



ANÁLISE DO PODER CONSTITUINTE: ASPECTOS POLÊMICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Bruna Emmanouilidis¹

Rosana Helena Maas²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir três aspectos polêmicos acerca do poder constituinte. Destarte, os problemas debatidos são: a) se o poder constituinte originário revolucionário possui limites; b) qual a natureza jurídica do poder constituinte derivado decorrente; c) quais são os limites do poder constituinte derivado reformador. O método de abordagem é dedutivo, partindo do poder constituinte originário, passando pelo estudo do poder constituinte derivado e suas espécies, a fim de analisar os temas controversos. Quanto à técnica de pesquisa, utiliza-se a bibliográfica, com consulta em artigos, publicações e livros. O estudo é imprescindível, haja vista que o poder constituinte é o poder que emana do povo, a fim de regulamentar juridicamente e determinar as normas fundamentais de uma sociedade. O tema inicia a discussão estudando a teoria do padre Emmanuel Joseph Sieyès, tendo em vista que foi sua primeira citação. Além disso analisa o conceito, as características, a natureza jurídica, a titularidade e o exercício do poder constituinte originário. Posteriormente, é verificado o conceito, as características e as espécies do poder constituinte derivado. Por fim, discute-se a limitação do poder constituinte originário revolucionário, a natureza jurídica do poder constituinte derivado decorrente e as limitações do poder constituinte derivado reformador.

Palavras-chave: derivado; limites; natureza jurídica; originário; poder constituinte.

ABSTRACT

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: brunaemman@gmail.com

² Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: rosanamaas@unisc.br

This study aims to discuss three aspects controversial about the constituent power. Thus, the problems discussed are: a) if the constituent power originating revolutionary has limits; b) what the legal nature of the constituent power derived arising; c) what are the limits of the constituent power reformer derived. The method is deductive approach, starting from the originating constituent power, passing through the study of secondary constituent power and their species in order to examine controversial issues. As for the search technique, uses the literature, with consultation in articles, publications and books. The study is essential, given that the constituent power is the power that emanates from the people, in order to regulate legally and determine the fundamental norms of a society. The theme begins the discussion by studying the theory of priest Emmanuel Joseph Sieyes, considering that was his first citation. Also analyzes the concept, the characteristics, the legal nature, ownership and exercise of the original constituent power. Later, the concept, the characteristics and species derived constituent power it is checked. Finally, we discuss the limitation of constituent power originating revolutionary, the legal nature of the constituent power derived arising and the limitations of the constituent power derived reformer.

Keywords: derivative; limits; legal nature; originating; constituent power.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o poder constituinte, tendo em vista que seu conteúdo é imprescindível, por ser o ponto central da criação das normas constitucionais. Outrossim, o poder constituinte é o poder que emana do povo, a fim de regulamentar juridicamente e determinar as normas fundamentais de uma sociedade.

Foi utilizado método de abordagem dedutivo, partindo do poder constituinte originário, passando pelo estudo do poder constituinte derivado e suas espécies, a fim de analisar os temas controversos. Quanto à técnica de pesquisa, emprega-se a bibliográfica, com a consulta em livros, publicações especializadas e artigos.

Desta forma, este trabalho tem como objetivo estudar o poder constituinte originário e derivado, pormenorizando suas espécies: reformador, decorrente e revisor. Além disso, apresentar o conceito e as características do poder originário e decorrente. E, verificar as principais divergências doutrinárias, a fim de solucionar, se possível, os aspectos polêmicos acerca do tema.

1. PODER CONSTITUINTE

1.1 Teoria de Sieyès

Nascido em 1748, o padre Emmanuel Joseph Sieyès escreveu o folhetim “*Qu’est-ce que le tiers État*”, considerada ensinamento do poder constituinte (FERREIRA FILHO, 1999).

A obra foi escrita em virtude da Assembleia Nacional Francesa, em 1789, pouco antes de iniciar a Revolução Francesa, que permitia aos franceses apresentarem propostas para melhoramento na política interna do país (PADILHA, 2014).

Com efeito, o folhetim *Que é terceiro Estado?* repercutiu como o estopim para a Revolução Francesa, tendo em vista que inseriu o povo como o terceiro estado (FERREIRA FILHO, 1999).

Dessa forma, entende-se que o chamado terceiro estado “[...] englobava quem não pertencesse à nobreza ou ao alto clero, e que, portanto, incluía a burguesia -, embora fosse quem produzisse a riqueza do país, não dispunha de privilégios e não tinha voz ativa na condução política do Estado [...]” (BRANCO, 2015, p. 103).

Outrossim, destaca-se que o opúsculo “[...] reivindicava a reorganização política da França [...]” (BRANCO, 2015, p. 103).

Além disso, o panfleto tinha como título uma pergunta e seguia com outras três perguntas e curtas respostas, vejamos o trecho destacado por Ferreira Filho (1999, p. 11):

[...] *Que tem sido o terceiro Estado?* [...] *nada*; porque o terceiro Estado se caracteriza por não contar com privilégios, e não contar com privilégios, naquela estrutura jurídica era a mesma coisa que nada. *Que é?* [...] *tudo*; porque o terceiro Estado desempenha todas as tarefas que são necessárias à vida de uma comunidade; é ele uma comunidade perfeita; se desaparecessem a Nobreza e o Clero, o terceiro Estado daria conta da vida da mesma forma. *Que pretende ser?* [...] *alguma coisa*; E nessa “alguma coisa” vem o programa de reivindicações da Revolução [...].

Importante destacar a distinção entre poder constituinte dos poderes constituídos, que o padre trazia em sua obra (FERRAZ, 1979).

Nas palavras de Leal (2003, p. 31)

[...] o primeiro é um poder que reside sempre na nação, permanecendo fora da Constituição, eis que dela é o instituidor, de modo que nenhum poder de revisão pode regulá-lo; já os segundos são criados pelo primeiro, sendo o seu âmbito, por conseguinte, conformado dentro do quadro constitucional.

Com efeito, afirma-se “[...] que a Constituição é produto do poder constituinte originário, que gera e organiza os poderes do Estado (os poderes constituídos) [...]” (BRANCO, 2015, p.103).

Ainda, destaca-se que a teoria do poder constituinte de Sieyès possui quatro características:

a) não existe Estado sem Constituição; b) a Constituição cria os poderes destinados a governar o Estado, os quais dela tiram sua força e a ela se subordinam e não podem mudar as condições de sua delegação; c) se são subordinados à Constituição, tais poderes não podem, lógica e evidentemente, criá-la; d) portanto, a Constituição é uma obra de um Poder, anterior e precedente à Constituição é uma obra de um Poder Constituinte. O Poder Constituinte, assim, gera os poderes do Estado e é superior a eles (FERRAZ, 1979. p. 12 *apud* FERREIRA FILHO, 1974, p. 11).

Desta forma, ante a explicação da teoria de Sieyès, o poder constituinte pode ser definido como a força “[...] política que se funda em si mesma, a expressão sublime da vontade de um povo em estabelecer e disciplinar as bases organizacionais da comunidade política [...]” (MASSON, 2015, p. 99).

Assim, o poder constituinte é o poder de organização basilar dos Estados, tanto para criar ou alterar uma Constituição escrita (FERRAZ, 1979).

O poder constituinte divide-se em dois: poder constituinte originário e poder constituído (poder constituinte derivado).

Passamos a analisar, o poder constituinte originário.

1.2 Poder constituinte originário

1.2.1 Conceito, características e natureza jurídica.

A partir da Revolução Francesa, o poder constituinte originário pode ser entendido como “[...] a autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validade da Constituição [...]” (BRANCO, 2015, p. 103).

Com efeito, utiliza-se do poder constituinte originário quando é criada uma Constituição ou quando se rompe com a Constituição antiga, através de uma

revolução, estabelecendo uma nova (FERRAZ. 1979).

Por isso, divide-se o poder constituinte originário, quanto ao momento de sua manifestação. É considerado poder constituinte originário histórico – fundacional –, o poder que criou a primeira constituição. É poder constituinte revolucionário (pós-fundacional) o que elaborou todas as demais constituições (LENZA, 2014).

As características do poder constituinte originário são: inicial, autônomo, incondicionado, político, permanente, entre outras (PAULO; ALEXANDRINO, 2011).

Com efeito, o poder é inicial, pois cria uma nova ordem ou quebra a ordem jurídica anterior (LENZA, 2014).

Para Branco, é qualificado como inicial, pois “[...] está na origem do ordenamento jurídico. É o ponto de começo do Direito. Por isso mesmo, o poder constituinte não pertence à ordem jurídica, não está regido por ela [...]” (BRANCO, 2015, p. 104).

Importante destacar que esse atributo pode ocorrer através de “[...] uma revolução, a criação de um novo Estado, a derrota na guerra ou uma transição política pacífica [...]” (BARROSO, 2009, p. 116).

Por sua vez, é autônomo ou ilimitado, tendo em vista que a nova base constitucional será determinada pelo exercente do poder (LENZA, 2014).

Pelo atributo da autonomia, o poder constituinte originário “[...] não se inclui em nenhuma ordem jurídica, não será objeto de nenhuma ordem jurídica. O Direito anterior não o alcança nem limita a sua atividade. Pode decidir o que quiser [...]” (BRANCO, 2015, p.104).

A característica de incondicionalidade do poder constituinte originário é definida pela inexistência de previsão legal ou constitucional sobre o modo de expressar sua vontade (PADILHA, 2014).

Assim, o poder constituinte originário “[...] não está obrigado a seguir qualquer procedimento pré-determinado para realizar sua obra [...]” (PAULO; ALEXANDRINO, 2011, p. 84).

Sobre o aspecto político, afirma-se que a ordem jurídica se inicia com o poder, inexistindo ordem jurídica anterior a ele (PAULO; ALEXANDRINO, 2011).

Por fim, o poder constituinte originário é permanente, pois não extingue com a promulgação da Constituição (LENZA, 2014).

Como bem anota Moraes “[...] não esgota sua titularidade que permanece latente [...]” (MORAES, 2014, p. 27).

Quanto a natureza jurídica, o poder constituinte originário possui três correntes doutrinárias.

A primeira vertente é a jusnaturalista, defendida por Sieyès, na qual considera o poder constituinte originário “[...] um poder de direito, haja vista admitir a existência de um direito natural (proveniente da natureza humana e dos ideais de Justiça), prévio ao direito positivo [...]” (MASSON, 2015, p. 101).

Com efeito, a tese jusnaturalista está ligada ao direito natural do homem, mormente o direito de liberdade (FERREIRA FILHO, 1999).

O segundo entendimento doutrinário é juspositivista, argumentando que não existe direito antes da existência de um Estado (MASSON, 2015).

O positivismo jurídico “[...] todo o direito se resume no direito positivo; portanto, todo o direito se resume no direito posto pelo Estado [...]” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 54).

Outrossim, para o positivismo, “[...] o poder constituinte é simplesmente uma força social [...]” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 54).

A terceira corrente citada por Masson e defendida por Fernandes qualifica a natureza jurídica do poder constituinte originário como híbrida, pois é “[...] simultaneamente dotado de feições políticas e jurídicas. Na ruptura seria um poder de fato, já na elaboração do novo documento constitucional assumiria o viés jurídico ao revogar o ordenamento anterior e constituir um novo [...]” (MASSON, 2015, p. 102).

1.2.2 Titularidade e exercício

O titular do poder constituinte é o povo (FERRAZ, 1979). Devemos considerar para a ideia de revolução quando for legítima e possua eficácia (FERRAZ, 1979).

Para Carl Schmitt (1970, p. 101) citado por Ferraz (1979, p. 32) a Constituição legítima é “[...] reconhecida não apenas como situação de fato, mas também como ordenação jurídica – quando a força e a autoridade do Poder Constituinte em que descansa sua decisão é reconhecida [...]”.

Outrossim, a eficácia da Constituição, defendida por Hans Kelsen vem corroborar a ideia de Constituição legítima, sendo a eficácia a “[...] condição de validade da ordem jurídica, revela a aceitação expressa ou tácita, ativa ou passiva,

da Constituição pela comunidade [...]” (KELSEN, 1962, p. 38 *apud* FERRAZ, 1979, p. 32).

Por sua vez, na visão democrática, o exercício do poder constituinte originário pode ser dividido de três formas. Na democracia direta o exercício decorre dos “[...] referendos de aprovação da Constituição [...]” (BASTOS, 2001, p. 32). Já na democracia representativa, o povo elege uma assembleia que vai exercer o poder constituinte. E na democracia mista, ocorre tanto no referendo, quanto na eleição da assembleia (BASTOS, 2001).

Com efeito, “[...] a vontade do corpo de representantes não é plena e ilimitada, sendo que os delegados não a exercem como um direito próprio, mas sim na representação dos interesses de outro [...]” (LEAL, 2003, p. 32).

Ainda, o exercício pode ocorrer através do processo bonopartista no qual “[...] consulta o povo sobre se este consente em que um homem promulgue em seu nome uma Constituição, em tais ou quais bases vagamente referidas. Desse modo, por um plebiscito o titular do Poder Constituinte originário transmite seu exercício a um César [...]” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 28).

Estudaremos agora o poder constituinte derivado.

1. 3 Poder constituinte derivado

1. 3.1 Conceito e características

O poder constituinte deriva do poder constituinte originário. De tal modo, é constituído pelo poder constituinte originário (LENZA, 2014).

O poder constituinte derivado também pode ser chamado de poder constituinte limitado, de segundo grau, secundário, instituído, constituído e poder reconstituente (PADILHA, 2015).

Com efeito, esse poder “[...] é o responsável pelas alterações no texto constitucional segundo as regras instituídas pelo Poder Constituinte Originário [...]” (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015, p. 16).

Entretanto, como destaca Silva o ator “[...] da reforma é o poder constituinte originário, mas atuando em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição, que a realidade exige [...]” (SILVA, 2005, p. 65).

Por sua vez, o poder constituinte derivado possui como principais características a limitação e o condicionamento. São os parâmetros impostos pelo poder constituinte originário (LENZA, 2014).

É limitado, pois suas balizas encontram-se na Constituição Federal. Além disso, é condicionado, tendo em vista que sua forma de manifestação se dá conforme o texto constitucional (MORAES, 2014).

Com efeito, a subordinação é limitada ao bloco constitucional, ou seja, abrange o texto explícito e implícito, e dessa forma está subordinado ao controle de constitucionalidade (MASSON, 2015).

Destaca-se que se trata de um poder instituídos, ou seja, “[...] são poderes criados pela Constituição, poder de direito [...]” (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015, p. 17).

A seguir, será analisado as três espécies do poder constituinte derivado: reformador, decorrente e revisor.

1. 3. 2 Espécies do poder constituinte derivado: reformador, decorrente e revisor

O poder derivado reformador realiza as modificações na Constituição Federal, a fim de modernizar o texto constitucional de acordo com as transformações da sociedade (MASSON, 2015).

Assim, evita que a Constituição Federal petrifique, acompanhando as mudanças sociais. (PADILHA, 2015).

Outrossim, o poder de reforma deve ser analisado de forma ampla, permitindo o aumento, alteração, ou eliminação de artigos, incisos, alíneas ou parágrafos da Carta Magna (PADILHA, 2015).

Por sua vez, o poder derivado decorrente pode ser descrito como “[...] a capacidade conferida pelo poder originário aos Estados-membros, enquanto entidades integrantes da Federação, para elaborarem suas próprias Constituições [...]” (MASSON, 2015, p. 118).

Com efeito, os estados possuem capacidade tríplice: autoadministração, autogoverno e auto-organização. É através do poder constituinte derivado decorrente que essa última capacidade se desenvolve nos estados (MORAES, 2015).

O poder constituinte derivado revisor tem como base o art. 3º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, no qual determina que a revisão constitucional ocorrerá após cinco anos, contados de cinco de outubro de 1988 – data da promulgação da Constituição Federal (LENZA, 2014).

Outrossim, o próprio art. 3º do ADCT informou como seria o procedimento legislativo da revisão constitucional resultante em sessão unicameral, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional (LENZA, 2014).

O poder constituinte derivado revisor foi previsto apenas uma única vez no ordenamento jurídico. Dessa forma, sua capacidade de revisar o texto constitucional esgotou-se, ou seja, não se permite mais realizar emendas constitucionais através do poder de revisão (MASSON, 2015).

2. ASPECTOS POLÊMICOS

2.1 Qual a limitação do poder constituinte originário revolucionário?

As limitações extrajurídicas não levam em consideração as características do poder constituinte originário (ilimitado, incondicionado, entre outras) (BULOS, 2012).

Com efeito, as limitações supra jurídicas dividem-se em três: limitações ideológicas, institucionais e substanciais (materiais) (BULOS, 2012).

Cumprido destacar que será analisada apenas as limitações materiais do poder constituinte que também se dividem em três categorias: transcendentais, imanentes e heterônomos (NOVELINO, 2015).

Os limites transcendentais são impostos pelos valores éticos relacionados com o direito natural (NOVELINO, 2015). São ligados à dignidade da pessoa humana (BULOS, 2012). Como exemplo na Constituição da República Federativa do Brasil não pode nova constituição inserir a pena de morte, salvo em casos de guerra declarada. (NOVELINO, 2015).

Já, para os limites imanentes são considerados a forma de governo, forma de estado e o sistema de governo, além da soberania popular (BULOS, 2012). Assim, os limites imanentes “[...] referem-se a aspectos como a soberania ou a forma de Estado [...]” (NOVELINO, 2015, p. 77).

Além disso, os limites heterônomos relacionam-se “[...] com os outros

ordenamentos jurídicos como, por exemplo, as obrigações impostas ao Estado por normas de direito internacional [...]” (NOVELINO, 2015, p. 77).

Os limites heterônomos foram inseridos como forma de proteger o ser humano, devido as crueldades cometidas na Segunda Guerra Mundial, principalmente como a assinatura da Declaração Universal do Direito Humanos, em 1948. (PADILHA, 2014).

Outrossim, essa forma, a nova constituição deverá estar conforme os princípios internacionais, respeitando as relações internacionais (BULOS, 2012).

Dessa forma, como bem anota Leal (2003, p. 35): “[...] a onipotência do poder constituinte [...] não é ilimitada; talvez o tenha sido em sua origem; mas acreditamos, como Häberle, que a humanidade chegou a um ponto de evolução em ao qual não mais se pode voltar atrás”.

2. 2 Qual a natureza jurídica do poder constituinte derivado decorrente?

A natureza jurídica do poder constituinte derivado decorrente é uma das questões mais polêmicas acerca do tema. Há três entendimentos doutrinários distintos.

Entretanto, antes de adentrar no tema principal é imprescindível tecer alguns comentários, a fim de evitar futuras indagações.

Com efeito, existe distinções acerca da nomenclatura adotada pelos doutrinadores. O poder constituinte originário, como vimos, possui as seguintes características: ilimitado, político, incondicionado, inicial e poder de fato (MASSON, 2014). Pode ser dividido entre histórico ou revolucionário (LENZA, 2014).

Outrossim, do poder constituinte originário decorre o poder constituído ou poder instituído e não, poder constituinte decorrente, como a maioria das doutrinas costumam chamar (MASSON, 2015).

Interessante destacar, a conclusão de Brito (2003, p. 96), citado por Masson (2014, p. 116):

[...] poder constituinte derivado, pela consideração elementar de que, se é um poder derivado, é porque não é constituinte. Se o poder é exercitado por órgãos do Estado, ainda que para o fim de reformar a Constituição, é porque sua ontologia é igualmente estatal. E sendo estatal, o máximo que lhe cabe é retocar o Estado, nesse ou naquele aspecto, mas não criar um

Estado *zero quilômetro*. E sem esse poder de plasmar *ex novo e ab ovo* o Estado (que é o correlato poder de desmontar, desconstituir por inteiro o Estado preexistente), então de poder constituinte já não se trata.

Todavia, esse entendimento não é o adotado por Ferraz. A autora divide o poder constituído decorrente em: poder constituinte decorrente inicial e poder constituinte estadual de revisão (FERRAZ, 1979).

Por poder constituinte decorrente inicial entende-se que o poder constituído decorrente possui função constituinte, tendo em vista a criação da constituição estadual e não constituído, como defende outros doutrinadores. (FERRAZ, 1979).

A autora apresenta seis pontos defendendo sua tese, vejamos.

O primeiro argumento é que a unidade federativa, ou seja, o Estado-membro, pode ser considerado um Estado, tendo em vista que possui capacidade de auto-organização e autonomia. Além disso, defende que é prescindível a soberania, por tratar-se de critério formal (FERRAZ, 1979).

O segundo argumento é que o poder constituinte originário é limitado (FERRAZ, 1979).

Por terceiro, a doutrinadora aponta que “[...] o poder institucionalizador das unidades federadas exerce função nitidamente constituinte [...]” (FERRAZ, 1979, p. 61).

O quarto argumento é que a “[...] descentralização vertical do poder impõe e exige Constituições locais ao lado da Constituição Federal [...]” (FERRAZ, 1979, p. 62).

Outrossim, o quinto é o Estado-membro possui autonomia constitucional ensejando poder suficiente “[...] capaz de criar uma ordem jurídica e criar órgãos para aplicá-la; órgãos ou poderes que são constituídos pelo Constituinte, na sua obra, e que não poderão modificá-la ou eliminá-la [...]” (FERRAZ, 1979, p. 61).

Por fim, o sexto argumento é que o “[...] Estado-membro tem competência próprias que somente através da Constituição Estadual poder ser distribuídas entre os poderes constituídos estaduais [...]” (FERRAZ, 1979, p. 63).

Já para o autor Bastos (1995), citado por Novelino (2015, p. 79), defende o entendimento contrário, afirmando

[...] serem de tal monta as diferenças em relação ao Poder Constituinte que “parece impróprio conservar-se o mesmo nome para realidades tão dispares”. Segundo o constitucionalista, o único ponto em comum entre eles

é o fato de ambos se reunirem para elaborar uma constituição, “tudo o mais são diferenças” [...].

O outro entendimento doutrinário acerca da natureza jurídica acerca do poder derivado decorrente é sustentado por Horta em sentido intermediário. O doutrinador afirma que o poder derivado decorrente tem dupla natureza “[...] é um poder originário em relação à constituição do Estado-membro e, ao mesmo tempo, é um poder derivado por ter sua origem na constituição federal e se submeter às suas normas [...]” (NOVELINO, 2015, p. 79).

Vale ressaltar que o poder constituinte derivado decorrente é um poder instituído pelo Estado, decorre do poder constituinte originário, ou seja, poder de direito estabelecido pela Constituição Federal (BULOS, 2012).

Entretanto, Bulos afirma que a característica de constituinte do poder decorrente existe ainda que a Constituição Federal estabeleça limitações (BULOS, 2012).

Portanto, Bulos e Ferraz defendem que o poder constituinte derivado decorrente possui como função constituinte. Assim, [...] “a substância do Poder que elabora a Constituição primeira de um Estado Federal é a mesma do que elabora a Constituição de um Estado-membro [...]” (FERRAZ, 1979, p. 61).

Quanto a limitação criada pela Constituição Federal para os estados-membros ressalta-se que é limitado até mesmo o próprio poder constituinte originário pelas limitações extrajurídicas (BULOS, 2012).

Importante destacar que o poder constituinte conferido aos Estados-membros se limita pelas regras impostas pela Constituição Federal. É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Brasil, STF, p. 505), vejamos:

[...] Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF, art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela CF, pois é nessa que reside o núcleo de emanção (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação (ADI 507, Ministro relator Celso de Mello, julgado em 14 de fevereiro de 1996).

2. 3 Quais as limitações do poder constituinte derivado reformador?

O poder constituinte derivado reformador possui dois blocos de limites: os

expressos e os implícitos (BULOS, 2012).

Iniciamos estudando as limitações expressas.

Com efeito, os limites expressos dividem-se em: formais, circunstanciais e materiais (BULOS, 2012)

Entretanto, na divisão dos limites expressos existiu a limitação temporal (LENZA, 2014). Sua previsão ocorreu somente na Constituição do Império (NOVELINO, 2015). O art. 174 da Constituição de 1824 informava que as reformas na constituição somente poderiam ocorrer depois que transcorresse quatro anos de sua vigência (SILVA, 2005).

Além disso, é importante destacar que não se confunde a limitação temporal com o poder de revisão, previsto no art. 3º da ADCT, tendo em vista que nos cinco anos da promulgação, o texto constitucional poderia ser alterado (PAULO; ALEXANDRINO, 2011).

Os limites formais (processuais) estão previstos no art. 60, inc. I, II e III e nos parágrafos 2º, 3º e 5º da Constituição Federal de 1988 (NOVELINO, 2015).

Por sua vez, os inc. I, II e III tratam acerca das limitações formais subjetivas, ou seja, limitações acerca da competência para apresentar a reforma (NOVELINO, 2015).

Outrossim, a competência para apresentar proposta de emenda à Constituição por, no mínimo, um terço dos Senadores e Deputados, pelo Presidente da República ou por “[...] mais da metade das Assembleias Legislativas da unidade da federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros [...]” (BULOS, 2012, p. 409).

Em relação as limitações formais objetivas temos o quórum de votação mais rígido que as demais leis (NOVELINO, 2015). A competência das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para promulgação (BULOS, 2012). E, a vedação para os assuntos que foram objeto de emenda e rejeitados na mesma sessão legislativa (BULOS, 2012).

As limitações circunstanciais referem-se a determinados períodos que é vedado reformar o texto constitucional. Essas situações estão previstas no art. 60, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988. São o estado de defesa, estado de sítio e durante a intervenção federal (BULOS, 2012).

Já as limitações materiais, previstas no art. 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, aludem as “[...] reformas contrárias à substância da constituição

[...]” (BULOS, 2012, p. 411).

Dessa forma, as cláusulas pétreas – a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais – não podem sofrer emendas que possam extinguir o núcleo duro da Constituição (BULOS, 2012).

No entanto, como bem anota o constitucionalista Novelino (2015, p. 88)

[...] um dos grandes desafios da jurisdição constitucional é conseguir encontrar um ponto de equilíbrio entre a preservação do núcleo das cláusulas pétreas e a constante necessidade de desenvolvimento da constituição, de modo a evitar a ruptura como única alternativa legítima [...].

Para maior esclarecimento, analisamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Brasil. STF, ADI 2.356, Ministro relator Ayres Britto, julgada em 25 de novembro de 2010, p. 717):

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de “originário”) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.

Passamos a analisar os limites constitucionais implícitos, que se dividem em quatro limitações.

A primeira diz respeito aos direitos e garantias fundamentais veiculados nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista serem considerados “[...] supranacionais, pois transcendem a órbita meramente interna [...]” (BULOS, 2012, p. 419).

A segunda refere-se à titularidade do poder constituinte originário, pois é vedado modificar a titularidade do poder constituinte originário, haja vista que o poder constituído – poder reformador – não poder alterar o poder constituinte (MASSON, 2015).

Com efeito, o titular do poder constituinte originário é o povo, consoante parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal vigente (PADILHA, 2014).

Em terceiro, aponta-se a proibição de alterar a titularidade do poder reformador, porque o método escolhido para reforma (art. 60 da Constituição Federal de 1988) foi instituído pelo poder constituinte originário, devendo o poder

constituído derivado reformador apenas obediência (MASSON, 2015).

A quarta limitação faz referência à impossibilidade de modificar o processo legislativo especial de reforma, tendo em vista que não existe possibilidade de um projeto de emenda à constituição modificar o processo de reforma da constituição (BULOS, 2012).

Deve-se atentar que esta quarta limitação implícita está contida na limitação expressa formal que veda a alteração do procedimento de emenda à Constituição, de acordo com o art. 60, incisos I, II, III, parágrafos 2º, 3º e 5º (PADILHA, 2014).

Ainda, podemos incluir como vedações implícitas o sistema e a forma de governo – presidencialista e republicana – escolhido pelos cidadãos, através de referendo, conforme art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (PADILHA, 2014).

O próprio parágrafo quarto do art. 60 da Carta Magna vigente está protegido pelas limitações implícitas, mesmo que inexista previsão explícita (PADILHA, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe a teoria do padre Emmanuel Joseph Sieyès que pouco antes de iniciar a Revolução Francesa escreveu o folheto “Que é terceiro estado?” reivindicando os direitos da burguesia. Com efeito, foi nesse panfleto que ouviu-se falar pela primeira vez acerca do poder constituinte. Outrossim, é a burguesia que sustentava o país, no entanto não possuía nenhum direito.

Por conseguinte, na análise do poder constituinte originário conceituou-se como o poder político que cria a constituição mantendo-se ativo o texto constitucional até que o povo, titular do poder constituinte desconsidere, realizando-se então uma nova constituição.

Outrossim, foram explanadas as características do poder constituinte originário, como inicial, autônomo, incondicionado, político, permanente. A característica inicial leva em consideração que cria uma nova ordem jurídica. É ilimitado (autônomo), pois quem define o novo ordenamento constitucional é o exercente do poder. A sua autonomia determina que esse poder não obedece a nenhuma ordem jurídica anterior. E, é incondicional, pois inexistente previsão acerca do procedimento para realizar sua vontade.

Já em relação à natureza jurídica estudamos três correntes doutrinárias. A jusnaturalista defendia o poder constituinte originário como um direito natural, anterior ao direito posto. A juspositivista alega que primeiro existiu um estado para depois nascer a força social, capaz de criar o poder constituinte originário. E a tese híbrida combina as duas correntes afirmando que quando se quebra a ordem jurídica estamos diante de um poder de fato e quando se elabora a nova base constitucional considera-se um poder jurídico.

Com efeito, a titularidade do poder constituinte é do povo, de acordo com o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988. E, na democracia, o poder constituinte originário, é exercido de três formas: direta, representativa e mista.

Posteriormente, verificou-se o conceito, características e espécies do poder constituinte derivado. É através desse poder que se realiza as mudanças constitucionais, sempre obedecendo os preceitos definidos pelo poder constituinte originário. Suas características são limitação, pois suas regras são encontradas no texto constitucional e condicionado a manifestar-se, também, conforme a carta magna.

Ademais, suas espécies são: reformador que realiza as modificações na

Constituição Federal, a fim de modernizar o texto constitucional de acordo com as transformações da sociedade; decorrente, pois confere aos Estados o poder de elaborar sua auto-organização; revisor em que determinou que a revisão constitucional após cinco anos da data da promulgação da Constituição Federal.

Por sua vez, discutiu-se três aspectos polêmicos.

Primeiro verificou as limitações materiais do poder constituinte originário revolucionário que seriam transcendentais, imanentes e heterônomas. Os limites transcendentais são aqueles que possuem relação com a dignidade da pessoa humana, não podendo nova constituição implementar normas antiéticas. As limitações imanentes são a soberania e a forma de estado. E os limites heterônomos é a observância das relações internacionais.

Em segunda análise analisou-se a natureza jurídica do poder derivado decorrente, levando em consideração, mormente, o entendimento da autora Ferraz que defende a função de constituinte desse poder, tendo em vista que criam as constituições estaduais.

Por fim, estudou as limitações explícitas do poder constituinte derivado reformador. Com efeito, as limitações explícitas formais tratam acerca do processo, ou seja, a competência para apresentar a projeto de emenda à constituição e para sua promulgação, o quórum de votação rígido em comparação as demais leis. As limitações circunstâncias vedam a alteração da Constituição Federal durante o estado de defesa, estado de sítio e durante a intervenção federal. E as limitações materiais proíbem a mudança da forma federativa do Estado; o voto direta, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

As limitações implícitas dizem aos direitos e garantias fundamentais, considerados supranacionais, à titularidade do poder constituinte originário – povo. Ainda, se aponta a proibição de alterar a titularidade do poder reformador e a impossibilidade de modificar o processo legislativo especial de reforma.

Ante o exposto, conclui que todas as limitações, tanto do poder constituinte originário revolucionário quanto do poder constituinte derivado reformador, devem ser observadas, a fim de manter um ordenamento jurídico equilibrado e por consequência garantir aos cidadãos uma Constituição justa consiga que acolher os anseios dos cidadãos.

Quanto à natureza jurídica do poder constituinte derivado decorrente destaco a teoria intermediária, haja vista que esse poder possui dupla natureza.

Quando cria a constituição de um estado-membro é poder originário, mas decorre da Constituição Federal, portanto pode decorrente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. Brasília: STF, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Poder constituinte dos estados-membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri, SP: Manole, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional: esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. São Paulo: Método, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.