

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER CONSTITUINTE

*Ana Carolina Müller Lopes**
*Ana Karina Ticianelli Möller**

RESUMO

O artigo trata do Poder Constituinte Originário, analisado como um fato não jurídico, que ocorre no plano das relações político-sociais, e constrói, a partir de si, a lei suprema. Expõe em situação diversa o Poder Constituinte Derivado, como um segundo poder, jurídico, calcado em uma regra constitucional do Direito e seus limites.

Palavras-chave: Poder Constituinte Originário. Poder Constituinte Derivado.

CONSIDERINGS ON THE CONSTITUENT POWER

ABSTRACT

The article deals with the Originary Constituent Power, analyzed as a not legal fact, that occurs in the plan of the social politician relations, and constructs, from itself, the supreme law. Derivative displays in diverse situation the Constituent, as as to be able, legal, treaded Power in a constitutional rule of the Right and its limits.

Keywords: To be Able Constituent Originary. To be Able Constituent Derivative.

127

1 INTRODUÇÃO

O texto pretende a análise do Poder Constituinte Originário como um fato não jurídico, que ocorre no plano das relações político-sociais, não encontra como referencial nenhuma norma jurídica, e constrói, a partir de si, a lei suprema, afirmado como o momento de passagem do poder ao direito. Situação diversa encontra-se o Poder Constituinte Derivado, calcado em uma regra de Direito, constitucional, que permite a Emenda Constitucional.

Compreender a origem, a força e a atuação do Poderes Constituintes Originário e Derivado, este com todos seus limites, aquele de poder ilimitado, torna-se necessário para compreensão da própria história da Constituição, bem como de seu significado para toda a sociedade.

2 O PODER CONSTITUINTE

Poder Constituinte é aquele entendido como o Poder de se elaborar uma Constituição; capaz de criar, modificar ou implementar normas de força constitucional. É um poder primário, primogênito, de primeiro grau, genuíno, não adstrito a nenhum outro poder ou direito (DINIZ, 2004). É ilimitado, incondicionado, não tem por referencial nenhuma norma jurídica, pelo contrário, é a partir dele que vai ser produzida a norma suprema, o texto jurídico. Portanto o Poder Constituinte é pré-jurídico, precede à formação do direito, não sofre embargo de ordem jurídica e/ou nenhuma outra ordem.

* Advogada, especialista em Direito Empresarial, mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

* Advogada, especialista em Direito Empresarial, mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.



Pode-se afirmar que o Poder Constituinte Originário é o maior momento de ruptura com uma ordem constitucional, sendo que, devido à força do Poder Originário, essa nova ordem constitucional que se inicia não terá qualquer limite jurídico positivo naquele sistema com o qual se está rompendo.

Celso Antonio Bandeira de Melo (1983, p.69) entende que o Poder Constituinte não se constitui um fato jurídico, já que o ser incondicionado, o ser ilimitado já demonstra que não sofre nenhum tipo de restrição, e, portanto, não tem por referencial nenhuma norma jurídica. E dessa forma, também não se teria de falar que o Poder Constituinte confere poder a alguém, já que o Poder Constituinte é um fato, ou alguém tem este poder e o exerce ou não tem este Poder. Ele existe por si só e assim produz seus efeitos, sem que algum bloqueio de ordem jurídica possa servir de embargo, de óbice, de impeço àquilo que venha a ser disposto pelo Poder Constituinte.

O titular do Poder Constituinte é o povo, pois a idéia de titularidade do Poder está adstrita à imagem de soberania do Estado, uma vez que através do exercício do Poder Constituinte Originário se estabelecerá sua organização fundamental através da Constituição. Assim, a titularidade do Poder Constituinte pertence ao povo, pois o Estado decorre dessa soberania popular. Entretanto, não se confunde titularidade com exercício, sendo que o titular do poder constituinte é o povo, entretanto o seu exercício é realizado por aqueles que, em nome do povo, criam o Estado, editando uma nova Constituição.

A Constituição é feita não pelo, mas para o Estado, a ponto de se afirmar que, juridicamente falando, a cada nova Constituição corresponde a um novo Estado, sendo, por essa razão, no entendimento de Miguel Nogueira de Brito (2000, p. 32) “que toda a Constituição Positiva toma o nome do Estado que ela põe no mundo das positividades jurídicas”, como “República Federativa do Brasil”. Ainda do mesmo autor, “... a própria Constituição originária, que é a primeira voz do Direito aos ouvidos do povo, é gestada por ele e somente por ele, o Poder Constituinte”.

O exercício do Poder Constituinte Originário realiza-se por meio da outorga, também chamada de “Movimento Revolucionário” e da Assembléia Nacional Constituinte. A outorga é o estabelecimento da Constituição pelo próprio detentor do poder, sem a participação popular. É ato unilateral do governante, que auto-limita o seu poder e impõe as regras constitucionais ao povo. Geralmente é a primeira forma de Constituição de um país que adquire liberdade política. Já a Assembléia Nacional Constituinte é a forma típica de exercício do poder constituinte, em que o povo, seu legítimo titular, democraticamente, outorga poderes a seus representantes especialmente eleitos para a elaboração da Constituição. Ocorre em todas as demais Constituições após a outorga da primeira (MORAES, 2004, p.58).

Para o professor Pinto Ferreira (*apud* MAGALHÃES, 2004) existem dois tipos principais de organização do poder constituinte. O primeiro é o modelo da convenção constitucional, que é o tipo primitivo onde existe uma assembléia eleita pelo povo para elaborar a Constituição, e não há necessidade de ratificação popular. O segundo modelo é o sistema popular direto, onde a Constituição é votada pela convenção nacional e posteriormente é submetida à aprovação popular através do referendo, sendo que esta última é tida como a forma mais democrática de realização do Poder Constituinte.

O Poder Constituinte Originário é forte o suficiente para romper com o ordenamento anterior sem qualquer limite jurídico positivo. É um poder de fato, de transformação social, e aí reside a sua força. Uma Constituição deve ser tão forte e perene a ponto de nenhum poder jurídico conseguir romper com seus fundamentos e estrutura. Apenas um poder social fortalecido tem autoridade para tal, legitimando essa ruptura, sem ilegalidade ou inconstitucionalidade em relação ao ordenamento rompido.

Com a afirmativa de que somente o poder constituinte é poder de fato – histórico e transformador, e não jurídico, tem-se a segurança de que a Constituição não será objeto de manobra política por parte da rotatividade parlamentar, evitando que os interesses sejam constantemente modificados, à mercê de uma minoria, ainda que esta minoria seja, teoricamente, a representação de uma sociedade.

O desenvolvimento de mecanismos representativos e consultivos, como o plebiscito e o referendo, para alteração do texto constitucional, deve ser analisado com cautela, pois a força da propaganda manipuladora pode proporcionar uma falsa vontade popular. Nada justifica,

senão uma mobilização popular genuína, as rupturas profundas constitucionais. O Poder Constituinte somente será legítimo quando sustentado por um amplo processo democrático, constituindo-se também um Poder de Direito, entendendo o direito não como texto positivado, mas como idéia de justiça, fundamentando democraticamente as rupturas constitucionais, com debate profundo dos mais variados interesses e valores da sociedade nacional.

Para Antonio Negri (*In*: BRITO, 2000, p.35) o poder constituinte apresenta-se como uma dilatação revolucionária da capacidade humana de fazer história, como um ato fundamental de inovação, e, deste modo, como um procedimento absoluto, que significa a capacidade real, de organizar uma estrutura dinâmica, de construir uma forma formadora que, através de compromissos, balanços de forças, ordens e equilíbrios diversos, encontra a racionalidade dos princípios, a adequação material do político relativamente ao social.

Encontra-se, historicamente, o Poder Constituinte exercido de diversas maneiras, tendo como sujeito grupos, com interesses além dos da sociedade, ou indivíduos, como ditadores, reis, titulares de um poder nem sempre legítimo, com distorções graves do conceito de democracia. Mas também exercido de forma diferente, com expressa representação e manifestação popular, da vontade nacional.

É certo que a vontade do poder constituinte deve emanar de mecanismos democráticos, que permitam que o processo de elaboração da constituição, assim como de sua reforma, seja aberto a ampla participação popular, não apenas através de diálogo com os representantes eleitos, mas através do poder de soberania do povo. Portanto, o Poder Constituinte Originário pertence a uma assembléia eleita com a finalidade de elaborar a Constituição, deixando de existir quando cumprida tal função, e, assim sendo, é um poder temporário.

Também pode o Poder Constituinte resultar de um golpe de militar, como foi o caso do Brasil, exercido com a Carta de 1967 e uma nova Carta em 1969, denominada de Emenda nº 1, cujo processo da reforma constitucional reflete as tensões internas do regime da época, da oposição dos moderados à linha dura do regime vigente.

O poder será democrático quando existir de forma ampla a demonstração e discussão de temas de importância nacional, com a efetiva participação das forças sociais, com o mínimo de pressão de grupos econômicos e manipulação por meio de marketing político, a fim de se evitar que a vontade de uma minoria prevaleça sobre a vontade e as necessidades reais de toda a sociedade.

A aceitação e legitimação do texto pela sociedade são tão necessárias que, embora essencial a existência de um processo democrático na sua elaboração, pode nascer de forma inadequada e, mesmo assim, ser incorporada pela sociedade, como no caso da Lei Fundamental alemã de 1949, ainda hoje vivida pelos alemães, como verdadeira Constituição, entre outros exemplos históricos.

Julian Franklin (*In*: BRITO, 2000, p.16) explica que Locke introduziu pela primeira vez a distinção clara e consistente entre poder constituinte e poder ordinário, de aplicação universal, estabelecendo o princípio de que os representantes ordinários, independente do fato de terem sido eleitos democraticamente, não podem alterar procedimentos constitucionais ou liberdades do sistema que sejam constitucionalmente reservadas aos indivíduos, sem o consentimento de toda a comunidade. O modo de Locke fundamentar o direito de resistência ressaltou a importância dos conflitos entre rei e parlamento que caracterizavam a história política inglesa do Séc. XVII, a serem resolvidos por meio da soberania do povo. Para Locke, existe um poder constituinte permanente no povo, referente à sua titularidade, mas não ao respectivo exercício. Fundamenta com o fato de o poder constituinte aparecer equacionado com o direito de resistência.

Apesar do Poder Constituinte ser um poder político por excelência, não se deixando reger pelo Direito, não significa que está imune aos fatores sócio-culturais da sociedade que o detém. A legitimidade da Constituição a ser constituída está intrinsecamente ligada ao reconhecimento político que terá por esta mesma sociedade. Há sim uma independência formal e material, um rompimento com a carta anterior, mas a construção e a conquista dos direitos fundamentais das sociedades não podem ser relegados e esquecidos quando da elaboração da nova carta. São direitos que precedem a própria Constituição, que independem de sua positivação para sua aceitação pela sociedade.



Existe um grande questionamento sobre a legitimidade da Constituinte para romper com os direitos fundamentais da ordem constitucional anterior. E a Assembléia Nacional Constituinte pode realmente fazer isso, já que seu poder é incondicionado a qualquer norma jurídica, além de soberana e de ter poder ilimitado para dispor da forma como desejar. Entretanto é certo que os direitos e garantias fundamentais independem de positivação para serem reconhecidos como legítimos pelo povo. Assim, não é uma Constituição que tem o Poder para positivar tais direitos e garantias, mas, sim, estes são positivados nas Constituições por serem direitos vivenciados e reconhecidos pela sociedade.

Por isso que, mesmo a Constituinte sendo legítima, no sentido literal da palavra, para dispor e até excluir esses direitos e garantias fundamentais do texto constitucional, não será reconhecida pela sociedade tal exclusão, já que o povo soberano reconhece tais valores como direitos seus legítimos, e, assim sendo, continuarão a requerê-los quando houver violação ou ameaça de violação dos mesmos, independentemente de sua positivação.

Quando o povo se reúne em uma Assembléia Nacional, que representa a sociedade e não o Estado, assumindo sua natureza constituinte, e positiva seus direitos e suas diretrizes, exerce a plena soberania e transforma este poder de constituir em poder constituído, saindo da esfera política e adentrando, agora, sim, na esfera jurídica. Dissolve-se a Assembléia no momento da positivação e promulgação da nova Carta.

A Constituição Federal de 1998 foi incorporada pela sociedade brasileira e tem em cada cidadão, sociedade organizada, tribunais e juízos de primeiro grau, administradores e legisladores, seus intérpretes e defensores contra a ação do Congresso Nacional e alguns juízes, quando deixam de aplicar o texto constitucional para proteger políticas econômicas inconstitucionais, ou utilizam de emendas constitucionais, inconstitucionais, visando priorizar o econômico, contra o Direito e a Justiça (MAGALHÃES, 2004).

Em relação à Constituição Federal de 1988 há questionamento por parte de alguns autores e doutrinadores sobre a legitimidade da Assembléia Nacional Constituinte convocada para compor a elaboração da nova Carta Magna do Brasil. Ocorre que a convocatória da Assembléia Constituinte se deu através da Emenda Constitucional nº 26 à Constituição Federal de 1969, por iniciativa do próprio Poder Executivo, que tenta transformar o Congresso, que é um poder constituído e limitado, em um órgão de soberania como deve ser a Assembléia Constituinte (BONAVIDES, 2004, p. 493). Assim, foram eleitos deputados e senadores, uma assembléia congressista que não viria a ser dissolvida posteriormente, para a mais importante tarefa de criar a nova Carta Constitucional, sendo que tal fato exclui da Assembléia Nacional Constituinte os requisitos da soberania popular plena e ruptura com a ordem constitucional anterior, pressupostos que são fundamentais para a uma Constituinte, o que fundamenta a discussão sobre sua legitimidade.

Cabe, porém, ressaltar que, embora tenha havido vários problemas de ordem formal, que, muitas vezes, colocam em dúvida a real legitimidade da Constituinte, é certo que, em toda a história constitucional brasileira, não houve outra Constituinte na qual o povo estivesse tão perto dos mandatários da soberania e pudessem, sem qualquer óbice ou restrição, colaborar para o atual texto constitucional, participando efetivamente de sua instituição. Assim, tais fatos bastam, no entendimento de Paulo Bonavides (2004, p. 496), para “explicar e demonstrar o alto índice de legitimação alcançado pela Constituinte congressual, redimida assim de suas origens impuras” visto que devido à tamanha participação social em sua elaboração há integral reconhecimento, incorporação e vivência de seu conteúdo pela sociedade brasileira.

3 O PODER CONSTITUINTE DERIVADO E SEUS LIMITES

Diferente do Poder Constituinte Originário, que tem como finalidade a elaboração de uma nova Constituição, o Poder Constituinte Derivado, também chamado de Reformador, pode se manifestar a qualquer momento, desde que cumpridos os requisitos formais e observados os limites impostos. Diz respeito à alteração de elementos secundários de uma ordem jurídica, tendo em vista não ser possível alterar através de emenda ou revisão os princípios fundamentais ou estruturais de uma ordem constitucional. Os princípios fundamentais e estruturantes são a essência

da Constituição, e, mesmo que não haja cláusula expressa que proíba emenda ou revisão, a essência não pode ser alterada.

O Poder de revisão é mais amplo que o de emenda, pois trata de uma revisão sistêmica do texto constitucional. Apesar de prevista na Constituição brasileira, a revisão foi concretizada atipicamente, por meio de emendas, porém respeitados os aspectos formais processuais da revisão prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Enquanto o Poder Constituinte Originário visa resolver o problema da fundação de um novo corpo político, o poder de revisão se encarrega com o problema das alterações da constituição e tem a ver com a questão de saber como poderão as gerações futuras exercer o seu consentimento relativamente à lei fundamental (BRITO, 2000, p. 125).

O poder de reforma pode manifestar-se a qualquer tempo, desde que respeitados determinados limites. Em relação aos limites do Poder Constituinte Derivado, são divididos em três espécies: limites materiais, formais e temporais (AGRA, 2002, p. 77). Os limites materiais são aqueles que dizem respeito às matérias que podem ser tratadas pela emenda constitucional. Assim, o art. 60, parágrafo 4º, incisos I a IV da CF, dispõe sobre os limites materiais, informando que é vedada emenda tendente a abolir a forma Federal, os direitos individuais e suas garantias, a separação dos poderes e a democracia. Tendo em vista a teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais, conclui-se que também não pode haver emendas que limitem de qualquer forma os direitos individuais, políticos, sociais e econômicos.

Nesse mesmo artigo, encontram-se alguns limites circunstanciais, sendo que não poderá haver emendas ou revisão durante situações como o estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal, pois são ocorrências de grave comprometimento da democracia. Outro limite diz respeito às regras constitucionais referentes ao funcionamento do poder constituinte de reforma, que não podem ser objetos de emenda, sob pena de total ausência de segurança jurídica.

Também há aqueles limites materiais implícitos, que são os que dizem respeito ao funcionamento do poder constituinte de reforma, que não podem ser objetos de emenda, sob pena de falta de segurança jurídica. Mesmo não existindo limites expressos, o poder de reforma não pode se transformar em um poder originário. O poder de reforma pode modificar, alterar o conteúdo da Constituição, mantendo sua essência, ou seja, os princípios fundantes e estruturantes, pois reforma não é construir outro e sim modificar por meio de adição, supressão ou modificação de alínea, inciso e/ou artigo da Constituição, mantendo-se sua estrutura e fundamentos (AGRA, 2002, p. 77).

Os limites formais impostos na Constituição Federal são aqueles que obrigam que a emenda se dê através de quorum de 3/5, em dois turnos de votação, em seção bicameral enquanto a revisão ocorre em seção unicameral por maioria absoluta (50% mais um de todos os representantes). Quanto aos limites temporais, a Constituição de 1988 estabeleceu que a revisão ocorreria após cinco anos da promulgação da Constituição, não existindo limites temporais para a reforma por meio de emendas (MAGALHÃES, 2004).

Portanto, Poder de reforma significa alterar normas secundárias, as regras, mas jamais a estrutura, a essência, o fundamento de uma ordem jurídica.

4 CONCLUSÃO

Com o presente estudo conclui-se a importância em entender o Poder Constituinte e as diferenças entre suas formas de expressão, seja como Poder Constituinte Originário, seja como Poder Constituinte Derivado ou Reformador, já que tais formas foram, por várias vezes, utilizadas nas Constituições Federais Brasileiras e ainda serão cada vez que o povo brasileiro entender necessária a ruptura com as atuais realidades sócio-político-jurídicas.

Poder Constituinte Originário é aquele ilimitado, incondicionado, que cria uma nova Constituição através da soberania popular, delega o exercício de tal poder a uma Assembléia Constituinte. Já o Poder Derivado ou Reformador é aquele que fica à disposição para quando for necessária alguma alteração no conteúdo da Constituição então vigente, e faz tal modificação por meio de emenda ou revisão.



Com relação ao questionamento sobre a possibilidade de o Poder Constituinte Originário, escolhido para compor uma nova Ordem Constitucional, ter legitimidade para eliminar do novo texto as garantias e direitos fundamentais previstos e já aceitas pela sociedade, verifica-se que tal poder tem realmente esta legitimidade, por ser ilimitado, incondicionado, e por romper-se em relação ao antigo texto constitucional, sem necessidade de se ater a quaisquer direitos anteriormente previstos.

Ocorre, entretanto, que esses direitos e garantias individuais e sociais, aceitos e incorporados pela sociedade, não são apenas pelo motivo de estarem positivados no texto Constitucional. Engana-se aquele que entende que tais direitos somente existem em decorrência de disposição legal. Pelo contrário. Em relação a esses direitos foi a própria lei que teve de adequar-se com tais dispositivos em seu conteúdo, uma vez que tais direitos já estavam aceitos e incorporados pela sociedade, e qualquer nova ordem constitucional que venha a ser implementada, deverá conter, em seu bojo, tais direitos e garantias, uma vez que estes são pré-constitucionais. Tais direitos e garantias são como a essência humana, e independentemente de positivação, já são reconhecidos pela sociedade como tais. Assim, a Constituição, na sua essência, deve ser tão forte e perene que nenhum poder constituinte pode romper com seus fundamentos e estrutura, mas somente um poder social mais forte, que nem mesmo a Constituição poderá segurá-lo, já que é o poder social dos próprios cidadãos, incorporados, reconhecidos e aceitos por eles através da história e da evolução social.

Em relação à legitimidade da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, seja pela natureza da Constituinte Congressista, seja pela questão da não ruptura com a ordem constitucional anterior, é inegável que o poder constituinte originário foi forte o suficiente para construir uma nova ordem sem nenhum tipo de limite jurídico positivo na ordem com a qual se estava rompendo, e a sua legitimidade está validada pela participação popular em sua elaboração, tanto que, embora não cumpridos alguns requisitos formais de uma Constituinte, está sendo integral e plenamente vivida e sentida pela sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição Constituinte. Ensaio sobre o poder da revisão da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2000.

CRETELLA JR., José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Jean dos Santos. **O Poder Constituinte – Aula 01**. 05 abr. 2004. Disponível em: <http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_ordem=assunto&page_id=1502&page_print=1>. Acesso em: 09 jun. 2006.



MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A Teoria do Poder Constituinte. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 250, 14 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4829>>. Acesso em: 24 jun. 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política** n°. IV, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

