

DIREITO CONSTITUCIONAL

RESEMO DOUTRINÁRIIO

PODER CONSTITUINTE

INTRODUÇÃO

Poder constituinte é o poder de elaborar uma nova Constituição e de reformar a Constituição vigente. Segundo J. J. Gomes Canotilho é no poder constituinte que consiste, essencialmente, a **soberania popular**. É o povo que atribui seus poderes aos órgãos estatais, os quais passam então a serem denominados Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por **poder** deve-se entender a faculdade de impor sua vontade, fazendo-a prevalecer sobre a de outrem, de forma que o povo o delega, mas mantém o poder constituinte o qual tem suas raízes em uma **força geral da Nação**. Assim, o **titular** do poder constituinte é o povo, sendo, porém, **exercido** por intermédio dos **agentes** investidos em tal poder.

A Constituição de 1988 foi elaborada por uma **Assembleia Nacional Constituinte**, em nome do povo brasileiro (titular do poder constituinte). O poder constituinte derivado também tem como titular o povo brasileiro, sendo exercido pelo Estado e por intermédio de seus agentes integrantes do Poder Legislativo.

É o poder constituinte que estabelece uma **nova ordem jurídica fundamental** para o Estado, elaborando a Constituição que determina a própria estrutura e modo de funcionamento do Estado e de exercício do Poder nas suas variadas formas de expressão.

O poder constituinte não se confunde com os **poderes constituídos** (Legislativo, Executivo e Judiciário), pois o poder constituinte antecede e está acima dos poderes constituídos, os quais são previstos e determinados pelo poder constituinte.

ESPÉCIES OU FORMAS DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE

PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O **poder constituinte originário** é também chamado pode constituinte **genuíno**, **primário** ou **de 1º Grau**. É o poder constituinte que cria a primeira ou uma nova constituição de um Estado, estabelecendo uma ordem jurídica fundamental ou uma nova ordem em substituição à anteriormente vigente.

O poder constituinte originário é **poder de fato** que tem as seguintes **características**. É, portanto:

- **Inicial** e **absoluto** (não há poder a ele anterior ou superior);
- **Ilimitado** ou **autônomo** (pode dispor sobre qualquer matéria e não se subordina a qualquer ordem jurídica)
- **Incondicionado** (é livre quanto aos procedimentos para criação da Constituição, não havendo formalidade ou condição preestabelecida).

O **poder constituinte originário** é movido pelos **fatores reais de poder da Nação** (*Ferdinand Lassale*) e/ou pelas **forças políticas dominantes** (*Carl Schmitt*) no momento em que se expressar. Manifesta-se por meio de uma revolução, em que o rompimento da ordem jurídica vigente se dá com o uso da força, seja para formação de um novo Estado, seja para reformulação de Estado existente. No entanto, sua manifestação pode ser pacífica, por meio de processos consensuais de transição política ou mesmo de processos de descolonização pacíficos rumo à independência do Estado.

> **Observação**
> Nem sempre o poder constituinte originário será a expressão das **decisões soberanas** da maioria de um povo, em dado momento histórico. Ele pode ser autoritário e expressar a ideia de **liderança não eleita democraticamente**, não se manifestando, na hipótese, por meio de assembleia constituinte soberana.

Há quem subdivida o poder constituinte originário em duas espécies:

- **Poder constituinte material** → poder de auto-organização do Estado, representado pelas forças e fatores de que resulta. Sua manifestação antecede a atuação do poder constituinte formal;
- **Poder constituinte formal** → é o órgão que se incumbe da elaboração do novo texto constitucional.

Note-se que o poder constituinte originário **não se exaure** com a instauração de uma nova ordem constitucional, podendo voltar a se expressar. Por essa razão é considerado um **poder permanente**.

Por suas características, acima explicitadas, por inaugurar uma nova ordem jurídica, **não cabe** alegação de **violação a direito adquirido** perante disposições emanadas do poder constituinte originário. Exemplo disto está no caput do art.17 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

> **Observação** - O poder constituinte originário pode autorizar a incidência do fenômeno da **desconstitucionalização**, segundo o qual as normas da constituição anterior permanecem em vigor com *status* de norma infraconstitucional, desde que sejam compatíveis com a nova ordem constitucional. Esse fenômeno não é adotado no Brasil, onde com a entrada em vigor de uma nova Constituição, a antiga é totalmente revogada.

> **Atenção**!
> O poder constituinte originário dá início a uma **nova ordem jurídica**, porém, todas as **normas infraconstitucionais presumem-se de acordo** com a **nova ordem constitucional** e **continuam** em vigor gerando efeitos válidos, até que sejam revogadas e percam a vigência ou até que sejam declaradas não recepcionadas/revogadas e, assim, percam a validade.

PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O **poder constituinte derivado**, também chamado poder constituinte **relativo**, **secundário**, **de 2º grau**, **limitado**, **reformador**, **de reforma**, **instituído** ou **constituído**. É o poder de reformar a constituição, por meio de Emendas.

Alguns doutrinadores, porém, qualificam o poder constituinte derivado como **gênero** integrado por duas **espécies**:

- **Poder constituinte derivado reformador** → poder de modificar normas da Constituição.
- **Poder constituinte derivado decorrente** → poder dos estados-membros de elaborarem suas próprias constituições (Art.25, Constituição/88 e art.11 do ADCT).

A Constituição da República de 1988 estabeleceu duas **modalidades de reforma** da Constituição, ou seja, por meio de:

- **Emendas** (modificações estritas e específicas – artigo 60 da Carta) → exigida maioria de 3/5 em ambas as Casas do Congresso Nacional, em 2 turnos de votação;
- **Revisão** constitucional (ampla revisão do texto da Constituição – ADCT art.3º), esta última em única oportunidade, a qual foi realizada 5 anos após a promulgação da Constituição de 1988, em que exigida maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, conforme art.3º do ADCT.

Ressalte-se que a Constituição da República de 1988 não regula expressamente o poder reformador, que se extrai de algumas normas constitucionais como a do artigo 60 da Carta, que se refere às Emendas.

Ressalte-se, ainda, que, enquanto cada estado-membro possui sua Constituição, os Municípios e o Distrito Federal não as têm, sendo regidos por **Leis Orgânicas** (Arts. 29 e 32 da Constituição/88).

O poder constituinte derivado é **poder de direito**, instituído pelo poder constituinte originário e tem as seguintes **características - é**:

- **Subordinado** (é subordinado ao poder constituinte originário, sendo por ele limitado);
- **Condicionado** (sua manifestação é condicionada à observância das normas e procedimentos preestabelecidos pelo poder constituinte originário).

Acerca da **iniciativa de proposta** de **Emendas Constitucionais** dispõe a Constituição de 1988:

> **Art. 60 -** A Constituição poderá ser emendada mediante **proposta**:
> **I -** de **um terço**, no mínimo, dos **membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal**;
> **II -** do **Presidente da República**;
> **III -** de **mais da metade** das **Assembleias Legislativas das unidades da Federação**, manifestando-se, cada uma delas, pela **maioria relativa** de seus membros.

Constata-se, a partir da leitura do artigo 60 da Lei Maior que a **iniciativa** para apresentação de propostas de emendas constitucionais (PEC) é **concorrente**, pois há mais de um legitimado para fazê-lo. Além disso, somente aqueles indicados na norma acima transcrita têm legitimidade, não há, por exemplo, previsão de iniciativa popular.

O exercício do poder constituinte derivado de reforma foi atribuído, pelo poder constituinte originário ao Poder Legislativo que, além da produção de outros atos legislativos (art.59 da Constituição da República), poderá produzir emendas à Constituição.

Sujeita a um processo legislativo especial, para ser promulgada, a emenda constitucional precisa ser discutida, votada e aprovada em ambas as Casas do Congresso Nacional em dois turnos, com maioria qualificada e 3/5, não estando sujeitas a sanção ou veto do(a) Presidente da República.

Sujeitas a promulgação conjunta pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, são depois publicadas, em regra, por incorporação ao texto constitucional, ou seja, as novas normas são inseridas no texto constitucional. Tratando-se, porém, de emenda que contemple regra transitória, a norma permanecerá apenas no corpo da emenda, que é anexada ao texto constitucional.

LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

A referência a **limitações do poder constituinte** é pertinente ao **poder constituinte derivado**, pois como vimos o poder constituinte originário é absoluto e ilimitado. No entanto, o poder constituinte derivado submete-se a limites ditados pelo poder constituinte originário.

Tais limitações são **classificadas** em limites:

- **Temporais** → vedam alterações à Constituição **em determinado período de tempo** após seu início de vigência, ou mesmo, só admitem alterações de **tempos em tempos**, tendo em vista o alcance de estabilidade do seu texto.
- **Circunstanciais** → vedam alterações à Constituição em **determinadas circunstâncias**, em situações de instabilidade política e de extrema gravidade, em que possa haver ameaças à livre manifestação do poder reformador (Ex: a Constituição de 1988 não permite reformas à Constituição durante estado de defesa, estado de sítio ou intervenção federal).

- **Processuais ou Procedimentais ou Formais** → deve ser rigorosamente observado o **rito** estabelecido pela própria Constituição para sua reforma, para que não ocorra **inconstitucionalidade formal** das normas alteradas. Tais limites podem ser de 2 espécies:

  - **Limites Formais Subjetivos** → são estabelecidos aqueles que são **legitimados a encaminhar proposta de emenda** constitucional;
  - **Limites Formais Objetivos** → são **formalidades** objetivas estabelecidas, como, por exemplo: *quórum* qualificado de 3/5, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, com promulgação pelas mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

STF

Nos termos já decididos no julgamento da ADInMC 2.031-DF, em 29/09/99, o desrespeito ao procedimento constitucional é causa de nulidade absoluta insanável, por vício formal.

- **Materiais ou Substanciais** → vedação de deliberação com o fim de **alteração de determinadas matérias**, que são chamadas **cláusulas pétreas** (parte imutável da Constituição). Os limites materiais podem ser:

  - **Implícitos, Tácitos ou Inerentes** → vedações a alterações das regras do processo para modificação da Constituição, comportando mudanças sobre:

    ✓ **Titular do poder constituinte**;

    ✓ **Titular do poder reformador**;

    ✓ **Processo de emenda à Constituição**.

Tais restrições tácitas são justificadas pelo fato de que, se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda, nenhuma das vedações explícitas vistas acima representaria efetiva proteção ao texto constitucional.

Observação

Há quem classifique as limitações ou limites ao Poder Constituinte como limitações:

- **Explícitas** → subdividindo-se em:

  a) Circunstanciais

  b) Materiais

- **Implícitas** → que correspondem às **Processuais, Procedimentais ou Formais** vistas acima

Nossa Constituição de 1988 apresenta, em parágrafos do artigo 60, algumas **limitações ao poder constituinte reformador**, conforme a seguir:

> **Art. 60** - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> *(...)*
>
> **§1º** - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
>
> **§2º** - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
>
> **§3º** - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

CLÁUSULAS PÉTREAS

A expressão **"cláusulas pétreas"** significa cláusulas de **pedra**, referindo-se ao núcleo duro da Constituição. São disposições constitucionais sobre determinadas matérias que não podem sofrer alterações.

Na Constituição da República de 1988 estão explicitadas no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal **cláusulas pétreas**, conforme a seguir transcrito:

> **Art. 60 -** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> *(...)*
>
> **§ 4º -** Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> **I -** a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Merece destaque a redação do dispositivo constitucional: "**Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir...**". Note-se que o constituinte originário estabeleceu vedação à deliberação sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir princípios, direitos e institutos que enumera. Não é necessária a efetiva abolição, a vedação alcança a pura e simples tendência a que venha a ocorrer a abolição.

STF

No julgamento da ADI 939, em 1993, em que foi relator o Ministro Sidney Sanches, ficou assentado o entendimento de que os direitos e garantias individuais considerados cláusulas pétreas pelo texto constitucional não se restringem àqueles expressos no artigo 5º, admitindo-se interpretação extensiva para abranger direitos análogos. Naquele julgamento foi considerado como direito e garantia individual a anterioridade tributária, consoante art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, IV e art. 150, III, b, todos da Constituição da República de 1988.

A razão de ser das cláusulas pétreas é a **preservar o projeto constitucional** realizado pelo poder constituinte originário, protegendo princípios, direitos e institutos mais sensíveis e de inegável importância.

STF

Para o Supremo Tribunal Federal os limites materiais ao poder constituinte reformador não significam a intangibilidade literal da disciplina dada ao tema pela Constituição originária. Representam sim a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos protegidos pelas cláusulas pétreas, conforme ficou explicitado no julgamento da ADI 2.024, havido em 2007.

É importante notar que, de acordo com o §5º do mesmo artigo 60 da Carta, a matéria constante de **proposta de emenda rejeitada** ou **havida por prejudicada** **não poderá** **ser objeto de nova proposta** na **mesma sessão legislativa**, esta entendida como o período de funcionamento do Congresso Nacional durante um ano.

PODER CONSTITUINTE DIFUSO

Além do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado, há autores que se reportam à existência do chamado **poder constituinte difuso**.

Segundo sustentam tais autores, o poder constituinte difuso promove **processos informais** de modificação da Constituição sem lhe alterar o texto formal. Mantém-se íntegro o texto constitucional modificando-se, porém, o entendimento que se extrai da norma escrita. Note-se, porém, que tais mudanças são admitidas, desde que respeitados os princípios estruturantes do Estado e do seu ordenamento jurídico.

O povo continua sendo o titular do poder constituinte, mas, no caso dessa terceira espécie, o poder constituinte difuso, seu **exercício se dá pelos órgãos dos Poderes constituídos:** Legislativo, Executivo e Judiciário. É que, por intermédio das leis, das interpretações da Carta em sede administrativa ou judicial, e, também, por meio dos costumes, o entendimento acerca das normas constitucionais vai sofrendo alterações, ao longo do tempo, com repercussão no próprio conteúdo das normas inicialmente postas.

Esse processo não formal de modificação do texto da Constituição é chamado **mutação da Constituição**, no qual, sem mudança de redação, altera-se a interpretação sobre o texto da Constituição, chegando-se a **novo sentido**.

PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL

Modalidade distinta das que operam no plano interno, ou seja, no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada Estado soberano, fala-se no poder constituinte supranacional.

As normas criadas pelo poder constituinte supranacional regem um grupo de países que têm algum vínculo em comum a justificar a elaboração de uma Constituição para regê-los. Exemplos: União Europeia, Mercosul, ...

É dito poder constituinte porque **cria uma ordem jurídica de conteúdo constitucional**, pois **reorganiza a estrutura dos Estados** que integram o grupo, ou mesmo adere ao direito comunitário de cunho supranacional.

O **poder constituinte supranacional se expressa de forma suprema, submetendo as diversas constituições nacionais ao seu poder**. Tal poder constituinte **cria normas que não se confundem com o ordenamento jurídico positivo interno**, **nem mesmo com normas de direito internacional**.

REVISANDO:



Fonte: Moraes, Alexandre de Direito Constitucional - 32. ed. – Atlas - 2016