob. cit.), que aplica ao primeiro o rótulo *poder de construir*, para diferenciá-lo do *poder de constituir*, e, como entendia a Constituição de 1824, art. 12 (todos esses poderes no Império do Brasil são delegação da Nação), sendo esclarecedor o art. 1º da Constituição de Weimar: “Das Deutsche Reich ist eine Republik. Die Staatsgewalt geht vom Volks aus”.

O poder estatal é exercido pelo povo através de seus representantes e mediante os poderes constituídos (art. 20, 2, da Lei Fundamental de Bonn), mas não se confunde com esses. É também, sem qualquer intuito de cotejo, a orientação da Constituição do Paraguai (art. 2º).

Diferente é a redação do preceito correspondente da Constituição colombiana (art. 2º): “La soberanía reside esencial y exclusivamente

(22) ARAÚJO CASTRO — *A Constituição de 1937*, 2ª ed., Ed. Freitas Bastos, 1941, pág. 38. AURELINO LEAL — *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, Rio, 1925, pág. 116.

(23) PONTES DE MIRANDA — *Comentários à Constituição de 1946*, 4ª ed., vol. I, pág. 377.

en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”.

A palavra *soberania* é usada nessa Carta, como nas da Espanha, art. 2º (La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado), Portugal, art. 3º, Uruguai, art. II (La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación), Costa Rica, art. 2º, Chile (1925), art. 2º (art. 5º da Const. de 1980), Venezuela, art. 4º (La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público), Equador, art. 1º, Itália, art. 1º (La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti delle costituzione), Paraguai, art. 2º (La soberanía de la República del Paraguay reside esencial y exclusivamente en el pueblo que la ejerce por medio de los Poderes del Estado, conforme a lo que dispone esta Constitución) e França, art. 3º (A soberania nacional pertence ao povo que a exerce através de seus representantes ou através de referendos), no sentido de Poder Estatal e mesmo no de Poder Constituinte. Quando se emprega *poder* é no sentido de Poder Público e quando se utiliza *poderes* é na acepção de funções políticas.

“El Poder del Estado emana del pueblo, y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen”, reza o Foral peruano (art. 1º) anterior, em fórmula, a bem dizer, encampada pelo atual (art. 81). “El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, consta do art. 49, da Constituição do México.

“All Powers of government, Legislative, Executive and Judicial derive, under God, from the people”, estabelece a Constituição da Irlanda (art. 6º), bem definindo o governo, que “está compuesto de los tres Poderes”, como explica RAFAEL BIELSA (24), resultante da independência e coordenação deles, a que se dá o nome de *ponderação de poderes*.

A Constituição do Panamá (art. 2º) assenta que o poder emana do povo, o qual exerce o governo mediante a repartição de funções aos Órgãos Executivo, Legislativo e Judicial. Sagazmente explanou KELSEN que “a separação dos Poderes é contrária ao principio democrático, que trata de uni-los todos no povo”.

As Constituições do bloco socialista se manifestam, dentro de sua ideologia, no sentido inequívoco que precisamos acima. A da União Soviética de 1936 (art. 3º), seguida pela da Alemanha Oriental (art. 2º, 1), estipulava: “Todo o poder pertence na URSS aos trabalhadores da cidade e do campo, representados pelos *Soviets* de deputados dos trabalhadores”.

(24) R. BIELSA — *Régimen de Facto y Ley de Acatlalia*. Buenos Aires, 1963, pág. 9.

A de 1977 (art. 2º) determina: "Na URSS todo o poder pertence ao povo. O povo exerce o poder do Estado por intermédio dos *Soviets* dos deputados do povo que constituem a base política da URSS".

A Constituição da Polónia (art. 1º, 2) esclarece que o poder pertence ao povo trabalhador das cidades e do campo, explicitando (art. 2º, 1) que o povo trabalhador exerce o poder estatal, por intermédio de seus representantes eleitos à Dieta, em sufrágio universal, igual, direto e secreto.

A Constituição da China (art. 3º), *mutatis mutandis*, nos termos da *Lex Magna búlgara* (art. 2º, 1) e da checa (art. 2º, 1) é do teor seguinte: "Tout le pouvoir de la République de Chine appartient au peuple".

Algumas Constituições, como a da Argentina, avocam, para o preâmbulo, o conteúdo do preceito.

Passarão outros mitos, como outros se esgotaram, como idéia-força, mas o mito da Constituição não perdeu sua energia histórica, estando intacto, pelo idealismo que comporta e pela fórmula de liberdade que representa, porque "es el mito del hombre que tiene la voluntad de vivir dignamente", como afirmou MARIO JUSTO LÓPEZ (25). Reflexo pulsante de um panorama político, em suas coordenadas históricas e económicas, de uma complexa realidade social, a Constituição que assim se chama porque "organiza o constituye al país políticamente", como digressiona DANIEL COSIO VILLEGAS (26), documenta um ritmo de vida, fixa regras de conduta, enumerando direitos e estabelecendo deveres, dando, por outro lado, forma e movimento à unidade política, pela montagem dos poderes. Nos termos da refutação de JAURÉS e TAINE, não deve ser abstrata e metafísica, mas realista e experimental. Não pode ser feita, como asseverou DE MAISTRE, como o "relojeiro faz um relógio", porque deve traduzir o *modus* existencial do Estado.

"As Constituições são expressão do caráter nacional, mas, por sua vez, as Constituições modelam o caráter de quem se habitua a elas", assinala BRYCE (27), mostrando a inter-relação entre as Leis Básicas e os indivíduos.

AUMAITRE nota que a Constituição organiza os poderes e regula os direitos, acentuando JUNSON que "marks only the great outlines", sendo arejada síntese que define e limita o Poder Político. "From its nature the proper scope of a Constitution is confined to the fundamentals", concorda PUTNEY (28). Por sua natureza, a *Lex Fundamentalis* se distin-

(25) M. J. LÓPEZ — "El Mito de La Constitución", in *Rev. Arg. de Cienc. Pol.* n.º 1/87.

(26) D. C. VILLEGAS — *La Constitución de 1857 y sus Críticos*, México, 1973, pág. 7.

(27) BRYCE — *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, 1952, pág. 12.

(28) PUTNEY — *United States Constitutional History and Law*, Chicago, 1908, pág. 14.

gue pelas características de legitimidade, suprallegalidade e permanência. Foi o plano de New Jersey que incorporou a disposição, posteriormente, consagrada como cláusula de supremacia, base do controle da constitucionalidade, e que HAMILTON, solarmente, assim explicou: "Se a Constituição é a lei suprema, não pode haver outra lei que a contradiga ou lhe seja superior".

O princípio interessa, inclusive, ao problema da Inconstitucionalidade, no direito inglês, tendo razão PINTO FERREIRA (29) ao asseverar que um ato do Parlamento só pode ser considerado inconstitucional, quando "improcedente, inusual, arbitrário ou discrepante dos costumes políticos". Pondera IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA (30) que, "apesar de o Poder Constituinte se confundir com a legislatura ordinária, há uma consciência de responsabilidade a impor limitações à atuação dos representantes do povo". Isso demonstra o acerto do registro de AFONSO ARINOS (31) de que "a divisão clássica das Constituições em escritas e costumeiras não pode ser encarada sem relatividade".

A estabilidade, pela elasticidade (não se confunde essa com a flexibilidade), que lhe permite adaptar-se aos tempos, e não a imutabilidade da Constituição, é necessária à ordem pública. Veementemente, como era de seu feitio, PEDRO LESSA (32) denunciou os que pretendiam modificar a Lei Fundamental sem cuidar de a "conhecer e aplicar". É indiscutível, contudo, a observação de BRYCE de que "a estabilidade de qualquer Constituição depende não tanto de sua forma, como das forças sociais e econômicas que a apóiam e sustentam", dos "fatores reais de poder" (LASSALLE).

É evidente que o pensamento marxista tem uma noção diversa de Constituição, no que concerne à sua natureza, rotulando-a, na síntese de OSNI DUARTE PEREIRA (33), como "o estatuto de coexistência pacífica dos grupos em que se subdivide a classe dominante, para exercer,

(29) L. PINTO FERREIRA — *Da Constituição*, pág. 82. Em contrário, RODEE, ANDERSON e CHRISTOL — *Introdução à Ciência Política*, Agir, 1959, pág. 119. JORGE R. VANOSSI ("Introducción a los Sistemas de Control de la Constitucionalidad", in *La Ley* de 28-2-80), considera possível o controle da legalidade e não o da constitucionalidade, no direito britânico. Contra a revisão, ANDREW WEINBERGER — *Liberdades e Garantias*, Forense, 1966, pág. 25.

(30) I. NOGUEIRA ITAGIBA — *O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira*, vol. 2, Freitas Bastos, 1947, pág. 12.

(31) AFONSO ARINOS — *As Leis Complementares da Constituição*, pág. 4.

(32) PEDRO LESSA — *Do Poder Judiciário*, Liv. Francisco Alves, 1915, pág. 11. ALCI-NO SALAZAR — *Poder Judiciário — Bases para Reorganização*, Forense, 1975, pág. 29.

(33) O. DUARTE PEREIRA — *Que é a Constituição*, Ed. Civ. Bras., 1964, pág. 174.



sem obstáculos, a sua ditadura sobre as classes que não dispõem de meios de produção e vendem sua força de trabalho para sobreviver".

ARISTÓTELES, entretanto, já entendia o ordenamento constitucional como a organização que se atribui um Estado, regulando a atuação das associações políticas, determinando a soberania e designando a classe social dominante.

Como rememora MARCELO CAETANO<sup>(34)</sup>, têm querido alguns autores lobrigar, nas *leis fundamentais do reino*, superiores à vontade dos reis, o germe das Constituições escritas, e com efeito, tais normas, estabelecendo o regime monárquico e a ordem de sucessão dinástica, não podiam ser modificadas, livremente, pelos soberanos. DUGUIT<sup>(35)</sup>, a propósito, faz distinção entre "lois du royaume" e "lois du roi", não tendo prerrogativas o rei, legislador ordinário, de alterar ou revogar as primeiras, sem "l'assentiment des états généraux". ULRICH HUBER distinguia entre *leis fundamentais tácitas* e *leis fundamentais expressas*. Aquelas justificam a ordem jurídica, em geral, essas se relacionam ao *jus positum*. "En el primer caso son condición del Estado, en el segundo, consecuencia", completa CARLOS MEJÍA GÓMEZ<sup>(36)</sup>.

A palavra "Constituição" designava, originariamente, lei, decreto ou ato baixados pelos monarcas ou pelo Sumo Pontífice. Parece ter sido o internacionalista VATTEL quem, pela primeira vez, lhe atribuiu o sentido moderno, opinando que incumbia à Nação elaborá-la, diferenciando, ainda, o Poder Constituinte do Constituído, em seu clássico tratado surgido em 1758. A superlegalidade já era reconhecida entre os gregos e a normação constitucional identificou-se, por vezes, com o governo e mesmo com o Estado, achando muitos que ela decorre da frase "republicam constituere".

A Constituição que, no sentir de BENJAMIN AKZIN<sup>(37)</sup>, tem por função primária "controlar los centros de poder político del Estado e aquellos que aspiran a ocuparlos", apresenta-se, como já dissemos, como um feixe de direitos e obrigações recíprocos, vinculando o indivíduo à Nação organizada jurídica e politicamente, tipificando a forma de Estado e de governo, o regime político e o sistema de mando, regulando, ainda, os direitos públicos subjetivos. Por esse motivo, deve ser interpretada, segundo BLAK, "no sentido que melhor consulte e promova os grandes

(34) MARCELO CAETANO — *Breve História das Constituições Portuguesas*, 3ª ed., Lisboa, 1971, pág. 12.

(35) L. DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., 3º vol., pág. 642.

(36) C. M. GÓMEZ — *Teoría de la Constitución*, Bogotá, 1967, pág. 62.

(37) B. AKZIN — "El Papel de la Constitución en el Estado Contemporáneo", in: *Atlántida*, nº 32.

objetivos que teve em vista". A Constituição de Malta, para obviar dificuldades, interpreta-se a si mesma.

JELLINEK sustenta (38) que, "na América, as instituições positivas precederam o reconhecimento solene de direitos, na França o seguiram".

BRYCE vê, no Código Político, o "complexo de leis que compreendem os princípios e regras pelos quais a comunidade se encontra organizada, governada e definida". O *decisionismo*, de que fala SCHMITT (é interessante sua distinção entre *Constituição*, que aborda questões básicas, e *leis constitucionais* — eram emendas, pela Carta de 1937, art. 174, § 4º — que tratam de temas não substanciais, pregoeiro da urgência da autonomia da Teoria da Constituição), sem dúvida lhe é inerente, não procedendo a crítica dos que o vêem como um produto dele. Quer seja escrito ou não escrito, outorgado ou popular, rígido ou flexível (ou plebiscitário, como em alguns cantões suíços), dogmático (ortodoxo ou eclético), sintético ou analítico, codificado ou não codificado, originário ou derivado, é ele, sempre, o ordenamento basilar de uma coletividade, refletindo, como quer HEGEL (39), "l'organizzazione dello Stato e il processo della su vita organica".

TRÓFILO GAUTIER, com mordacidade, mostra o que uma Carta não deve ser. O poeta visitava a Espanha, em 1840, quando, subitamente, deparando com uma velha inscrição que dizia: "Plaza de la Constitución", observou: "esto es una Constitución en España, una pellada de yeso sobre granito".

Em compensação, o Conde SAINT-SIMON (40) nos faz concordar que a melhor Constituição é aquela em que "cada questão de interesse público seja tratada da maneira mais detida e mais completa".

Pensamos que é possível o controle judicial dela.

Dispositivos de melhor voltagem jurídico-política, que brigam com a sistemática constitucional, e com os embasamentos do Código Político (como os arts. 152, § 5º, como opinam NELSON SAMPAIO e RUBEM NOGUEIRA, que trata da perda do mandato por infidelidade partidária, e 181), à luz dos direitos fundamentais, podem ser considerados inconstitucionais, como sustenta OTTO BACHOF, demonstrando a limitação do poder constituinte, em face de normas supralegais.

(38) G. JELLINEK — *La Déclaration de Droit de l'Homme et du Citoyen*, Paris, 1902, pág. 91.

(39) HEGEL — *Lo Stato*, Milão, 1965, pág. 86.

(40) CONDE DE SAINT-SIMON — *De la Reorganización de la Sociedad Europea*, Madri, 1965, pág. 61.