



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**ROBSON SANTOS ALMEIDA**

**PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO LIMITADO**

**JUIZ DE FORA**

**2009**



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**ROBSON SANTOS ALMEIDA**

**PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO LIMITADO**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial à obtenção do título Bacharel em Direito.

Orientador: Professor **Luís Cláudio Alves Torres**

**JUIZ DE FORA**

**2009**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

ROBSON SANTOS ALMEIDA

Aluno

ROSER CONSTITUINTE OLIVÁRIO  
LIMITADO

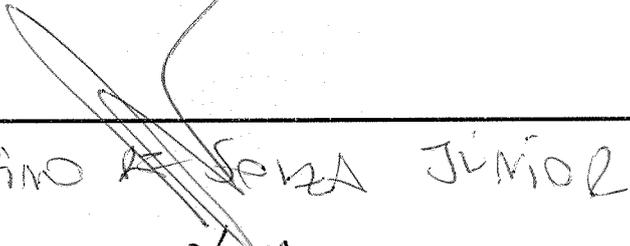
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade  
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

### BANCA EXAMINADORA

  
LUIS CLAUDIO ALVES TORRES

  
BRUNO REZENDE PALMIERI

  
JOSÉ RUFINO DE SOUZA JÚNIOR

Aprovada em 24/11/2009.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pelo privilegio da vida; ao professor e orientador Luis Claudio pelo encorajamento contínuo na pesquisa e pela cumplicidade nos trabalhos implementados durante a monitoria; aos professores pelos conhecimentos compartilhados e a todos os funcionários da Universidade Presidente Antônio Carlos pelo apoio incondicional e pela forma carinhosa e atenciosa com as quais me recebiam e me ouviam, na maioria das vezes, com um belo sorriso dos quais não me esquecerei.

Dedico este trabalho ao meu valioso tesouro que é a minha família (principalmente minha mãe e meu pai) com quem sei que sempre poderei contar em meus momentos de angústia e tristeza; as pessoas que tive contato de forma direta e duradora e também às indiretas de maneira efêmera, pois entendo que sempre há o que se aprender e tempo para melhorar e evoluir como ser humano, durante este curto trajeto que percorri em minha jornada; e aos meus colegas de turma dos quais terei muita saudade e que guardarei *ad eternum* em minhas lembranças com todo carinho, especialmente os membros do chamado “**Quadrado Mágico**”.

“um professor sempre afeta a eternidade.  
Ele nunca saberá onde sua influência termina”  
Henry Adams

## **RESUMO**

A presente monografia tem por objetivo principal analisar a limitação do poder que cria a Carta Magna, com base em doutrinas nacionais e internacionais que tratam sobre o assunto. Muito embora seja este poder dividido em outras espécies, dar-se-á um enfoque maior apenas ao poder constituinte originário por ter as características compatíveis com a proposta deste estudo. Este trabalho está estruturado em seis capítulos.

**PALAVRAS-CHAVE:** constituição, direitos humanos, poder constituinte originário.

## **ABSTRACT**

This thesis aims at analyzing the limitation of power that creates the Constitution, based on national and international doctrines that deal with the matter. Although this power is divided in other species, to give will be a greater focus only to power the original constituents to have features compatible with the purpose of this study. This work is structured in six chapters.

**KEYWORDS:** constitution, human rights, constituent power original.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
I – ORIGEM.....	9
II – CONCEITO.....	17
III – CARACTERÍSTICAS.....	20
IV – TITULARIDADE E EXERCÍCIO.....	24
V – ESPÉCIES.....	31
VI – DA LIMITABILIDADE.....	38
CONCLUSÃO.....	45
BIBLIOGRAFIA.....	48

## INTRODUÇÃO

Esse trabalho é dedicado a análise do poder constituinte originário e pretende-se, como fundamento principal, apenas mostrar que existe um aspecto de limitabilidade quando da elaboração da nova Constituição, que organizará e estruturará o novo Estado.

Objetivando tal análise, essa exposição está dividida em seis capítulos. No primeiro capítulo se aterá as origens históricas do poder constituinte.

No segundo capítulo há conceitos do que se entende como poder constituinte, já no terceiro capítulo abordar-se-á as características peculiares deste poder; no quarto capítulo tratar-se-á da titularidade deste poder e falará sobre seu exercício.

No quinto capítulo chega-se a espécies deste, com a ressalva de que o presente estudo não se prenderá as discussões que possam existir neste tópico pelo fato de estar-se somente analisando o poder constituinte originário.

Por fim, no sexto capítulo, mostrar-se-á o caráter de não ilimitabilidade do poder constituinte.

## I – ORIGEM

No **primeiro momento**, se torna necessário apontar o nome de Jean Bodin (1529-1596). Em 1576, Bodin publica, em Paris, os Seis livros da República, e teoriza sobre o poder absoluto do soberano – o rei. Para o autor, esse poder é perpétuo e absoluto. É perpétuo, porque não pode ser revogado. E não o pode ser porque não deriva de um outro poder, não é fruto de uma delegação, mas é originário. O poder é absoluto, afinal, no sentido de não estar submetido nem a controle nem a contrapeso por parte de outros poderes.

Porém, o poder absoluto não é tido como poder ilimitado. Ligado à tradição medieval, Bodin defende a existência de pelo menos dois limites. O primeiro, ligado à distinção entre o rei e a Coroa, o que impede o rei de alterar as leis de sucessão e de alienar os bens que formam parte da fazenda pública. O segundo, tendo que ver com a impossibilidade de o monarca dispor dos bens que pertencem aos súditos, para não se confundir com um tirano.

Para Bodin, o poder é absoluto porque cabe ao rei dispor de assuntos da soberania, como legislar, declarar a guerra e firmar a paz, decidir em última instância as controvérsias entre os súditos, nomear magistrados e tributar. O monarca governa com o auxílio de assembleias e de magistrados, mas a Constituição não é mista, já que o poder último está nas mãos apenas do monarca, não resulta de uma composição de segmentos específicos da sociedade. O núcleo duro da soberania não está disponível para os súditos, acha-se subtraído das forças políticas ordinárias. E aqui já se encontra a “primeira grande idéia que está na origem da constituição dos modernos”

Mais tarde, Hobbes (1588-1679) escreve, em 1651, o *Leviatã*, logo depois dos acontecimentos ingleses de 1649 (condenação à morte do rei, extinção da Câmara dos Lordes, surgimento da república).

Hobbes deplora a situação, que decorre da luta de facções na disputa pelo poder. Entende que o soberano deve ser individualizado de modo claro, para se prevenir a dissolução do Estado. O soberano disporia dos poderes básicos, que coincidem com os indicados por

Bodin. A associação política necessitaria de uma lei fundamental, em que o soberano fosse individualizado, com a especificação dos seus poderes irrevogáveis. Sem essa lei fundamental, o Estado não subsistiria. Essa Constituição, pensada por Hobbes, já apresenta traços que a assemelham à Constituição dos modernos.

Para Hobbes, o poder tem uma origem. Os indivíduos, para salvar as suas vidas e preservar os seus bens, instituiriam um poder soberano comum, que deveria proteger as suas vidas e também garantir que se possa gozar da propriedade, algo impensável no estado de natureza, tomando-se uma forma contratualista.

Contudo, em 1660, restaura-se a monarquia e, em 1689, os poderes do monarca se vêem limitados pela Revolução Gloriosa, de que deriva a adoção do Bill of Rights. O Parlamento marca o caminho para a posição de supremacia, em contrapeso à Coroa. Reafirma-se a titularidade do rei no Executivo, mas o Bill of Rights restringe os poderes reais, na medida em que recusa ao monarca legislar autonomamente e se lhe recusa o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército sem a autorização do Parlamento. Tem-se, assim, que o princípio da soberania do parlamento assinala o Legislativo “o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que seja; e, mais, [significa] que nenhuma pessoa ou entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a legislação do parlamento”

Surge, em 1690, a obra, intitulada como Segundo tratado do governo civil, de Locke (1632-1704).

Para ele, os indivíduos já eram capazes de instituir a propriedade, segundo os ditames da lei natural, entretanto, para preservá-la, não poderiam prescindir de estabelecer uma sociedade política. Esta tem em mira “o desfrute da propriedade em paz e segurança”. Desta forma, em sua obra: “o maior e principal objetivo de os homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade”. Em outra passagem: “Para evitar percalços que perturbam os homens no estado de natureza, estes se unem em sociedade para que a somatória de suas forças reunidas lhes garanta e assegure a propriedade, e, para que desfrutem de leis fixas que a limitem, que esclareçam a todos o que lhes pertence. E essa a finalidade de os homens transferirem todo poder que possuem naturalmente à sociedade à qual se filiam (...); caso contrário, a paz, a propriedade e a tranquilidade continuariam na mesma incerteza em que se encontravam no estado de natureza”.

A relevância de Locke, conforme sustenta Maurizio Fiovaranti, está em ter sido ele o pioneiro em formular a fundamental distinção entre poder absoluto e poder moderado. O primeiro é aquele em que um único sujeito, seja o rei, seja a assembléia, tem os poderes

legislativo e executivo; já no segundo, os dois poderes são distintos e pertencem a dois sujeitos distintos.

Para Locke, cabe ao povo

o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se apurar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram. (...) Podemos, pois, afirmar que a comunidade, nesse aspecto, é ela mesma o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, uma vez que este poder do povo só se manifesta quando se dissolve o governo.

Na era moderna, deve-se a Locke a concepção da fórmula de divisão dos poderes como meio de proteção dos valores que a sociedade política está vocacionada a buscar.

Ressalte-se que a teoria de Locke não preconiza uma igualdade hierárquica entre os poderes. Embora a supremacia pertence ao povo, este se reúne sob um governo, é ao Legislativo que cabe o poder máximo, porque “o que deve fazer leis para os demais, deve necessariamente ser-lhe superior”.

Durante o século XVIII, difunde-se a idéia de que a Constituição inglesa representa o ideal de configuração política da sociedade, com o seu sistema de convivência entre os poderes legislativo e executivo, característico da fórmula do king in Parliament. O parlamento legisla, mas tem presente a possibilidade de o rei vetar o diploma. Por outro lado, o rei atua, executa, mas sabendo que pouco pode sem a prévia autorização de gastos, dada pelo parlamento.

Esta arquitetura torna-se divulgada e se aperfeiçoa, com a obra de Montesquieu (1689-1755), aparecida em 1748, O espírito das leis. O regime político moderado na definição de Montesquieu é aquele cuja constituição é capaz de manter poderes diferenciados e, ao mesmo tempo, equilibrados. Somente sob um regime moderado haveria a liberdade política. Também define a liberdade como o poder de fazer tudo o que se deve querer, tudo o que as leis permitem, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar fazer.

Essa liberdade necessita de ser assegurada por uma constituição que se acautele contra o abuso do poder, já que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”. Daí a separação entre os Poderes, para que um contenha o outro.

Depois, Rousseau (1712-1778) preleciona que a soberania nasce da decisão dos indivíduos. No Contrato social, que publica em 1762, sustentando que o poder soberano pertence diretamente ao povo. Pelo pacto social, os indivíduos se transformam em corpo político, renunciando à liberdade natural, mas forjando a liberdade civil na garantia de

estarem [os indivíduos] governados por uma lei genérica, fruto da totalidade do corpo soberano.

Rousseau desconfia dos governos e propõe que sejam limitados, para prevenir que se desvirtuem pela busca de fins particulares, apartando-se dos objetivos gerais que lhes seriam típicos. Para ele, “não existe nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social”. A Constituição não tem função de limite ou de garantia. Apenas cuida dos poderes instituídos, não podendo restringir a expressão da vontade do povo soberano.

As revoluções do último quartel do século XVIII tiveram uma visão radical da soberania popular.

A Revolução Francesa havia assumido a tarefa de superar todo o regime político e social do Antigo Regime. O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição.

Isto acarretou um problema: como o povo se faria ouvir, de como a sua existência política se expressaria na sociedade?

O exercício da força soberana do povo é então reconhecido aos seus representantes no Legislativo. Sendo a expressão do povo soberano, o parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição.

O Parlamento passa a ser a sede de defesa dos interesses do povo e esses interesses tinham por vértice os valores da liberdade individual e da propriedade, que não encontravam amparo adequado sob o regime monárquico absolutista.

A Constituição de 1791 muito embora abrigasse norma decretando que não haveria Constituição sem separação de Poderes, construiu um sistema fundado na supremacia do Legislativo, como por exemplo: o fado do rei ainda dispunha do poder de veto, que era, entretanto, apenas suspensivo e aposto como resultado da vontade, não de representante do povo, mas de representante da unidade nacional. Assim, o governo era desempenhado pelo Legislativo, restando ao Executivo a função de dispor dos meios aptos para dar aplicação à lei.

Entretanto, isto não deve causar espanto. A Revolução Francesa não vinha apenas restringir excessos de um regime anterior; propunha-se a suplantá-lo, defrontando-se, porém, com resistência pertinaz. Depois da Revolução Francesa, as monarquias absolutas, forçadas, transformaram-se em monarquias constitucionais e o monarca passou a compartilhar o poder com as novas forças sociais.

Os revolucionários, afirmando-se representantes do povo, instalaram-se nos Parlamentos e sabiam que este deveria ser fortalecido em face do rei. A vontade do Parlamento tinha de prevalecer e ser preservada, daí o enorme prestígio do Parlamento, com a sua efetiva supremacia sobre os demais poderes.

O prestígio do Parlamento explica as características quase místicas reconhecidas à expressão da sua vontade — a lei. Assim, conclui-se o motivo pelo qual a lei ficou no ápice reside no fato de sua origem: o parlamento.

A lei, assim, se define e ganha a sua força tendo em vista a sua proveniência orgânica, mais do que por seu conteúdo. A lei é comando obrigatório válido por ter sido adotada pelo órgão coexistencialmente competente para representar a vontade dos cidadãos.

Desta maneira, tira-se uma consequência: confundiu-se o princípio da soberania da nação com o princípio da soberania do parlamento.

O Parlamento passou a ser duplamente soberano. Era soberano perante todas as autoridades do Estado, porque era a representação do povo e também tinha este caráter perante o próprio corpo de cidadãos, uma vez que este somente podia expressar a sua vontade por meio da assembleia dos seus deputados, afastando-se neste momento da idéia de Rousseau.

A supremacia do Parlamento não se concilia com a idéia de supremacia da Constituição, o que decerto concorre para explicar o desinteresse dos revolucionários na Europa por instrumentos destinados a resguardar a incolumidade da ordem constitucional. Não havia meio institucional de defesa da Constituição devido à sobrevalorização da supremacia da lei e do parlamento. Em curtas palavras, pode-se colocar a afirmativa no sentido de porque iriam os parlamentares se preocuparem com mecanismos de proteção, visto que eles podiam tudo por representarem a nação.

A supremacia do Parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis e os franceses devotavam especial desconfiança aos juizes, vistos como adversários potenciais da Revolução. O Judiciário era tido como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável — a decisão judicial (é a chamada Escola da Exegese). Como podemos extrair em Montesquieu onde afirmou que os juizes são um “instrumento que pronuncia as palavras da lei”, ou seja, o juiz é a boca da lei.

A subordinação do Judiciário ao Parlamento, do ponto de vista funcional, é notável. Uma manifestação fundamental disso é a criação, na França, do instrumento do référé législatif, por uma lei de 1790, somente abolida em 1837.

Desta forma, vislumbra-se uma interferência direta do Parlamento até no mais alto tribunal, sob o pretexto de preservar a vontade do povo, como expressa por seus legítimos representantes, os seus deputados. A supremacia do Parlamento não era, portanto, passível de contraste. O que o Legislativo decidia externava a vontade do povo e não tinha como ser censurado.

A idéia de uma Constituição sem proteção efetiva, e, portanto, com valor jurídico de menor tomo, perdurou por bom tempo na Europa continental. Ali, o problema da proteção da Constituição, isto é, do seu valor jurídico, ficou em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e no primeiro quartel do século XX.

A queda, em sucessão, dos regimes monárquicos na Europa, coincidindo com a progressiva adoção do parlamentarismo enfraqueceu a idéia de que a proclamação da separação dos Poderes seria meio suficiente para a defesa das liberdades. Necessitou-se então de uma nova fórmula de proteção dos indivíduos. Impunha-se a descoberta de novas fórmulas de controle do poder Estatal.

Instaurou-se, no período de entre-guerras, rico debate, dominado por Carl Schmitt e Hans Kelsen, em tomo dos instrumentos de proteção da Constituição, sendo esta interrompida, dramaticamente, com a Segunda Guerra Mundial.

Terminado o conflito e os horrores do totalitarismo, reacendeu-se o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíam do trauma dos regimes ditatoriais buscam proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz, já que os Parlamentos ficaram “totalmente amarrados” neste regime político. Este fenômeno é o chamado por alguns doutrinadores de “Racionalização do poder”.

Enfim, assim, o poder constituinte passa a ser a voz primeira do povo, condicionante das ações dos poderes por ele constituídos. A Constituição assume o seu valor mais alto por sua origem por ser o fruto do poder constituinte originário.

Diferentemente do que ocorre no **segundo momento**, onde desde o início do século XIX, é reconhecido o valor normativo da Constituição como documento máximo da ordem jurídica, pois nos Estados Unidos, ao contrário do que acontecia na Europa na mesma época, não há preocupação maior com o poder do Executivo. O Presidente da República é eleito pelo voto popular. Não é o adversário temido como eram os monarcas do final do absolutismo. Todavia, o que de fato assustava os norte-americanos era uma extensão desmesurada do Poder Legislativo. Desta forma, com este intuito, arquitetam para si o caminho do equilíbrio dos poderes, precavendo-se contra as ambições hegemônicas do Congresso. Assim, disse

Jefferson: “déspotas serão tão opressivos como um só. Não lutamos por um despotismo eletivo, mas por um governo baseado sobre princípios livres”.

Este medo do congresso tem uma causa: as leis britânicas no que tange à taxação, principalmente, provocaram a indignação dos colonos, que as viram como resultado de um parlamento corrompido, que se arrogara poder ilimitado. O Parlamento britânico, por sua vez, viu os colonos como força hostil à liberdade. Consubstancialmente, a nova nação deveria precaver-se contra a legislatura propensa às medidas tirânicas, ou seja, haveria de se construir um governo limitado. Nas palavras de Horst Dippel

Se não há nenhum limite para a Legislatura, ...nós não somos mais um país livre, mas um país governado por uma oligarquia tirânica. (...) Um governo puramente legislativo como o da Inglaterra, onde os representantes são legisladores absolutos, sem qualquer sistema institucionalizado de controle, era considerado como um mero parlamentarismo despótico.

Segundo Valdés: “A manutenção da liberdade não somente exige o estabelecimento de garantias para a sociedade em face do Estado, como também a proteção das minorias em face de um eventual abuso democrático”.

Na República americana, os dois poderes fundamentais do Estado procedem da mesma fonte de legitimidade, o voto popular. Abriu-se uma discussão de outro problema, que somente ocupará os europeus num posterior momento histórico (exatamente com o pós guerra), como proteger as minorias?

Para alcançar este objetivo exigia-se que os limites dos poderes estivessem bem delineados num documento vinculante, insuscetível de ser alterado pelas mesmas maiorias contra as quais as limitações eram dispostas, ou seja, a solução estava na Constituição Federal (forma-se o entendimento de duas idéias: a de supremacia da Constituição sobre as leis e a de rigidez da carta, pois haveria que se ter um procedimento mais dificultoso, diferenciado e solene para a sua mudança, devido a sua origem superior – o poder constituinte originário).

O reconhecimento de que a Constituição é norma jurídica aplicável à solução de pendências foi decisivo para que se formasse a doutrina do judicial review, pela qual o Judiciário se habilita a declarar não aplicáveis normas contraditórias com a Constituição. Se uma constituição é, de fato, a lei básica deve, por isso, ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias.

O caso *Marbury Vs. Madison* ostenta enorme relevo para a história da afirmação da supremacia da Constituição, para a fixação do máximo valor jurídico dos textos constitucionais e para a compreensão do controle jurisdicional de constitucionalidade como mecanismo inerente a essas características da Constituição.

Portanto, cabe ao Judiciário, diante da hipótese de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar esta última e desprezar a primeira. Afinal, como todos os Poderes Públicos devem-se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição.

Pode-se apontar três assertivas básicas para a doutrina do controle judicial:

- a) a Constituição é concebida para ser a lei principal do país;
- b) cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição;
- c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais Poderes.

Nota-se que o tema do controle de constitucionalidade continuou a inspirar cuidados por muito tempo. Por isso mesmo, somente cinco décadas mais tarde, em 1857, no caso *Dred Scot*, a Suprema Corte tornou a julgar uma lei do Congresso Nacional incompatível com a Constituição e esta decisão foi um dos motivos da guerra de secessão, estando no rol das decisões mal-afamadas da história judiciária americana por a Suprema Corte dizer que era inconstitucional lei que garantia a liberdade de negros que passassem por Estados não escravagistas (simplificando, a Suprema Corte queria que a escravidão continuasse).

Conclui-se, enfim, que o valor normativo supremo da Constituição não surge, de pronto, como uma verdade auto-evidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política.

Consoante informa Quadros de Magalhães, muito embora o modelo constitucional brasileiro de 1891 tenha sido influenciado pelo direito norte-americano importando deste algumas instituições, como por exemplo: o federalismo, o presidencialismo, o modelo de Suprema Corte etc; nossa tradição é construída a partir do modelo europeu, o que significa dizer que nosso constitucionalismo é um dos mais promissores do planeta, pois tem traços dos dois grandes sistemas jurídicos mais modernos.

## II – CONCEITO

Antes de apontar uma definição ao poder constituinte, ressalta-se que tratar-se-à do poder constituinte como sendo-o poder constituinte originário, quando nada for mencionado.

O poder constituinte nada mais é que o poder de criar e/ou alterar a constituição do Estado (procedimento este em que se chamado de poder constituinte derivado). Como demonstra Afonso Arinos (apud PEÑA, 2007, p. 9) é o “poder de produção das normas constitucionais, por meio do processo de elaboração e/ou reforma da Constituição, com o fim de atribuir legitimidade ao ordenamento jurídico do Estado.”

Canotilho (2003, p. 65) aponta no sentido de que

“(…) no fundo, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.”

O referido constitucionalista ainda ensina que três palavras, respectivamente, resumem os traços históricos-constituintes dos ingleses, americanos e franceses (revelar, dizer e criar).

Na Inglaterra, o poder constituinte não veio para criar uma lei fundamental mas para confirmar a existência de “privilégios e liberdades” radicalizados em “velhas leis” de direito, pois, neste país, reina o sistema do Common Law, onde há um número reduzido de documentos escritos e um amplo corpo costumeiro de normas. Importante contribuição é dada por Nader (2005, p. 156/ 157) que define o direito costumeiro “como um conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, reconhecidas e impostas pelo Estado.”. Atribui-se a John Locke a distinção entre o poder constituinte do povo, aquele que alcança uma nova “forma de governo”, e o poder ordinário do governo e do legislativo que são encarregados de prover à feitura e a aplicação das leis. Estava teorizada o “*supreme power*” que resumia os

seguintes pontos: a) o estado da natureza é de carácter social; b) neste estado de natureza os indivíduos tem uma esfera de direitos naturais antecedentes ou preexistentes à formação de qualquer governo; c) o poder supremo é conferido à sociedade ou comunidade e não a qualquer soberano; d) o contrato social onde o povo “consente” o poder supremo ao legislador não confere a este um poder geral, mas um poder limitado, específico e não arbitrário; e) só o corpo político reunido no povo tem autoridade política para estabelecer a constituição política da sociedade.

Nos Estados Unidos da América, o poder constituinte nos remete a uma filosofia garantística. A constituição não é um projeto para o futuro, mas uma forma de garantir direitos e de limitar (dizer) poderes. Foi utilizada para opor-se aos representantes do povo e não apenas uma constituição querida pelo povo soberano.

Na França, diferentemente do modelo constitucional da sociedade civil inglesa (onde não existia uma noção clara de nação, pois existia uma separação entre os indivíduos com direitos devido serem possuidores de propriedades e os indivíduos desprovidos destes, sendo classificados sem direitos), colocou-se a nação como detentora de um poder constituinte que, quando querer, pode criar uma nova ordem política e social, dirigido ao futuro e rompendo com o antigo regime. Segundo os autores mais modernos, a teoria do Poder Constituinte de Sieyès é, simultaneamente, desconstituente e reconstituente, aquela porque se dirige contra a forma monárquica ou a desconstituir o poder por ela estabelecido e esta no sentido de uma vez abolido o poder monárquico, impõe-se uma reorganização, uma reconstrução política, uma forma.

Jorge e Neto (2006) conceituam o poder constituinte como aquele que cria o Estado, tendente a dotá-lo de estrutura peculiar através de uma Constituição.

Os referidos autores vinculam à idéia de poder constituinte com a constituição escrita, muito embora nada impeça a manifestação de tal poder com relação àquelas costumeiras ou históricas. Karl Loewenstein (apud JORGE e NETO, 2006, p. 13)

afirma ser universal o fenômeno da constituição escrita, surgindo como inevitável consequência das conquistas das revoluções francesa e a americana, a tal ponto que, (...) a soberania popular e a constituição escrita se converteram, prática e ideologicamente, em conceitos sinônimos.

Ao falar sobre a amplitude do poder constituinte, Pinto Ferreira (apud QUADROS DE MAGALHÃES, 2006, P. 72/73) firma o entendimento que “é o poder de criar, emendar e revisar a Constituição.” Ainda, afirma Magalhães (2006) que existem obras clássicas que

partilham desta mesma idéia, como Walter Dodd, Kelsen, Hauriou e Rew Barbosa etc, e as que não concordam como Schmitt, Heller, Recaséns Siches, Carl Friedrich e Dnez, afirmando que o poder constituinte será apenas aquele que cria a Constituição.

Ainda se valendo das palavras de Magalhães (2006), esta discussão existe devido a força do poder de reforma. Ora, se a Constituição deve oferecer as relações jurídicas uma segurança, se admitirmos a compreensão de que o poder de reforma pode tudo, se chegaria a uma situação de grande insegurança, podendo o Legislativo ordinário retirar o que há de essencial na constituição (a segurança) e estabelecer uma espécie de absolutismo da maioria, que, como um rolo compressor, desmontar-se-ia a Constituição.

Interessante comentário faz Lenza (2008, p.86/87)

Alguns autores preferem a utilização da terminologia *competências*, em vez de poder constituinte derivado, pois só seria poder constituinte o que derivasse diretamente da soberania popular e fosse ilimitado. No entanto, mantemos a utilização da expressão poder constituinte na medida em que dele decorre a produção de normas de caráter constitucional.

De acordo com Paulo e Alexandrino (2003, p. 8)

A manifestação dessa vontade, essa decisão, oriunda da própria soberania da nação ou do povo, de produzir e organizar, ou de alterar em variável medida, a forma de existência política de um Estado, dando surgimento à Constituição, ou modificando a existente, constitui o que a mencionada teoria denominou poder constituinte.

Se valendo ainda da idéia dos dois autores tem-se como poder constituinte aquele que cria, extingue ou modifica, e põe em vigor normas jurídicas de valor constitucional, tendo como papel a criação e distribuição das competências supremas do Estado, bem como na limitação de seu exercício por meio do regramento constitucional.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2006, p. 21) “é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado.”

Entendem Mendes, Coelho e Branco (2008, p.195) que “poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política.”

Percebe-se, assim, que é um poder inicial, pois não existe antes dele, nem de fato nem de por direito, nenhum outro; não encontra limites ao direito positivo anterior.

### III – CARACTERÍSTICAS

Tem-se como natureza do poder constituinte alguns traços essenciais que o diferenciam daquele que será constituído por este, como, por exemplo, nas palavras de Georges Burdeau (apud JORGE e NETO, 2006, p. 12) “inicialidade, a autonomia e a incondicionalidade.”.

Primeiramente, há que haver a manifestação de vontade de alguns indivíduos para criar o Estado. Porém, como ensina sabiamente o professor Magalhães (2006, p.71) “por mais democrático que tenha sido qualquer poder constituinte, vamos encontrar no complexo jogo de poder por trás da constituinte aqueles que têm a capacidade ou possibilidade de impor seus interesses com mais força do que outros”.

Desta maneira, surge com a inicialidade a ordem jurídica, pois acima do poder constituinte inexistente poder. A autonomia é em virtude de caber ao seu titular decidir acerca do valor jurídico a dar a estrutura do Estado e a incondicionalidade, no sentido de que não se subordina a qualquer forma ou condição.

O prof. Horta (1999) demonstra que o poder constituinte, na sua versão clássica de origem francesa, está vinculado às manifestações revolucionárias, visando consagrar no novo texto constitucional as transformações e discussões trazidas pelos ideais da Revolução. Nas suas palavras, as revoluções possuem inspirações variáveis no tempo e no espaço, sendo que as do sec. XIX se fizeram em nome da liberdade, igualdade e fraternidade, ao contrário das do sec. XX, pois discutiam ordem, poder, disciplina e autoridade. O poder constituinte originário emana do fato revolucionário. Neste sentido, Burdeau (apud HORTA, 1999, p. 26) aponta “...[o] poder constituinte ... é rebelde a uma integração em sistema hierarquizado de normas e competências.”, pois é o criador da ordem jurídica, fixando-lhe os princípios e oferecendo os seus instrumentos.

Outros autores definem o poder constituinte com outras características interessantes agregando-se aos valores das características clássicas. Humberto Quiroga (apud MOTTA e DOUGLAS, 2004, p. 5) aponta que o poder constituinte

é um poder supremo, por não carecer de autorização de nenhum poder procedente; é ilimitado do ponto de vista jurídico-axiológico, pois não se vincula a nenhuma norma anterior ou posterior à sua manifestação; é extraordinário, pois só se formaliza em ocasiões excepcionais; é ordinário, visto que também funciona continua e materialmente por meio da interpretação constitucional e pelas mutações que atualizam sua efetividade; é único e indivisível, porque materializa a soberania do Estado.

Peña (2007), em interessante estudo, aponta a natureza pautando-se em diversos autores, mostrando que há uma divergência doutrinária acerca deste ponto, onde uma primeira corrente seria precipuamente jusnaturalista, defendida Emmanuel Sieyès, George Burdeau, Manuel Gonçalves Ferreira Filho e Luiz Pinto Ferreira, onde a natureza do poder constituinte seria a de poder de direito (jurídico), cuja análise é vinculada a considerações pertinentes à sua legitimidade, eis que o poder constituinte seria legitimado pelo seu titular, resultante do Direito Natural. Assim, resumindo, seus defensores acreditam na existência de um direito eterno, universal e imutável, pré-existente e superior ao direito positivado, não encontrando limites no direito positivo anterior, estando subordinado aos princípios do “direito natural”. A segunda corrente, de caráter juspositivista, adotada por Carl Schmitt, Carré e Malberg, Celso Ribeiro Bastos e Raul Machado Horta adverte que a natureza seria a de poder de fato, cujo exame é desvinculado de considerações relativas à sua legitimidade, já que o poder constituinte seria legitimado por si mesmo, transcendendo ao Direito Positivo. Desta maneira, por não admitir a existência de qualquer outro direito além daquele posto pelo Estado, entende-se que o poder constituinte é anterior e se encontra acima de toda e qualquer norma jurídica. Já para a terceira corrente, a qual filio-me, tendo como defensores, além do próprio autor (Guilherme Peña), Paulo Bonavides e José Horácio Meirelles Teixeira aduz que seria este um poder político.

Aponta-se também que o prof. Novelino (2009) faz esta explicação das correntes jusnaturalista e juspositivista de uma forma bem simples e didática, diferenciando as idéias de Bonavides e Schmitt, quanto a legitimidade. Bonavides indaga sobre qual tratamento deve-se dar ao poder constituinte: tratá-lo como um poder de fato, fora da dimensão dos valores, ou associá-lo a um princípio de legitimidade que nos consentiria manifestar preferência valorativa pelos titulares desse poder? Já para Schmitt, em razão de sua natureza

essencialmente revolucionária, o poder constituinte estaria liberado de valores referentes à sua legitimidade, pois, por ter o seu sentido na existência política, o sujeito do poder constituinte pode fixar livremente o modo e a forma da existência estatal a ser consagrada na Constituição, sem ter que se justificar em uma norma ética ou jurídica.

Paulo e Alexandrino (2003) trazem como características deste poder a permanência, pois este não desaparece com a elaboração da Constituição, ficando em estado latente (dormência) até o dia em que seja desejo da nação elaborar outra Constituição e a indisponibilidade e a inalienabilidade, porque a nação não pode abrir mão do direito de mudar à sua vontade.

Os mesmos autores em sua outra obra (2007) trazem como características: inicial devido sua obra é a base da ordem jurídica, pois cria um novo Estado, rompendo completamente com a ordem anterior; ilimitado e autônomo por não ter que respeitar limites postos pelo direito anterior; incondicionado porque não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade, não estando obrigado a seguir qualquer procedimento predeterminado para realizar a sua obra, e absoluto por poder atingir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada consumados na vigência do ordenamento constitucional pretérito.

Sobre o caráter a ilimitabilidade ponderam que (2007, p. 82/ 83)

entre nós, não seja juridicamente possível fiscalizar a validade de sua obra, [assim] vale dizer, não é juridicamente possível ao Poder Judiciário fiscalizar a validade das normas inseridas na Constituição, no momento de sua elaboração, pelo poder constituinte originário. A jurisprudência do STF é mansa a respeito, visto que o poder constituinte não se encontra sujeito a quaisquer limites impostos pela ordem jurídica interna, tampouco a limitações de ordem suprapositiva.

Em capítulo próprio mostrar-se-á que existem posições que discordam desse caráter ilimitado (autônomo) do poder constituinte.

Por fim, necessário se faz registrar as palavras de Lenza (2008) que ensina que o objetivo fundamental do poder constituinte originário é criar um novo Estado que diferirá daquele que vigorava. O referido professor utiliza-se das palavras de Michel Temer (apud LENZA, 2008, p.84) que sobre o assunto comenta

ressalte-se a idéia de que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembléia popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, o de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém,

juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decretos (veja-se o Dec. n. 1, de 15.11.1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado.

## IV – TITULARIDADE E EXERCÍCIO

Ao se falar de titularidade e exercício do poder constituinte, deve-se comentar, primeiramente, o nome do abade de Chartres francês Emmanuel Joseph Sieyès que, em sua obra clássica “Qu’est-ce que Le Tiers-Etat?” (o que é o terceiro Estado?), alguns meses antes da Revolução Francesa, inspirado pelos ideais iluministas do sec. XVIII foi o pioneiro a apontar este poder como distinto das demais forças que atuam em uma comunidade política, especialmente dos poderes constituídos pela ordem jurídica que a rege (princípio da supremacia constitucional), tendo posteriormente a sua tese um aperfeiçoamento, com destaque para Carré de Malberg.

Paulo e Alexandrino (2003) descrevem de uma forma muito didática a teoria de Sieyès que atribui à nação soberana a titularidade do poder constituinte, tendo e podendo, quando ela desejar, a criação ou formalmente mudá-la ou mesmo ab-rogá-la a qualquer tempo. Sieyès teorizou como sendo um poder suprajurídico, exterior à Constituição, que deve ser exercido nos ditames do princípio representativo, pois, em sua visão, a nação transferia, embora temporariamente (enquanto durasse a tarefa de criação da constituição), a totalidade de sua soberania à Assembléia Constituinte, o que permitiria a esta promulgá-la sem a necessidade de uma manifestação popular direta (referendum) aprovando ou rejeitando o texto resultante de seus trabalhos. Anota-se que a idéia de Sieyès, se analisada dentro do contexto político-histórico no qual eclodiu a Revolução Francesa, foi boa para aquele momento de profunda transformação (abandono definitivo do Regime Absolutista) e atendia perfeitamente aos ideais do Liberalismo e aos propósitos da classe burguesa porque a titularidade do poder deixa de pertencer a Deus (monarca absoluto) e agora reside na nação. Neste sentido, Quadros de Magalhães expõe que esta idéia pode parecer um pouco romântica ou artificial em uma construção teórica-transdisciplinar contemporânea; contudo, sua existência foi necessária devido às dificuldades ou ate mesmo à impossibilidade de reconhecer-se a existência de uma vontade popular.

Torna-se oportuno fazer-se a distinção do conceito de nação, povo, população e cidadania. Segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ), Nação: está ligada ao conceito de país; povo ligado por laços de origem e afinidade e, em regra, fixo num território; o elemento natural do Estado. Povo: um dos três elementos básicos da formação do Estado, ao lado da soberania e do território; massa de indivíduos que se identificam pela mesma cidadania, quer no presente, quer em relação a gerações passadas; não se confunde com População: em que essa depende de um território, em determinado momento e independe de cidadania, pois só é cidadão a pessoa natural no gozo dos direitos políticos de um Estado e a ele jurisdicionada; Cidadania é a capacidade política que tem o indivíduo para influir na formação do governo, seja de forma ativa, pelo exercício do sufrágio, seja na condição passiva, como exercente de funções eletivas ou a elas candidato.

Entretanto, como bem observou Paulo e Alexandrino (2003, p. 9)

a nação pode ser representada, pode delegar temporariamente sua soberania a um órgão que a represente, e os integrantes desse órgão – os representantes da nação soberana – são eleitos mediante sufrágio censitário, restritivo, o que, na prática, transforma os representantes da nação em representantes da classe burguesa vitoriosa, não exatamente do povo.

Criou-se, desta forma, a Assembleia Constituinte soberana, que não necessita submeter o texto produzido por ela à aprovação do povo.

Os norte americanos nunca compartilharam desta idéia, visto que, na sua visão, não há delegação à Convenção Constituinte da soberania, a qual somente reside no povo em qualquer hipótese. Eles sempre adotaram a tese da soberania popular semelhante à de Jean-Jacques Rousseau, não aceitando a idéia de Constituinte soberana, nem dispensando o referendo popular para a aprovação do texto constitucional.

É de grande mister, devido suas fáceis palavras, registrar o ensinamento do professor Lenza (2008) sobre o que seja plebiscito, referendo e iniciativa popular. Primeiramente, é digno de esclarecer-se que estas formas de desempenhar o poder são realizadas diretamente pelo povo, ou seja, é uma forma de alcançar a soberania popular que, com fulcro no art. 1º da Lei n. 9.709 de 18.11.1998 institui por sufrágio universal e pelo voto secreto e universal o seu exercício (democracia direta), diferentemente da forma indireta, que é realizada por intermédio de seus representantes (democracia representativa), conforme o art. 1º PU da CF/1988, sendo que nossa Carta Magna consagra a idéia da democracia semidireta ou

participativa (sistema híbrido). Apesar dos dois primeiros serem formas de consulta ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância constitucional, legislativa ou administrativa; diferem quanto ao momento da consulta, pois no primeiro a consulta é prévia, primeiro consulta-se o povo para só depois tomar-se uma decisão política, ficando o governante condicionado ao que for deliberado; já no segundo, toma-se o ato legislativo ou administrativo para posteriormente submetê-lo à apreciação popular que o confirmará (ratificar) ou o afastará (rejeitar). A terceira forma consiste em âmbito federal, na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por no mínimo 1 % do eleitorado nacional, distribuído por, pelo menos, cinco Estados, com não menos de 0,3 % dos eleitores de cada um deles como consta no art. 61, § 2º da CF/1988.

Depois, os constituintes franceses modificaram essa concepção de Sieyès, se aproximando mais da teoria da soberania popular idealizada por Rousseau. Bonavides (apud PAULO e ALEXANDRINO, 2003, p. 10) mostra que

com efeito, estabeleceu-se que as novas Constituições só seriam válidas e perfeitas após receberem a sanção do povo, submetidas por conseguinte a uma espécie de referendun constituinte, destinado a conjugar aquele abuso tão excelentemente retratado por Carré de Malberg – o de ver-se a representação do povo soberano transformada em representação soberana do povo, ou seja, a soberania popular transmutada em soberania parlamentar.

Canotilho (2003, p. 75) concebe o povo, nas atuais democracias, como

uma “grandeza pluralística”, ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de “opiniões”, “vontades”, “correntes”, “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituintes.

O autor ainda escreve que o povo concebe-se como povo em sentido político, isto é, grupos de pessoas que agem segundo idéias, interesses e representações de natureza política, diferentemente do conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura comum.

Conclui assim, de forma brilhante, que tem-se que abandonar a subjetividade originária porque para encontrar o sujeito deste poder, temos de localizá-lo naquele complexo de forças políticas plurais, por isso fala-se em plurisubjetividade do poder constituinte.

Peña (2007) trás, em sua obra, discussões e teorias interessantes sobre este tema e ensina que a titularidade aponta quem será afetado pela decisão do poder constituinte, no caso o povo e o exercício designa a quem é atribuído o desempenho do poder constituinte, que divide-se em formas direta, indireta e mista. Vide o art. 1º, parágrafo único da CRFB/1988.

Antonio Negri (apud PEÑA, 2007) formulou a teoria do sujeito constituinte onde o poder constituinte é, em si mesmo, um sujeito formado pela subjetividade coletiva. Todavia, esta não é a idéia que perfilhamos visto que a elaboração e/ou reforma constitucional será legitimada na medida em que estiver em conformidade com o consentimento dos titulares, em nome dos quais é exercido.

Com relação a titularidade, Peña ensina que a Ciência Política retrata a existência de três teorias a saber: a teoria da soberania divina, onde asseguram que o poder político emana de Deus (subdivide-se em teoria da soberania divina sobrenatural, onde o agente é investigado diretamente por intervenção divina, designado pelo próprio titular do poder político e em teoria da soberania divina providencial, onde o agente é investigado indiretamente pela intervenção divina, escolhido em virtude dos acontecimentos conduzidos pelo titular do poder político); a teoria da soberania nacional, onde a soberania é atribuída à nação, compreendida como entidade abstrata (há a distinção entre a teoria da soberania nacional alienável e a teoria da soberania nacional inalienável, consoantes a discussão dos contratos políticos celebrados entre titular e agente importassem na transferência da titularidade ou exercício) e a teoria da soberania popular, onde a soberania é atribuída aos cidadãos, considerados como complexo de pessoas que participam da vida política do Estado. Assim, diferencia-se a soberania nacional da soberania popular, nesta o poder político é parcialmente concedido a cada membro do povo (*uti singuli*), naquela o poder político é concedido totalmente conferido à nação (*uti universi*).

O referido autor aponta que a doutrina moderna salienta que a titularidade reside no povo, na medida em que o povo corresponde ao conjunto de pessoas que, em determinado contexto histórico, compõem uma comunidade onde seus interesses permanentes prevalecerão aos momentâneos, e não à nação como teorizou Sieyès.

Michel Temer (apud LENZA, 2008) entende que compõem o povo aqueles indivíduos catalogados no art. 12 da CRFB/1988.

No tocante ao exercício, Peña demonstra haver dois prismas: os órgãos, subdividindo-se em exercício direto, indireto e misto e os procedimentos constituintes, que são estudados em fases preparatória, introdutória, constitutiva e complementar.

Quanto ao exercício direto, há a elaboração e/ou reforma popular da Constituição, já que o poder constituinte é desempenhado pelo povo, por exemplo na hipótese de aclamação em revolução. No exercício indireto, há a elaboração e/ou reforma representativa da Constituição, posto que o poder constituinte é elaborado por representante(s) popular(es), personificado em um agente (sistema monocrático) ou reunidos em um órgão (sistema policrático) como na hipótese de Assembleia Constituinte (denominação francesa) ou Convenção nacional (denominação norte-americana). No misto, há a elaboração e/ou reforma combinada da Constituição, visto que o poder constituinte é desempenhado conjuntamente pelo povo e seu(s) representante(s) como na hipótese de plebiscito ou referendo, com a promulgação ou outorga da Carta magna.

Quanto a fase preparatória, há a decisão constituinte no sentido da elaboração e/ou reforma da Constituição. Na fase introdutória, há o ato convocatório do órgão constituinte, que pode ser levado ou não a termo por órgão regular de representação. Na fase constitutiva, há a atividade constituinte, expressada pelas formas de revolução, assembléia constituinte ou convenção nacional e plebiscito ou referendo. Enfim, há a fase complementar, em que o produto do exercício do poder constituinte será exteriorizado por outorga ou promulgação.

José Celso Mello Filho (apud ALEXANDRE DE MORAES, 2006, p.21 a 22) anota que as Assembleias Constituintes “não titularizam o poder constituinte. São apenas órgãos aos quais se atribui, por delegação popular, o exercício dessa magna prerrogativa.”. Também entende Manuel Gonçalves Ferreira Filho (Apud ALEXANDRE DE MORAES, 2006, p. 22) que “o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite”.

Interessante anotar a idéia proposta na obra de Paulo e Alexandrino (2007, p. 80) no sentido de “... [embora] na atualidade haja um consenso teórico em afirmar que é o povo o titular do poder constituinte, o seu exercício nem sempre tem se realizado democraticamente.”. Tem-se como exemplo o poder constituinte ser exercido por ditaduras ou grupos que se lançam ao poder mediante a ruptura da ordem democrática, onde resultarão na criação de Cartas autocráticas totalmente destituídas de representação ou participação popular.

Concluem os autores que há duas formas distintas para o exercício: democrática (poder constituinte legítimo) e autocrática (poder constituinte usurpado). Enfim, não importa se é democrático ou não o exercício, porém deve-se analisar se houve ruptura da ordem constitucional estabelecida e a sua substituição por outra, porque, democraticamente ou não, esta nova Constituição será obra do poder constituinte.

Ensina o grande constitucionalista Gonçalves Ferreira Filho (1989, p. 23) sobre o direito do povo a realizar a revolução dizendo que "... é o derradeiro recurso da liberdade, que só ela o pode justificar como emprego da força contra a lei positiva; ...[sendo] sempre a ultima ratio [devendo ser utilizada somente] em casos extremos"

Novelino (2009), ao comentar sobre o fenômeno constituinte, mostra que, no surgimento de uma nova Constituição, pode ocorrer por duas vias diferentes: a revolução ou a transação constitucional.

A revolução caracteriza-se como triunfo, não da violência, mas de um direito diferente ou "de um diverso fundamento de validade do sistema jurídico positivo do Estado". Jorge Miranda (apud NOVELINO, 2009, p. 70) afirma que nada se mostra "mais gerador do direito do que uma revolução, nada há talvez de mais eminentemente jurídico do que o ato ou fato revolucionário". O prof. da Universidade de Lisboa ainda observa que

a quebra do ordenamento em vigor só se torna possível pela presença de valores, princípios e critérios que, afetando os até então reinantes, vêm, do mesmo passo, carregar de legitimidade o fato ou ato revolucionário e desencadear efeitos normativos múltiplos, extensos e susceptíveis de, por seu turno, adquirirem uma dinâmica própria.

Desta maneira, a revolução pode ser feita por dois modos: por golpe de Estado, quando o poder constituinte é usurpado por um governante; ou através de uma insurreição ("revolução em sentido estrito") quando realizada por grupo ou movimento externo aos poderes constituídos.

Diferentemente, tem-se a transação constitucional que revela um dualismo interessante, pois enquanto a nova constituição é preparada, a anterior subsiste. Aqui, vislumbra-se uma diferença para o golpe de Estado porque naquela observa-se as competências e as formas de agir instituídas. Jorge Miranda (apud NOVELINO, 2009, p.71) diferencia estes modos de transação em

- I) Transação espontânea (decidida pelos detentores do poder por sua livre opção) e transação provocada (resultante de convulsões políticas ou de outros eventos, internos ou externos);
- II) Transação unilateral (levada a cabo no âmbito dos órgãos constitucionais em funções, sem interferência das forças políticas de oposição) e transação por transação (feita por acordo entre as forças identificadas com o regime ate então vigente e as forças da oposição);
- III) Transação democrática ou pluralista (passagem de regime político de concentração de poder para um regime pluralista) e transação não pluralista (de sentido inverso).

Ao analisar a Legitimidade, Novelino aduz que esta pode ser enxergada sobre duas óticas distintas: sobre um ponto subjetivo e um objetivo.

Na subjetividade, a legitimidade está relacionada a questão envolvendo a titularidade e o exercício, pois para ser considerado legítimo deve ser exercido por representantes do povo (titular) eleitos especificamente para este fim (ANC) e nos limites da delegação.

Do ponto objetivo, o poder constituinte deve colocar na Constituição um conteúdo axiológico correspondente aos anseios de seu titular. O professor Canotilho, citado pelo autor, observa que o critério da legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a conformidade do ato constituinte com a idéia de justiça e com os valores intrínsecos determinados na sociedade em um determinado momento histórico. Assim tem-se nas palavras dele que (apud NOVELINO, 2009, p.73) “a consagração de uma justa ordenação dos interesses e forças sociais das quais a Constituição se originou é fator indispensável para sua legitimidade”.

Em sua obra, Lenza (2008), ao explicar sobre as formas de expressão deste poder, anota quais constituições foram outorgadas e quais passaram pela assembleia constituinte. Assim sendo foram outorgadas, ou seja, suas Cartas vieram da declaração unilateral do agente revolucionário, as Cartas de 1824, 1937, 1967 e EC n. 1/69. Ao contrario, foram fruto da ANC, nascendo da deliberação da representação popular, as CF de 1891, 1934, 1946 e 1988.

## V – ESPECIES

A doutrina identifica duas clássicas espécies de poder constituinte: o originário (também denominado de genuíno, primário, de primeiro grau ou inicial) e o derivado (instituído, constituído, secundário ou de segundo grau).

Lenza (2008) faz, em sua obra, uma subdivisão interessante do poder constituinte originário, classificando-o em histórico ou em revolucionário. Histórico seria o verdadeiro poder constituinte originário, estruturando, pela primeira vez, o Estado, como por exemplo, ocorreu com a Carta de 1824. Revolucionário seriam todos os posteriores ao histórico, rompendo por completo com a antiga ordem e instaurando uma nova, ou seja, um novo Estado.

Sabidamente, defende a existência do poder constituinte derivado Jorge e Neto (2006, p. 14) asseverando que

[devido] a realidade cambiante das relações sociais, políticas e econômicas denota, por vezes, a conveniência de modificação de aspectos pontuais do texto constitucional, surgindo, nesse passo, o poder constituinte derivado, o poder reformador, ou ainda o poder de competência constitucional derivada. Trata-se, em verdade, de aspecto vinculado à técnica constitucional, eis que se tornaria impossível o chamamento do constituinte originário a cada vez que os fatores de ordem social, política ou econômica apontassem para a mudança da constituição.

o poder constituinte derivado é criado e instituído pelo originário. Assim, ao contrário de seu “criador”, o derivado deve obedecer às regras colocadas e impostas por aquele sendo, nesse sentido, limitado e condicionado aos parâmetros a ele impostos.

Assim, pode-se dividir o poder constituinte derivado em **reformador**, **decorrente** e **revisor**.

O poder constituinte derivado **reformador**, chamado por alguns de competência reformadora (como já foi comentado neste estudo), como Michel Temer (apud LENZA, 2008, p.87) que anota

[parece] mais convincente a expressão 'Poder Constituinte' para o caso de emanção normativa direta da soberania popular. O mais é fixação de competências: a reformadora (capaz de modificar a Constituição); a ordinária (capaz de editar a normatividade infraconstitucional), tem a capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução.

O poder de reforma constitucional, assim, tem natureza jurídica, ao contrário do originário, que é um poder político, ou, segundo alguns, uma força ou energia social, como entende Mota e Spitzcovsky (2000, p. 2) que escrevem no sentido de que "...[como] a ordem jurídica começa com a Constituição, o Poder que a elabora, logicamente, não pode ser jurídico".

A manifestação do poder constituinte reformador verifica-se através das emendas constitucionais, conforme arts. 59, I, e 60 da CFRB/1988.

Vislumbra-se, desta forma, que o originário permitiu a sua alteração, contudo obedecendo alguns limites imposto por ele tais como: quorum qualificado de 3/5, em cada Casa, em dois turnos de votação para aprovação das emendas (art. 60, § 2.º); proibição de alteração da Constituição na vigência de estado de sítio, defesa, ou intervenção federal (art. 60, § 1º), um núcleo imutável, as chamadas cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da CF/88, que podem ser aumentadas, porém nunca abolidas, como lembra o professor Ricardo Alexandre (2009, p. 99) que, com grande simplicidade e clareza, diz

que a norma constitucional que define as 'cláusulas pétreas' não proíbe quaisquer Emendas sobre aquelas matérias, vedando apenas as mudanças tendentes a abolir o que ali está enumerado. Nessa linha, é correto afirmar que é possível a realização de emendas que ampliem ou melhorem a proteção que a Constituição Federal atribuiu ao contribuinte; o que não é possível é a supressão ou diminuição das garantias

O poder constituinte derivado **decorrente** tem por finalidade estruturar a Constituição dos Estados-membros. Tal competência decorre da capacidade de auto-organização estabelecida pelo poder constituinte originário, que a eles lhe garantiu autonomia, manifestada pela capacidade de auto-organização (art. 25, caput); autogoverno (arts. 27, 28 e 125, que estabelecem regras para a estruturação de seus Poderes Legislativo: Assembléia Legislativa; Executivo: Governador do Estado; e Judiciário: Tribunais e juízes) e auto-administração (arts. 18 e 25 a 28).

Celso Bastos (apud LENZA, 2008, p. 87) demonstra que tem-se como único ponto em comum entre este poder, denominado poder constituinte estadual, e o poder constituinte

nacional o fato de que ambos se reúnem para elaborar uma constituição e, assim, portanto, de resto só existem diferenças como, por exemplo, o fato do "...poder constituinte originário, que elabora a Constituição Federal, [ser] soberano, enquanto o poder constituinte estadual é autônomo, O primeiro não está subordinado a nenhuma limitação jurídica. O segundo atua dentro de uma área de competência, delimitada pela Constituição Federal"

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz (apud LENZA 2008, p. 88) este poder

intervém para exercer uma tarefa de caráter nitidamente constituinte, qual seja a de estabelecer a organização fundamental de entidades componentes do Estado Federal. Tem o Poder Constituinte Decorrente um caráter de complementaridade em relação à Constituição; destina-se a perfazer a obra do Poder Constituinte Originário nos Estados Federais, para estabelecer a Constituição dos seus Estados componentes

Foi inteligente o poder constituinte originário ao definir que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição", conforme o art. 25, caput, da CF/88, no tocante à capacidade de auto-organização, pois, este último trecho da norma, claramente, demonstra o caráter de derivação e vinculação do poder decorrente em relação ao originário, sendo certo afirmar que os Estados têm a capacidade de auto-organizar-se, desde que, observem as regras que foram estabelecidas pelo poder constituinte originário.

O exercício do poder constituinte derivado decorrente foi concedido às Assembléias Legislativas, conforme descrito no art. 11, caput, do ADCT, que diz: "Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta".

Os Municípios (que por força dos arts. 1º e 18 da CF/88 fazem parte da Federação brasileira, sendo, portanto, autônomos em relação aos outros componentes, na medida em que também têm autonomia "F.A.P." — Financeira, Administrativa e Política) elaborarão leis orgânicas como se fossem "Constituições Municipais".

Dessa forma, a capacidade de auto-organização municipal está delimitada no art. 29, caput, da CF/88, sendo que seu exercício caberá à Câmara Municipal, conforme o parágrafo único do art. 11 do ADCT, que estabelece: "Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual".

A respeito do conteúdo, Lenza (2008, p. 90) adota o critério jurídico-formal, onde

só os Estados-membros elaboram suas Constituições através da manifestação do poder constituinte derivado decorrente. Distrito Federal e Municípios regem-se por lei orgânica, que nada tem de parecido (do ponto de vista formal) com a Constituição de um Estado (Federal ou Federado). Por mais que a lei orgânica, v.g., de um Município, tenha a mesma finção que a Constituição, tanto é que José Afonso da Silva diz que 'ela é uma espécie de constituição municipal' (e aí, funcionalmente, seriam a mesma coisa), como nos valemos do critério formal, só podemos admitir que a manifestação do poder constituinte derivado decorrente é para a elaboração das Constituições dos Estados-membros, que deverão obedecer aos princípios estabelecidos na Constituição Federal.

O Distrito Federal de acordo com o art. 32, caput, da CF/88, será regido por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de 10 dias, e aprovada por 2/3 da Câmara Legislativa, que a promulgará. Tal lei orgânica deverá obedecer aos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Importante se observar que está se tratando da Lei Orgânica do Distrito Federal, de 08.06.1993, publicada no DODF de 09.06.1993, cujos arts. 1º e 2º, corroborando o preceituado na Lei Maior, prescrevem que o DF, no pleno exercício de sua autonomia política, administrativa e financeira, observados os princípios constitucionais, reger-se-á pela referida Lei Orgânica e integrará a União indissolúvel da República Federativa do Brasil.

Sobre os Territórios Federais (que atualmente não mais existem, mas poderão vir a ser criados) podemos dizer, de acordo com o art. 18, § 2.º, que integram a União, não se falando em autonomia e, portanto, não se cogitando em manifestação de poder constituinte.

Enfim, pode-se afirmar que o poder constituinte derivado decorrente é apenas o poder que os Estados-membros, por meio das Assembléias Legislativas, têm de elaborar as suas Constituições Estaduais, que deverão obedecer aos limites impostos pela Constituição Federal, nos exatos termos do art. 25, caput, da CF/88. Sendo que essa particularidade não se estende aos outros entes que ocupam uma posição peculiar.

Sobre o poder constituinte derivado **revisor**, tem-se o art. 3.º do ADCT determinando que a revisão constitucional seria realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Desta forma, estabeleceu-se uma competência de revisão para "atualizar" e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessárias. Observa-se que como texto constitucional prescreve, após cinco anos, contados de 05.10.1988, deveria ser feita uma revisão na Constituição, que, brilhantemente dita por Lenza, deveria dar-se após,

pelo menos, 5 anos, podendo ser 6, 7, 8... e apenas uma única vez, sendo impossível uma segunda produção de efeitos.

Como se trata de manifestação de um “poder” derivado, os limites foram estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário. Muito se questionou a respeito dos limites. Teorias surgiram apontando uma ilimitação total; outras apontando a condicionalidade da produção da revisão desde que o plebiscito previsto no art. 2.º do ADCT modificasse a forma ou sistema de governo. A teoria que prevaleceu foi a que fixou como limite material o mesmo determinado ao poder constituinte derivado reformador, qual seja, o limite fixado nas “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, da CF/88.

Novelino (2009) diferencia com extrema simplicidade o poder constituinte revisor e o reformador, onde neste tem-se a via permanente de modificação da Constituição e naquele tem-se uma via extraordinária e transitória. Ainda se valendo de sua idéia, enquanto o reformador não possuía qualquer limitação temporal, o revisor só poderia ser realizado após cinco anos completos da promulgação da CF; quanto às limitações formais, tem-se o quórum diferenciado, sendo 3/5 para a reforma e maioria absoluta para a revisão. É de bom tom transcrever o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência que firma que o poder revisor possuía as mesmas limitações materiais e circumstanceais impostas ao poder reformador, com um julgado do STF: “As mudanças na constituição, decorrentes da ‘revisão’ do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das ‘clausulas pétreas’ consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988.” (ADI 981-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 17-12-94, DJ de 5-8-94)”.

No ordenamento jurídico, a competência revisional do art. 3.º do ADCT proporcionou a elaboração de 6 Emendas Constitucionais de Revisão (n. 1, de 1.º.03.1994—DOU, 02.03.1994 —e as de números 2 a 6, de 07.06.1994, publicadas no DOU em 09.06.1994), não sendo mais possível nova manifestação do poder constituinte derivado revisor em razão da eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada da aludida regra, salvo, como observa Novelino (2009, p.97),

se houver uma emenda que, alterando o art. 3º do ADCT, consagre-a novamente. [Porém] a legitimidade de tal alteração depende da existência de uma substancial mudança das circunstâncias fáticas que justifiquem uma nova revisão, sob pena de tal previsão ter como única finalidade tornar mais fácil a alteração de certos dispositivos constitucionais, o que caracterizaria uma ‘fraude à Constituição.

Como adverte Lenza (2008, p. 91) “melhor seria a utilização da nomenclatura competência de revisão, na medida em que não se trata, necessariamente, de um ‘poder’, uma vez que o processo de revisão está limitado por uma força maior que é o poder constituinte originário, este sim um verdadeiro poder, inicial e ilimitado, totalmente autônomo.”

Importante ressaltar que, no presente estudo, somente considerar-se-á o poder constituinte originário, devido as suas peculiaridades, visto que o derivado é um poder jurídico limitado pelo seu criador.

Todavia, não obstante a classificação clássica da doutrina, atualmente, surgem outras classificações interessantes como a que aponta um poder constituinte difuso e um poder constituinte supranacional.

Sobre o poder o constituinte **difuso**, Lenza (2008, p. 92) assevera que

Trata-se de mais um mecanismo de modificação da Constituição. Se por um lado a mudança implementada pelo poder constituinte derivado reformador se verifica de modo formal, palpável, por intermédio das emendas à Constituição, a modificação produzida pelo poder constituinte difuso se instrumentaliza de modo informal e espontâneo como verdadeiro poder de fato e que decorre dos fatores sociais, políticos e econômicos, encontrando-se em estado de latência. Trata-se de processo informal de mudança da Constituição.

Conforme Mendes, Coelho e Branco, (apud LENZA, 2008, p. 92)

por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

Ressalta-se que a mutação e a nova interpretação não poderão macular os princípios estruturantes da Constituição.

Sobre o poder constituinte **supranacional**, Lenza (2008, p. 93) descreve, citando Kildare Gonçalves, que “este busca a sua fonte de validade na cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos, na vontade de integração e em um conceito remodelado de soberania.”

Segundo Maurício Andreiuolo Rodrigues (apud LENZA, 2008, p. 93), ele age de fora para dentro, buscando estabelecer uma Constituição supranacional legítima:

[porque] faz as vezes do poder constituinte, (criando) uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados ou adere ao direito comunitário de viés supranacional por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo.

Peña (2007, p. 54), aponta que a doutrina mais moderna reconhece a existência do poder constituinte supranacional como sendo um “poder de reorganização dos Estados que aderem ao Direito Comunitário, por meio da celebração de tratados constitutivos de organizações supranacionais, com o fim de legitimar o processo de integração regionalizada, como ocorre na União Européia.”

Novelino (2009, p. 97), sobre o tema, conceitua-o como “um poder preocupado com a formação de uma Constituição supranacional, elaborada legitimamente, apta a vincular os Estados ajustados sob o seu comando e que busca sua fundamentação na vontade do povo-cidadão universal, seu verdadeiro titular.”

## VI – DA LIMITABILIDADE

Como se apontou anteriormente (no capítulo 3) é característica do poder constituinte originário a autonomia, onde cabe ao titular a escolha do conteúdo a ser consagrado na Constituição. Entretanto como analisaremos mais adiante, o poder constituinte deve observar, segundo a tendência da doutrina mais moderna, alguns limites e, como não poderia ser diferente, surgem argumentos interessantes que se fazem necessário comentar.

Paulo e Alexandrino (2003), em capítulo específico sobre o tema proposto, em seu resumo, ensinam com sabedoria que a teoria de Sieyès considerava onipotente, absolutamente ilimitado o poder constituinte originário. Para ele, o poder constituinte originário não está sujeito a qualquer limitação de ordem jurídica.

Entretanto, modernamente, há que se relativizar essa doutrina da não limitação absoluta do poder constituinte originário que, hoje, não encontra limites no direito positivo interno (direito constitucional de um Estado). Para realizar-se a substituição da Constituição de um Estado, como já demonstrado, o constituinte não tem que observar parâmetros de quaisquer normas impostas pelo legislador constituinte anterior, visto que ao inaugurar juridicamente um novo Estado, instaura-se uma nova ordem jurídica.

Todavia, existem dois planos em que se verificam condicionantes ao seu exercício: o Direito Internacional e o direito natural (ou o plano dos valores maiores e da idéia fundamental da justiça dominante no seio da sociedade, para os que não aceitam a sua existência). Além disto, da obra do poder constituinte originário não podem resultar normas que impliquem a aniquilação do próprio Estado. Portanto, não pode ele conferir todo e qualquer conteúdo à Constituição; ele não é desvinculado de qualquer valor ou princípio, de regras internacionais de convivência entre os Estados soberanos, não sendo independente do momento histórico em que se manifesta e da idéia de direito justo prevalecente naquele meio social.

Jorge Miranda, citado por PAULO e ALEXANDRINO (2003) e também por NOVELINO (2009), aponta três categorias de limites ao poder constituinte originário: limites transcendententes; limites imanentes e limites heterônomos.

Os **limites transcendententes** advêm de imperativos de direito natural, de valores éticos superiores ou de uma consciência jurídica coletiva e demarcam a órbita de intervenção possível do Estado, demarcando sua esfera de intervenção, ou seja, impõem limites ao conteúdo das normas constitucionais postas pelo constituinte originário. São princípios absolutos, como a dignidade da pessoa humana onde, por exemplo, seria inválido dispositivo constitucional que estabelecesse o racismo, que negasse a liberdade de crença etc.

Antes de continuar na classificação de Miranda, é necessário conceituar direito natural que, segundo Alexandre Travessoni, é aquele conjunto de normas do ordenamento que emanam de Deus, sendo aquele que dá validade ao direito positivo. Portanto, direito positivo é, na visão do renomado professor da UFMG, aquele produzido pelo homem, ou seja, a codificação do direito natural. Assim, se valendo das palavras ditas pelo sábio autor, conclui-se que o direito natural foi a base para o Positivismo, visto que estes (positivistas) não negaram a sua existência, somente o desprezaram por terem o código, que os trazia (o direito natural foi posto no papel).

Todavia, se faz mister observar que, os direitos naturais, tem que ser analisados dentro de cada período histórico, pois, por exemplo, não teve o mesmo sentido axiológico o direito natural dos estóicos, nem o direito natural da Idade Média. Alexandre Travessoni faz, com grande simplicidade, objetividade, clareza e didática, esta evolução em sua tese de mestrado, transformada em um livro intitulado O fundamento de validade do direito em Kant e Kelsen.

Interessante a abordagem de Novelino (2009, p. 74) que aponta que

a necessidade e observância e respeito por parte do poder constituinte aos direitos fundamentais conquistados por uma sociedade e sobre os quais haja um consenso profundo – ‘efeito cliquet’ – também é conhecida como princípio da proibição de retrocesso. Hipótese de violação deste princípio seria a consagração da pena de morte, além do caso de guerra declarada (CF, art. 5º XLVII, a), em uma constituição futura.

Os **limites imanentes** impossibilitam que o poder constituinte originário estabeleça normas que impliquem a aniquilação ou o desaparecimento do Estado, a abdicação a sua soberania ou a sua identidade (onde, por exemplo, seria inválido dispositivo constitucional

que previsse a anexação do Estado por outro). Assim, refere-se a aspectos como a soberania ou a forma de Estado.

Os **limites heterônomos** operam no âmbito do Direito Internacional. Provêm das relações com os outros Estados soberanos, ou seja, com outros ordenamentos jurídicos. Dizem respeito a princípios, regras ou atos de direito internacional que impõem compromissos ou obrigações ao Estado em face de outros ou a regras de direito interno. Na primeira hipótese, observa-se uma flexibilização do caráter autônomo e ilimitado do poder constituinte, sobretudo, da globalização e da crescente preocupação com a proteção dos direitos humanos. Em relação ao direito interno, no caso dos Estados compostos ou complexos, tais como a federação, revelam-se nos limites recíprocos entre o poder constituinte federal os poderes constituintes dos Estados federados.

Assim, o poder constituinte originário não pode deixar de assegurar um mínimo de proteção jurídica aos cidadãos de outros Estados existentes em seu território; em outros termos, a exclusão de direitos de estrangeiros, mesmo no texto originário da Constituição, sofre limites impostos pela ordem internacional, não sendo válidas, por exemplo, normas constitucionais que privassem os estrangeiros e apátridas do direito à integridade física, à liberdade, à segurança etc.

Segundo o entendimento de Canotilho (2003, p. 81)

se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder não se vê como esta 'vontade de constituição' pode deixar de condicionar a vontade do criador; [e] por outro lado, este criador... é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos, e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como 'vontade do povo'.

Assim, têm-se como um limite pelo próprio fato do poder constituinte originário universalmente conceber-se a constituição como organização e limitação do poder, somente podendo se manifestar para elaborar uma Constituição com essas características, pois essa é, nas palavras do grande constitucionalista, a "vontade de constituição" do povo que condiciona a vontade do criador.

No plano do Direito Internacional, Canotilho enfatiza que

as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como

princípios suprapositivos ou como princípios supralegais mas intra jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce [se] que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* [fora] da comunidade internacional [sob pena de o Estado nem mesmo ser reconhecido por ela como tal]. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos).

Ainda nas palavras de Canotilho (apud PAULO e ALEXANDRINO, 2003, p. 21)

o fato de o poder constituinte originário sofrer limitações advindas dos dados 'naturais' e 'reais' da sociedade, porquanto resulta de um compromisso fundamental estabelecido entre os grupos políticos, religiosos, econômicos, sociais etc., e representa um 'contrato' fictício de uma geração, vinculante de gerações futuras.

Desta maneira, nas palavras de Paulo e Alexandrino, o constituinte originário estaria vinculado a fatores antropológicos (por exemplo: não poderia ele reconhecer a poligamia como base da família); institucionais (são os conceitos como o de família, propriedade, entidade religiosa, partido político, etc.); aos fins da comunidade; e ao sentimento jurídico (noções de "justo e injusto", "ser direito ou não ser direito", dominantes em qualquer comunidade).

Neste mesmo sentido, Quadros de Magalhães (2006, p. 74 a 76) expõe, inteligentemente, que

embora o poder constituinte originário não tenha limites no ordenamento jurídico positivo com o qual está rompendo, esse poder sofre, de maneira clara e inegável, limitações de caráter social, cultural, e forte influência do jogo de forças econômicas, sociais e políticas no momento da elaboração da Constituição....desde que manifestos de forma democrática e dialógica, em um processo de comunicação entre representantes e os diversos grupos e campos de interesse da sociedade civil.

Sobre o exposto, raciocina Peña (2007) que a doutrina adverte que, apesar da inexistência de limitação jurídica, é submetido o poder constituinte originário à limitações extrajurídicas ou metajurídicas, distinguidas em: ideológicas, institucionais e substanciais.

As **ideológicas** decorrem das exigências do bem-estar da coletividade. As **institucionais** advém de institutos sociologicamente enraizados e as **substanciais** compreende

a classificação traçada por Jorge Miranda (limites transcendentales – pertinentes à dignidade da pessoa humana –, limites imanentes – referentes à identidade do Estado, onde cada Constituição representará o momento de seu processo histórico – e heterônomos – relativos aos atos de Direito Internacional, que cada Estado está sujeito nas suas relações externas).

Bonavides (apud PEÑA, 2007, p. 22) expõe que o poder constituinte originário “pode tudo em tese, mas quando é exercido traz já compromissos indeclináveis emanados de suas origens sociais, políticas e ideológicas.” Estes compromissos restringem o espaço de ação, muito embora, sem desfalcá-lo da qualidade de ser insubstituível devido ser uma vontade nacional em busca de um consenso.

Penã (2007), ainda, anota duas correntes doutrinárias importantes: a que predomina a norma constitucional em face da norma internacional, tendo como expoentes Francisco Rezek e Celso Lafer e a que diz que as normas de Direito Internacional e as de Direito Interno se interagem com fulcro a favorecer à pessoa humana, tendo como adeptos Celso de Albuquerque Mello, Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cancado e Fernando Luiz Ximenes Rocha.

Francisco Rezek (apud PEÑA, 2007, p. 27) defende sua tese argumentando que “...posto o primado da constituição, no confronto com a norma ‘pacta sunt servanda’, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de ato ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder...”. Soma-se à esta idéia, talvez, o fato da facilidade da uma revogação de um tratado internacional, pois sua natureza jurídica (status) é de Lei Ordinária, lembrando que no tocante aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados por três quintos em dois turnos e em cada casa do Congresso, serão equiparados às Emendas Constitucionais, consoante art. 5º, § 3º da CF/88 (inovação trazida pela EC nº 45/2004).

Flávia Piovesan (apud PEÑA) explica que

no plano de proteção dos direitos humanos, interagem o Direito Internacional e o Direito Interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.

Luís Carlos Sábica (apud KILDARE CARVALHO, 1992, p. 28) assevera que

todo poder é limitado. Não há poderes absolutos. [Tendo] todos as próprias limitações de seus meios e das circunstâncias em que atuam. Daí, embora o constituinte tenha poder supremo, por ser superior, excludente, originário, fático, ordenador e dominante de todos os demais poderes, é poder limitado, condicionado.

Em ótima observação, Paulo Ricardo Schier (apud BITTENCOURT, 2007, p. 24) firma o entendimento que, além de outras, o poder constituinte originário sofre “limites lógicos, inerentes à impossibilidade ou inviabilidade de regular-se o impossível.”

Anotam os autores Mendes, Coelho e Branco que o caráter ilimitado, porém, deve ser entendido em termos, pois alude a respeito à liberdade do poder constituinte originário com relação a imposições da ordem jurídica que existia anteriormente; Entretanto, haverá limitações políticas inerentes ao exercício do poder constituinte. Mais precisamente (2008, p.199)

Se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento evolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário. Afinal, só é dado falar em atuação do poder constituinte originário se o grupo que diz representá-lo colher a anuência do povo, ou seja, se vir ratificada a sua invocada representação popular. Do contrário, estará havendo apenas uma insurreição, a ser sancionada como delito penal. Quem tenta romper a ordem constitucional para instaurar outra e não obtém a adesão dos cidadãos não exerce poder constituinte originário, mas age como rebelde criminoso. (vide art. 5º XLIV da CF/88)

Portanto, ainda no raciocínio dos autores acima, não há espaço para decisões caprichosas ou totalitárias do poder constituinte originário, já que ele existe para ordenar juridicamente o poder do Estado com poderes limitados.

Com absoluta propriedade, Böckenförde (apud Mendes, Coelho e Branco, 2008, p.199) escreve que “um poder absoluto que queira continuar a ser absoluto não cabe numa Constituição, (...) que representa uma delimitação frente ao exercício arbitrário do poder ou frente ao domínio puro e duro da arbitrariedade.”

Por fim, não pode-se deixar de citar o notório Lenza (2008) que com competência leciona no sentido de haver a corrente jusnaturalista, para a qual o poder constituinte originário não seria totalmente autônomo na medida em que haveria uma limitação imposta, ou seja, o respeito às normas de direito natural. Todavia, para o Brasil e para os positivistas, nem mesmo o direito natural limitaria a atuação do poder constituinte originário devido apresentar uma natureza pré-jurídica, uma energia ou força social, pois a ordem jurídica começa com ele e não antes dele.

José Horácio Meirelles Teixeira (apud LENZA, 2008, p.85) alude que "... esta ausência de vinculação note-se bem, é apenas de caráter jurídico-positivo, significando apenas que o Poder Constituinte não está ligado, em seu exercício, por normas jurídicas anteriores. Não significa, porém, e nem poderia significar, que o Poder Constituinte seja um poder arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações. Ao contrário, tanto quanto a soberania nacional, da qual é apenas expressão máxima e primeira, está o Poder Constituinte limitado pelos grandes princípios do Bem Comum, do Direito Natural, da Moral, da Razão. Todos estes grandes princípios, estas exigências ideais, que não são jurídico-positivas, devem ser respeitados pelo Poder Constituinte, para que este se exerça legitimamente. O Poder Constituinte deve acatar, aqui, 'a voz do reino dos ideais promulgados pela consciência jurídica', na bela expressão de Recaséns Siches".

## CONCLUSÃO

Após exarar o tema pesquisado, passando pela origem, mostrando como se deu a evolução deste poder na Europa Moderna (1456 d.C. em diante) e nos Estados Unidos, conceituou-se o mesmo, pautando-se em autores nacionais e em alguns de grande renome internacional. Apontou-se as características deste e a sua titularidade e as formas de seu exercício. Depois apontou-se, de forma breve, a sua divisão e foi-se ao capítulo onde está a discussão deste trabalho.

Indaga-se: será o poder constituinte possuidor de tal grandeza que não reconheça um mínimo de parâmetros para a elaboração de uma nova ordem jurídica?

Deve-se restringir a noção de ilimitabilidade do poder constituinte originário, reconhecendo que, embora não esteja ele limitado pelo direito positivo interno do Estado, sofre diversas limitações e condicionamentos provindos, basicamente, do Direito Internacional, do sentimento jurídico e dos valores éticos fundamentais da sociedade, do próprio conceito de Constituição, assim como também da necessidade de assegurar a preservação do próprio Estado e da sociedade.

É de notória capacidade o pensamento de que todo poder deve ser racionalizado e que embora possa muito, não pode tudo, como lembra Luís Carlos Sáchica.

Entretanto, em nosso ordenamento jurídico predomina a doutrina positivista, segundo a qual não há limites à atuação do poder constituinte originário. Desta maneira, teoricamente, é ilimitado na sua função de iniciar a ordem jurídica do novo Estado, não devendo obediência ao direito internacional, tampouco a considerações suprapositivas oriundas do direito natural ou outras.

Contudo, esta não é, na minha humilde visão pessoal, a interpretação mais correta a se fazer, porque, como abordado neste estudo, a teoria de Sieyès (onipotência do poder constituinte derivada da teologia política) se deu em um determinado contexto histórico-

político por qual passava a Europa (Revolução Francesa 1789), onde se fez sentido sua “descoberta”, que era proveitosa para a elite burguesa promotora da Revolução.

Porém, se encontra modernamente ultrapassada visto que há a evolução dos direitos fundamentais e o surgimento de novas categorias de poder constituinte, como por exemplo, o supranacional, fenômeno atualmente ocorrente com os países europeus (a chamada União Européia).

É incontestável que, atualmente, os Estados não vivem isolados em sua esfera jurídica, econômica e social; devido ao fenômeno da Globalização, tem-se a noção de Comunidade Internacional. Assim, como não poderia ser, há um consenso entre as nações sobre determinados assuntos que envolvem diretamente e indiretamente a todas elas, como o reconhecimento de alguns direitos como sendo fundamentais para a existência e permanência daqueles que compõem os Estados, ou seja, os Indivíduos (Direitos Humanos). Enfim, é racional que se respeite, na hora da elaboração de uma nova ordem jurídica, este mínimo de direitos reconhecidos universalmente para que não haja um retrocesso social e retalhações por parte de outros Estados, principalmente, na seara econômica (os chamados embargos econômicos).

Além de que a própria CF/88 consagra o art. 1º, III e o art. 4º, II.

Assim, entendo que, somando-se a isto, também, o fato nossa Constituição tutelar como cerne do ordenamento jurídico (como sua essência) a Pessoa Humana (idéia de descoisificação do Direito – pautada numa relação entre Sujeito – Sujeito e não vê-lo mais como um objeto).

Assim como diz Sáchica, os fatos, o critério do justo, o tempo em que se vive, a interdependência dos povos, o sentido comum, os costumes, os idéias e crenças e as forças resistentes moderam e neutralizam o mais entusiasmado ímpeto revolucionário.

Portanto, a idéia de ilimitação do poder constituinte originário encontra obstáculos no próprio titular deste poder, o ser humano. O poder constituinte, através do seu ou dos seus agentes, não está autorizado a violar a existência e o reconhecimento dos direitos fundamentais, não os prevendo na constituição do Estado.

O professor da UFMT, Valério de Oliveira Mazzuoli, em interessante artigo publicado na internet, observa que

A Constituição Federal de 1988 inova, em relação às Cartas anteriores, quando traz um leque de princípios a reger a República Federativa do Brasil no cenário internacional. Pela primeira vez, em uma Constituição brasileira, aliás, vem

expresso o princípio da prevalência dos direitos humanos, o que demonstra um grande avanço do texto de 1988, em relação às demais Constituições existentes no Brasil até então. Na revisão constitucional de 1994, houve proposta revisional, infelizmente rejeitada, no sentido de substituir o parágrafo único do art. 4º da Constituição, por um novo texto mais condizente com a realidade atual do direito internacional. Dentre as suas disposições estaria aquela que estabelecia que "as normas de direito internacional são parte integrante do direito brasileiro" e que "desde que expressamente estabelecido nos respectivos tratados, as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais, de que o Brasil seja parte, vigoram na ordem interna brasileira". A proposta, contudo, não vingou.

Nas palavras do professor da UFMG Quadros de Magalhães (p.71) é sábio notar-se que "por mais democrático que tenha sido qualquer poder constituinte, encontrar-se-á no complexo jogo de poder atrás da constituinte, aqueles que têm a possibilidade ou, até mesmo, a capacidade de impor seus interesses com mais rigidez que outros.

Conclui-se que se torna indispensável e fundamental a sabia escolha de nossos representantes, pois, como já foi visto, serão eles que exercerão o poder constituinte. Entende-se, claro, que o legislador não consegue e nunca conseguirá normatizar todas as condutas e prever todas as situações jurídicas a serem tuteladas devido a grande mutabilidade dos fenômenos sociais, culturais, políticos e econômicos, agravados com a febre da Globalização.

Porém, conseqüentemente, nascerá dali (do poder constituinte) as novas bases e diretrizes que vincularão esta geração e as próximas e, por isto, o legislador constituinte ou aquele imbuído desta nobre tarefa deve possuir um mínimo de sensibilidade, de bom senso, na hora de legislar e regular, através de normas, as relações humanas. Visto que, aqui, terão status ilimitado.

Como diz Augusto Boal, todos nós somos atores e será cidadão, não aquele que vive em sociedade, mas aquele que a transforma. Assim, também cabe ao cidadão contribuir com discussões, indagações, participações etc., ou seja, atuar no meio político para fazer valer as suas reivindicações.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2009.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição: Livraria Almedina, 2003.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 2ª Edição: Editora Del Rey, 1992.
- GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito em Kant e Kelsen**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.
- JORGE, Manuel & NETO, Silva. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, Outubro de 2006.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional Tomo III**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- MOTA, Leda Pereira & SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

MOTTA, Sylvio & DOUGLAS, William. **Controle de Constitucionalidade – uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2004.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 25ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2009.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 1ª Edição. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

\_\_\_\_\_. **Reforma Constitucional**. Coleção Síntese Jurídica, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2375> acessado dia 24/10/2009.