

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CAMPUS I – CAMPINA GRANDE

CENTRO DE CIÊNCIA JURÍDICA

CURSO DE DIREITO

JOSE FABRIZIO COSTA RIBEIRO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES EM TORNO DO PODER CONSTITUINTE

CAMPINA GRANDE PB

2016

JOSE FABRIZIO COSTA RIBEIRO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES EM TORNO DO PODER CONSTITUINTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo.

CAMPINA GRANDE - PB

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

R484c Ribeiro, José Fabrizio Costa.
Considerações preliminares em torno do poder constituinte
[manuscrito] / Jose Fabrizio Costa Ribeiro. - 2016.
35 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.

"Orientação: Prof. Me. Jaime Clementino de Araújo,
Departamento de Direito Público".

1. Poder constituinte. 2. Reforma constitucional. 3. Limites.
I. Título.

21. ed. CDD 342.03

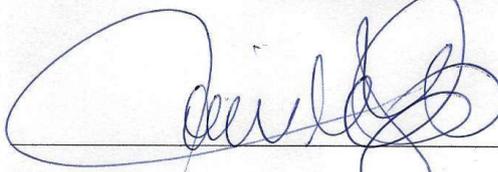
CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES EM TORNO DO PODER CONSTITUINTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo.

Aprovada em: 03/11/2016.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo (Orientador)

Universidade Estadual da Paraíba



Prof. Me. Amilton, de França

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. José Cavalcante dos Santos

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Dedico, ao meu pai, pela dedicação,
companheirismo e amizade, e a
minha família pelo carinho e
compreensão.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Jaime Clementino de Araújo pelas leituras sugeridas ao longo dessa orientação e pela dedicação.

A minha mãe, Antonieta Costa Ribeiro; minhas irmãs, Janaina Costa Ribeiro, Valda Cristianne Costa Ribeiro e Anna Paula Costa Ribeiro; ao meu irmão, Wagner Costa Ribeiro, pela compreensão por minha ausência nas reuniões familiares.

A meu pai, Valdo de Sousa Ribeiro (*in memoriam*), embora fisicamente ausente, sentia sua presença ao meu lado, dando-me força.

A todos os funcionários da UEPB, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

“Discordo daquilo que dizes, mas defenderei até a morte o teu direito de o dizer.”

Voltaire

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PODER CONSTITUINTE LEGÍTIMO	12
3	FORMAÇÃO DE UMA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE	13
4	ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE	13
4.1	PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	14
4.1.2	CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	16
4.1.3	PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO FORMAL E MATERIAL	18
4.1.4	FORMAS DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE	19
4.2	PODER CONSTITUINTE DERIVADO	19
4.2.1	CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO	19
4.2.2	ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE DERIVADO	20
4.2.2.1	PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR	21
4.2.2.2	PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE	25
4.2.2.3	PODER CONSTITUINTE DERIVADO REVISOR	29
5	PODER CONSTITUINTE DIFUSO	30
6	PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL	30
7	RECEPÇÃO	31
	CONCLUSÕES	33
	REFERÊNCIAS	34

RESUMO

Esta dissertação é o resultado da investigação sobre o Poder Constituinte. Com mais enfoque em seu histórico e espécies, com o sentido de se obter uma visão mais abrangente sobre este tema tão importante do Direito. A análise dessa doutrina, com o seu debate teórico, não pretende fazer uma dissecação da matéria, não se tem a pretensão com este trabalho de se encerra o seu estudo. O presente trabalho estar embasado no estudo e pesquisa de doutrinadores, e serão analisados a sua relevância para o tema em questão. Por último, o estudo fará uma discussão acerca dos diferentes poderes constituintes, onde será analisado suas diferenças e limites na confecção e modificação da Constituição.

Palavras-Chave: Poder constituinte, Reforma constitucional, Limites.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos antigos o homem se reúne para fazer um esboço de formação do Estado, que para forma-lo se sedimenta em torno de objetivos e ideais.

Para formar o Estado, se necessita um conjunto de normas, para que se possa administrar o estado e poder julgar seus cidadãos sem que haja injustiças e para se conhecer o que é proibido e o que não é proibido.

Com o passar do tempo houve mudanças na legitimidade de quem era o responsável por essas leis e suas mudanças.

Apesar de que estudiosos considerem que foi na antiguidade que nasceu o constitucionalismo, não no sentido moderno, mas sim, um conjunto de leis escritas, em que a sua observação era obrigatória.

Há demonstrações de constitucionalismo junto ao povo Hebreu, onde a conduta dos profetas, que além de profetizar, também cobrava dos governos que as escrituras sagradas fossem seguidas: Ex.: Deuteronômio 5 21, "Não cobiçarás a mulher do teu próximo. Não desejarás a casa do teu próximo, nem sua propriedade; nem seu servo ou serva; nem seu boi ou jumento; nem coisa alguma que lhe pertença" - João Batista condenava o casamento do rei com a cunhada, pois feria as escrituras, estabelecendo-se no Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos, e na Grécia antiga, a partir do século V a.C., com as Cidades-Estados gregas como importante exemplo de democracia constitucional, na medida em que a democracia direta, era particular a elas (Karl Loewenstein, 1970, p. 155): "[...] o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos".

Já na Idade Média nasceu um famoso e importante documento do constitucionalismo a "Magna Carta Libertatum", de 1215. Outorgada pelo Rei Inglês João I (João sem-terra), este documento previa uma série de direitos, como a liberdade de locomoção e a origem do "devido processo legal", que estar prevista em nossa constituição de 1988, no artigo 5º, inciso 54.

Ainda na Idade Média se destacam: o Petition of Rights, de 1628; o Habeas Corpus Act, de 1679; o Bill of Rights, de 1689; e o Act of Settlement, de 1701, além desses pactos, também

se destacam as Forais ou Cartas de Franquia, também voltados para proteção dos Direitos individuais. E ainda nesse sentido há os chamados Contratos de Colonização (Ferreira Filho, 1999, p.15):

Chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por mútuo consenso, as regras por que haveriam de governar-se. Firma-se, assim, pelos chefes de família a bordo do Mayflower, o célebre ‘Compact’ (1620); mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662. Transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares de ideia de constituição.

Mas até aí são contratos ou pactos firmados para assegurar direitos a um grupo específico, a ideia de uma assembleia constituinte com poderes para criar uma constituição, que assegurasse direitos para toda a coletividade sem distinção, ainda estava florescendo, no que vai cominar nas constituições modernas.

Nesse sentido são duas as constituições, marcos históricos, do constitucionalismo, a Constituição americana de 1787 e a Constituição francesa e seu preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789.

Segundo essa Declaração Universal dos direitos do Homem, reconhece que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos, então quem tem legitimidade para estabelecer as regras que vão ser incluídas na constituição? Por outras palavras, quem tem o poder constituinte legítimo? A única resposta a essas perguntas, pela Declaração Universal dos Direitos do homem, seria de que o poder constituinte legítimo é do povo.

Na obra “O que é o terceiro estado?” (Qu’est-ce que le tiers état?), de Emmanuel Joseph Sieyès (1748 – 1836), mas conhecido como Abade ou padre Sieyès, esse livro foi o manifesto da Revolução Francesa, nele, o autor consubstancia as reivindicações do terceiro Estado, o Povo. Sieyès, entra na história do Direito Constitucional como o autor da doutrina do Poder Constituinte, que começou a expor já no seu livro “O que é o terceiro Estado?”. Para ele todo Estado tem uma constituição, porém, e aqui entra o pacto, é obra de um poder, o Poder constituinte, que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a constituição. O Poder constituinte, portanto, gera os Poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes.

A distinção entre Poder constituinte e Poder constituído aparece na obra de Sieyès. O Poder Constituinte estabelece a Constituição; estabelecendo-a, cria poderes destinados a reger

os interesses de uma comunidade. Esses poderes são, pois, constituídos por um Poder Constituinte, que é distinto daqueles, anterior a eles e fonte de autoridade deles.

Sieyès argumenta ainda que o Poder Constituinte não desaparece com sua obra realizada, ele permanece depois dela, com isso a nação pode mudar a Constituição sempre que bem lhe parecer. O estabelecimento de uma constituição não esgota o Poder Constituinte da nação. Ela pode, sempre, refazer a Constituição, estabelecer uma nova Constituição¹.

2 PODER CONSTITUINTE LEGÍTIMO

Mas quem é que tem autorização de fazer uma Constituição? Para se fazer uma constituição, não é trabalho de curiosos e nem improvisadores, pois uma Constituição tem que ser correta, com clareza e harmonia, sem erros de linguagem, sem expressões de sentido duvidoso ou obscuro e sem contradições, mas sua redação não é o principal problema, pois o que importa é verificar quem tem legitimidade para tal, e como já vimos, quem tem essa legitimidade é o povo.

Mas daí surge um problema, como fazer para atender à vontade constituinte do povo, incluir certas regras na Constituição. Também não é possível que a vontade de cada pessoa do povo esteja presente na Constituição, inteira e sem restrição. Para resolver isto, o povo exercer seu poder constituinte legítimo é preciso que manifestem livremente sua vontade e que essas manifestações sejam debatidas com liberdade, sem estabelecer previamente que nenhuma das vontades irá valer mais do que outra

Mas, ainda há um problema de ordem prática, como inserir tantas regras na Constituição quando são tantos indivíduos e tão variadas opiniões, como reunir todo o povo ao mesmo tempo e num só lugar se discutir e saber a sua vontade. Cada povo tem seus valores, sua consciência, suas aspirações, seus costumes, seus conflitos, que se revelam no comportamento dos indivíduos e dos grupos sociais. A vontade do povo é a reunião de todos esses fatores, que só podem ser conhecidos quando existe liberdade de expressão. E ninguém pode falar em nome do povo se não tiver recebido dele, expressamente, autorização para fazê-lo.

¹ JOSEPH, Emmanuel Sieyès, em seu livro "Qu'est-ce que le tiers état? (O que é o terceiro Estado? Em tradução livre).

Assim sendo, o poder constituinte legítimo é do povo, admitindo-se que assembleias ou grupos pratiquem as formalidades necessárias para a elaboração de uma Constituição, desde que o povo dê seu consentimento prévio e também sua aprovação posterior, de modo que não deixe dúvidas quanto a ser real e autêntica a manifestação da vontade desse povo.

A Assembleia Constituinte é o meio mais próximo do ideal de exercício do Poder Constituinte exercido pelo próprio povo, e para isso, é preciso que ela seja livre e representativa.

O poder constituinte legitima os poderes criados, pois foram instituídos por representantes do povo, que eleitos, criaram uma Constituição democrática, em que os direitos e garantias serão respeitados.

3 FORMAÇÃO DE UMA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

Pode dar-se de duas maneiras:

Assembleia Constituinte exclusiva que é um organismo criado dentro da ordem política e institucional de um Estado, esta é dotada de plenos poderes, para propor uma reforma ou a criação de uma nova constituição. A assembleia é composta por parlamentares eleitos com a incumbência exclusiva de elaborar um texto constitucional, esta é declarada dissolvida assim que alcançado o objetivo.

Assembleia ordinária eleita entra em processo constituinte. Embora não obrigatoriamente, é comum convocar um referendo para a aprovação popular de uma nova carta.

A assembleia constituinte, sendo um órgão extraordinário, é dissolvida assim que a nova constituição, por ela elaborada, entra em vigor.

4 ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

É consequência da manifestação constituinte a produção de normas constitucionais. Algumas têm caráter originário; outras, por derivação. Daí a distinção entre poder constituinte originário (ou inicial, inaugural) e poder constituinte derivado (ou constituído, instituído, secundário ou de segundo grau). Quanto a este último, um deles se destina à reforma do texto; outro se destina a instituir coletividade.

4.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O poder constituinte originário (também chamado de genuíno, inicial, inaugural ou de 1º grau) é o poder político que elabora uma nova Constituição de um Estado, organizando-o e estabelecendo os poderes que passarão a reger a comunidade. Não podemos confundir poder constituinte originário com poder fundacional ou histórica, entendido como aquele que elabora a primeira Constituição de um Estado, no caso do Brasil, manifestado apenas em 1824.

Por isso há uma subdivisão no poder constituinte originário, que é subdividido em histórico e revolucionário. Histórico seria o verdadeiro poder constituinte originário, estruturando, pela primeira vez, o Estado. Revolucionário seriam todos os posteriores ao histórico, rompendo por completo com a antiga ordem e instaurando uma nova, um novo Estado.

Apesar de existirem exemplos de poder constituinte sem revolução, exemplos: Constituição da Espanha de 1978; os peregrinos do “Mayflower”, grupo de dissidentes religiosos ingleses que seguiram para América do Norte; Grã-Bretanha com relação a algumas de suas colônias. Mas é mais frequente a manifestação do Poder Constituinte através da revolução. Mas, a revolução social não pode ser identificada, necessariamente, com a revolução fenômeno jurídico.

Na Teoria pura do direito, Kelsen enfrenta o problema da revolução. E, ao enfrentar tal problema, mostra como, juridicamente, é revolução toda manifestação ilegítima da Constituição, ou seja, toda modificação da Constituição que se efetive por um caminho que não é o previsto nessa mesma constituição para a sua própria modificação; é a modificação de Constituição contra a Constituição.

Daí decorre que, tanto é revolução, no sentido jurídico, aquilo que se denomina, na linguagem histórica ou política, golpe de Estado, como pode ser revolução, juridicamente falando, a revolução social, o fenômeno social revolução, propriamente dito (Kelsen 1979, p. 35):

Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente.

Na caracterização jurídica, revolução é, em última análise, uma quebra de continuidade, em última análise, quebra de continuidade no desenvolvimento jurídica. Não é a mudança da ordem jurídica pelos canais por ela previstos a fim de adaptar-se a circunstâncias novas; e, sim, a modificação anormal da ordem jurídica; a alteração contra a normalidade por ela própria prevista.

Juridicamente, portanto, revolução nada tem a ver com a amplitude ou a profundidade do movimento social. É revolução o simples golpe de Estado que, muitas vezes, se resume na mudança dos titulares do poder, contra as regras previstas na Constituição, assim como é, juridicamente, revolução um movimento como o ocorrido na Rússia, que importou não só na modificação das instituições políticas, como da própria base social e econômica da comunidade.

Assim, surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, 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 a Constituição, Atos institucionais e até Decretos (veja-se o Decreto 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.

E sendo inaugural, não há limitações à sua atividade. Materialmente, o constituinte estabelecerá a preceituação que entender mais adequada; criará Estado Unitário ou Federal; estabelecerá forma republicana ou monárquica de governo; fixará sistema de governo, parlamentar, presidencial ou diretorial; dirá como se distribui o exercício do poder, descreverá e assegurará, ou não, direitos reputados individuais. Enfim, criará o Estado mediante atuação ilimitada do poder. Quanto à forma de produção constituinte, os exercentes do poder, seja pela via revolucionária (quando a forma de atuação jamais vem a público), seja pela via Assembleia, é que estabeleceram tal procedimento.

Por causas disso a doutrina caracteriza o poder constituinte originário como inicial, autônomo e incondicionado. E não resta dúvidas que o constituinte está limitado pelas forças materiais que o levaram à manifestação inauguradora do Estado. Fatores ideológicos,

econômicos, o pensamento dominante da comunidade, enfim, é que acabam por determinar a atuação do constituinte.

4.1.2 CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O poder constituinte originário é inicial, ilimitado juridicamente, incondicionado, latente ou permanente. Apesar de existirem outras características, exemplo: soberano, autônomo, extraordinário, a maioria dos autores distinguem principalmente esses 4 (quatro), (inicial, ilimitado, incondicionado e permanente), mas ao final desse capítulo tecerei alguns comentários acerca dos menos comentados.

a) Inicial:

É ele quem cria o novo Estado, quem inicia o novo ordenamento jurídico estatal, estabelecendo os chamados poderes constituídos. Não se funda em nenhum outro poder e é dele que derivam os demais poderes. Ao criar uma nova Constituição, o poder constituinte originário inaugura uma ordem jurídica completamente renovada, sem qualquer vínculo de dependência com a ordem jurídica anterior.

b) ilimitada juridicamente:

Não encontra limites na ordem jurídica anterior (na constituição até então vigente), podendo dispor sobre qualquer tema que repute necessário, e que devam figurar no texto constitucional, mesmo que contrários à constituição anterior.

Ao fundar um novo ordenamento jurídico, o poder constituinte originário não sofre limitações do Direito positivo anterior, podendo ignorar por completo a Constituição até então vigente (inclusive cláusulas pétreas, se existentes). Exatamente pelo fato de o poder constituinte originário não se subordinar a quaisquer regras do Direito anterior é que o art. 17 do ADCT determinar que não cabe alegação de direito adquirido em face das normas originárias da Constituição de 1988.

Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão

imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, nesse caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título².

Entretanto, parcela da doutrina reconhece determinados limites ao poder constituinte originário, limites extrajurídicos ou metajurídicos a esse poder, nesse sentido, ao elaborar uma nova Constituição, o poder constituinte inaugural deveria respeitar a configuração histórica do Estado, Federação, República etc., os direitos humanos, os compromissos internacionais assumidos, as instituições arraigadas (família, propriedade etc.), a ideologia e os valores dominantes na sociedade, sob pena de a Constituição não passar de “letra morta”, não obtendo adesão da comunidade política que pretende regular.

O poder constituinte originário não pode violar: certos valores arraigados no âmago da sociedade que exprimem as exigências do bem-estar da coletividade (limites ideológicos); os institutos sociologicamente enraizados (limites institucionais); os direitos fundamentais, bem como as concretizações do princípio da dignidade humana (limites substanciais transcendentais); a identidade do Estado, extraída do processo histórico (limites substanciais imanentes); além das exigências de direito internacional (limites substanciais heterônomos).

c) Incondicionado:

Não estar sujeito a quaisquer regras, a quaisquer condicionamentos preexistentes, fixados pela ordem estatal até então vigente (o povo), que poderá, a qualquer tempo, fazer valer seu desejo, através da edição de nova constituição.

Ao elaborar uma constituição, o poder constituinte originário não tem de seguir formas ou procedimentos predeterminados, podendo agir livremente. Ressalte-se que a prefixação de certas regras de deliberação para a Assembleia Constituinte ou a predefinição de certos pontos substanciais (ex.: a república e a federação instituídas pelo Decreto n.º 1, de 15.11.1889, em relação à Constituição brasileira de 1891) não desmentem que o poder constituinte originário seja sempre autônomo e incondicionado, mas que às vezes seja precedido por atos do próprio poder constituinte. Nesses casos, é o próprio poder constituinte quem se autolimita.

² Art. 17, do ADCT da Constituição federal de 1988.

d) permanente:

Também chamado de latente, essa característica diz que o poder constituinte originário não cessa quando a constituição é finalmente editada, quando o novo Estado é formado, permanecendo vivo em seu titular, o povo, que poderá, a qualquer tempo, fazer valer seu desejo, através da edição de nova Constituição.

A partir dessa característica, a doutrina afirma que a titularidade do povo constituinte é permanente, o povo sempre pode deliberar sobre a criação de uma nova Constituição, enquanto seu exercício é efêmero, a Assembleia Nacional Constituinte é eleita apenas para elaborar a nova Carta Política, devendo ser dissolvida logo em seguida para as eleições dos representantes que exercerão os poderes constituídos.

Ainda há outras características do poder constituinte originário, mas que não são unanimidade entre os doutrinadores, são eles:

e) extraordinário:

É a manifestação do poder constituinte originário, dando origem a um novo ordenamento jurídico, é fato incomum, excepcional.

f) Poder de fato e poder político:

É assim caracterizado por ser uma energia ou força social, tendo natureza pré-jurídica, sendo que, por essas características, a nova ordem jurídica começa com a sua manifestação, e não antes dela.

4.1.3 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO FORMAL E MATERIAL

a) formal: É o ato de criação propriamente dito e que atribui a roupagem com status constitucional a um “complexo normativo”

b) Material: É o lado substancial do poder constituinte originário, qualificando o direito constitucional formal com o status de norma constitucional, assim, será o orientador da atividade do constituinte originário formal que, por sua vez, será o responsável pela “roupagem” constitucional.

O material diz o que é constitucional; o formal materializa e sedimenta como constituição. O material precede o formal, estando ambos interligados.

4.1.4 FORMAS DE EXPRESSÃO DE PODER CONSTITUINTE

a) Outorga: Caracteriza-se pela declaração unilateral do agente revolucionário, quando um movimento revolucionário usurpa o poder constituinte pertencente ao povo, impondo unilateralmente uma Constituição, ex.: constituições de 1824, outorgada por D. Pedro I; 1937, outorgada por Getúlio Vargas; 1967, outorgada pelo regime militar.

b) Assembleia nacional constituinte ou convenção: Nasce da deliberação da representação popular, é composta de representantes do povo, devidamente eleitos para essa finalidade, resultando numa Constituição democrática, ex.: as constituições brasileiras de 1991, 1934, 1946, 1988.

4.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O poder constituinte derivado também é chamado de secundário, 2º grau, constituído ou instituído, é o poder de reformar uma Constituição já existente. Ele é previsto na própria Constituição e resulta da necessidade de reajustes periódicos no texto da Constituição diante da evolução das relações sociais e da dinâmica da vida humana (Silva, José Afonso da, 1995, p. 64-65):

A constituição, como se vê, conferiu ao Congresso Nacional a competência para elaborar emendas a ela. Deu-se, assim, a um órgão constituído o poder de emendar a Constituição. Por isso se lhe dá a denominação de poder constituinte instituído ou constituído. [...] Trata-se de um problema de técnica constitucional, já que seria muito complicado ter que convocar o constituinte originário todas as vezes em que fosse necessário emendar a Constituição. Por isso, o próprio poder constituinte originário, ao estabelecer a Constituição Federal, instituiu um poder constituinte reformador, ou poder de reforma constitucional, ou poder de emenda constitucional.

Assim sendo, o poder constituinte derivado está presente na própria constituição, pois é instituído por normas constitucionais originárias, é a própria poder constituinte originário quem estabelece as formas pelas quais a Constituição pode ser alterada. Assim, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade.

4.2.1 CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O poder constituinte derivado possui as seguintes características: derivado, subordinado e condicionado.

a) Derivado:

Ele é derivado, pois deriva do poder constituinte originário, surge da vontade deste último, que o prevê de maneira expressa, no próprio texto constitucional, com vista ao permanente aperfeiçoamento e adaptação das normas constitucionais às aspirações e necessidades atuais do povo, o titular do poder constituinte. Assim, é um poder de direito, juridicamente estabelecido pelo poder constituinte originário e, portanto, dele derivado.

b) subordinado:

É um poder subordinado ou limitado, pois estar em posição hierarquicamente inferior ao poder constituinte originário, não podendo desrespeitar os limites impostos por este último, que fixa, inclusive, matérias que não podem ser objetos de alteração (cláusulas pétreas).

As normas constitucionais não podem sofrer controle de constitucionalidade, uma vez que o poder constituinte originário é ilimitado juridicamente, além de inicial e incondicionado; as normas constitucionais derivadas podem ser declaradas inconstitucionais, desde que desrespeitemos limites jurídicos impostos pelo constituinte originário, quando, então, serão declaradas nulas de pleno direito e retiradas do texto constitucional.

Vale lembrar que o princípio da unidade constitucional, não existe relação de hierarquia jurídica entre as normas constitucionais, quer entre normas materiais e formalmente constitucionais, de um lado, e normas apenas formalmente constitucionais, de outro; que entre o núcleo de identidade da Constituição, as cláusulas pétreas, e o resto do texto constitucional.

c) condicionado:

O poder constituinte derivado estar submetido às regras, aos condicionamentos fixados pelo constituinte originário. Deve, em outras palavras, submeter-se às regras procedimentais, às exigências formais expressamente fixada na Constituição, para a reforma do texto constitucional.

4.2.2 ESPÉCIES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Há duas modalidades, atualmente, do poder constituinte derivado: o poder reformador e o poder decorrente. O poder constituinte derivado revisor se extinguiu na revisão de 1993.

4.2.2.1 PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

É o poder de alterar uma constituição já existente, também denominado de poder de emenda, e amparado na própria vontade do poder constituinte originário, permite que a Constituição vigente sofra modificações, nos termos expressamente fixados no texto constitucional, pelo poder originário.

No caso da Constituição de 1988, o poder constituinte reformador está subscrito em seu artigo 60, e parágrafos, que trata das emendas constitucionais, que é um conjunto de normas que estabelecem não só as matérias que não podem ser objeto de reforma (cláusulas pétreas), como também as regras e condicionamento relativos às matérias que o podem.

Ao relacionar as matérias que não podem ser objeto de emenda constitucional, estabeleceu os limites materiais do poder constituinte derivado. E, ao fixar um conjunto de regras para a edição de emendas constitucionais, tratou das chamadas limitações formais, circunstanciais e temporais à edição de emendas pelo poder constituinte reformador. Daí vale a necessidade de diferenciar reforma constitucional e mutação constitucional.

Reforma constitucional é o processo formal de mudança das Constituições rígidas em que se altera o texto formal da Lei Maior, mediante o respeito a determinadas formalidades.

Mutação constitucional é o processo informal de alteração das Constituições rígidas, em que a mudança ocorre no sentido e no alcance das normas constitucionais, mas não no seu texto formal. A mutação constitucional resulta dos usos e costumes constitucionais, bem como da evolução da interpretação das normas constitucionais feita pela jurisprudência, pela doutrina e por todas as forças sociais que, ao interpretarem a Constituição, provocam alterações na significação das suas normas.

Então, o poder de emenda à Constituição é o poder de realizar alterações pontuais e específicas no texto formal da Constituição, e estar disciplinado no artigo 60 da Constituição Federal.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa³.

Com este artigo fica demonstrado que a Constituição Federal do Brasil é uma constituição rígida, que se exige um procedimento muito mais difícil, do que o previsto para a alteração das leis ordinárias, para sua própria modificação.

³ Art. 60 da Constituição Federal de 1988.

Limites explícitos do poder constituinte reformador

Para começar, devemos alertar que as matérias contidas no artigo 60, parágrafo 4º, apesar de chamadas de “cláusulas pétreas”, podem ser modificadas por emendas constitucionais (ex.: as ECs 05/95, 15/96 e 46/04 alteraram dispositivos da Federação brasileira). O que o poder reformador não pode fazer é “tender a abolir”, ou, restringir indevidamente qualquer dessas matérias para que não haja alteração substancial da identidade da Constituição de 1988.

O intérprete da Constituição deve analisar, em cada caso concreto, se a proposta de reforma constitucional atinge a essência da separação dos poderes, do pacto federativo, do voto direto, secreto, universal e periódico ou dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal de 1988.

No seu caput, do artigo 60, há uma limitação de caráter formal, que dita o modo pela qual a constituição poderá ser emendada, que é mediante proposta de: um terço no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

No parágrafo 2º do mesmo artigo 60 da Constituição Federal, há outra limitação formal que é que a proposta de emenda à Constituição deverá ser discutida e votada, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, e somente será aprovada se obtiver, em ambos os turnos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Uma limitação de caráter constitucional foi colocada no parágrafo 1º, do artigo 60, da Constituição Federal, é a de que, de acordo com a vontade do poder constituinte originário, o Constituição de 1988 não poderá sofrer modificações (emendas) na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de estado de sítio. Com esta limitação, o constituinte originário, procurou evitar que as emendas à Constituição fossem aprovadas em momentos de instabilidade política, pois em assim sendo, não haveria possibilidade de uma ampla discussão popular sobre o tema da reforma, em razão de possível mitigação de direitos fundamentais, por imposição do Estado, como forma de debelar as crises internas.

Na vigência de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, é o próprio processo legislativo da PEC (Proposta à Emenda Constitucional) que fica totalmente

prejudicada, e não apenas a sua votação, razão pela qual ficam suspensas as tramitações das propostas de emenda constitucional enquanto perdurarem tais situações de anormalidade.

Há também, no artigo 60, parágrafo 5º, da Constituição Federal, uma limitação temporal, que segundo esse parágrafo diz que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, ou seja, só poderá ser apresentada novamente no ano seguinte.

E finalmente, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os direitos fundamentais protegidos pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, não são apenas os contidos no rol do artigo 5º da Constituição, mas também outros direitos fundamentais de índole individual, inclusive os previstos nos capítulos dos direitos sociais, nacionais e políticos, além de outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Política (Constituição Federal, artigo 5º, parágrafo 2º).

Limites implícitos do poder constituinte reformador

Existem outras matérias que, embora não sejam claramente enunciadas pela Constituição, também não podem ser alteradas, em decorrência dos princípios e do próprio sistema constitucional em vigor. São, por isso, denominadas de limitações implícitas.

Por isso, que também não podem sofrer emendas as normas existentes na Constituição relativas à organização do Estado, as relativas à fixação das competências dos entes que compõe a Federação, à titularidade e ao exercício do poder constituinte, assim como os princípios fundamentais, constantes do Título I da Constituição.

Da mesma forma, não podem sofrer emendas à Constituição, as regras procedimentais mais rígidas para alteração do texto constitucional, fixadas no mencionado artigo 60, da Constituição vigente, pois caso fossem alteradas as regras procedimentais ali fixadas, estar-se-ia permitindo que o poder de reforma do texto constitucional fosse exercitado de maneira diversa (mais fácil) daquela concebida pela vontade popular, manifestada por meio da assembleia constituinte.

Entende-se implicitamente que o poder constituinte reformador não pode modificar a titularidade do poder constituinte, originário e derivado. O poder constituinte reformador não pode modificar as normas que preveem as limitações expressas (todo o artigo 60 da CF/88, incluindo o parágrafo 4º do artigo 60 e o artigo 3º do ADCT). Isto porque o poder constituinte

reformador não pode alterar as limitações impostas por a ele mesmo, sob pena de estar atuando irregularmente como poder constituinte originário. Não haveria mesmo sentido em se permitir que o poder constituinte derivado pudesse modificar seus próprios limites, alterando, assim, a sua própria natureza.

O mesmo pensamento, também vale para o rol das cláusulas pétreas, do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Pois não é possível a supressão, por meio de emenda constitucional, de alguma das matérias ali relacionadas (caso, por exemplo, do voto secreto), para, em seguida, por meio de outra emenda, dispor sobre a matéria de maneira diferente (exigindo, ao contrário, que o voto passe a ser declarado).

Se esse fenômeno, que é denominado de dupla revisão, pela qual seria possível o poder reformador alterar o procedimento de reforma constitucional, a fim de facilitar o processo de atualização das normas constitucionais, fosse permitido, o poder constituinte reformador poderia ignorar a vontade manifestada pelo constituinte originário, no sentido de que as matérias relacionadas naquele dispositivo constitucional não podem sofrer qualquer tipo de alteração.

E o sistema de governo (presidencialismo) e o regime de governo (república) são cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988?

Bem, de 1891 a 1967, todas as Constituições brasileiras tiveram a república e a federação como cláusulas pétreas (CF, artigo 60, parágrafo 4º, I), retirando, porém, a república do seu núcleo imodificável. Pois o legislador constituinte originário preferiu que o povo escolhesse diretamente o regime de governo (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo) sob o qual optaria por viver (vide artigo 2º do ADCT).

O plebiscito foi realizado em 1993, com a escolha da república e do presidencialismo, razão pela qual, apesar de a república e do presidencialismo não terem sido gravados como cláusulas pétreas expressas da CF/88, representariam atualmente cláusulas pétreas implícitas da Carta Magna, integrando aquele conjunto de princípios fundamentais que formam o seu espírito e núcleo de identidade.

4.2.2.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE

O poder constituinte decorrente também deriva da vontade do poder constituinte originário, e está expressamente previsto na Constituição. Entretanto, ao contrário do poder reformador, que se destina a alterar o texto constitucional, tem como escopo conferir aos membros de um Estado do tipo federal o poder de criar seus próprios textos constitucionais.

É um poder de direito estabelecidas pelo poder constituinte originário, e que constam expressamente do texto constitucional, e por se tratar de um poder subordinado ao originário, também tem que respeitar os limites explícitos e implícitos, impostos pela Constituição.

Os Estados-membros têm o poder constituinte decorrente para editarem suas Constituições no artigo 25, da Constituição Federal, dispõe que “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. Que são:

a) princípios constitucionais sensíveis:

Estão previstos no art. 34, VII, alíneas “a” a “e”, da Constituição Federal:

“Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”.

É uma expressão cunhada por Pontes de Miranda, relacionam-se com aspectos fundamentais da organização do Estado federativo, sendo que a violação por normas da

Constituição Federal ou da lei orgânica do Distrito Federal, resulta não somente na declaração de inconstitucionalidade dessas normas, como também na decretação de intervenção federal na respectiva unidade federativa, com o fim de restabelecer o equilíbrio federativo.

b) Princípios constitucionais estabelecidos ou organizatórios:

São os que trazem limitações expressas e implícitas à capacidade de auto-organização das entidades federativas. As limitações expressas podem ser de caráter **mandatório**, determinando que as unidades federativas observem determinados princípios, exemplo: artigo 37 da constituição Federal – princípios da administração pública; ou ainda de caráter **vedatório**, proibindo certas condutas, exemplo: artigo 19 – vedações de natureza federativa. As limitações implícitas decorrem da necessária observância às normas centrais da Constituição federal, tais como os princípios fundamentais do Estado brasileiro (republicano, democrático, separação de poderes, dignidade da pessoa humana etc.), direitos fundamentais, princípios da ordem econômica e social.

Limites inerentes: implícitos ou tácitos, vedam qualquer possibilidade de invasão de competência por parte dos Estados-membros.

Limites decorrentes: Pois decorrem de disposições expressas. Exemplo: necessidade de observância do princípio federativo, do Estado Democrático de Direito, do princípio republicano, artigo 1º, caput.

c) princípios constitucionais extensíveis:

São aqueles voltados textualmente para a União, mas que devem ser respeitados pelas demais entidades federativas. Exemplo: o processo legislativo (artigo 59 e s.), os orçamentos (artigo 165 e s.)

O Distrito Federal, o poder de auto-organização, não se dá por meio da promulgação de uma Constituição, mas sim, pela edição da denominada Lei Orgânica, que é um ato que se assemelha às Constituições estaduais, editadas pelos diversos Estados-membros, e é típico dos municípios. Ainda sobre o Distrito Federal, ADI 3.756, j. 21.06.2007, DJ de 19.10.2007: Conquanto submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito federal está bem mais

próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios⁴.

Com isto, se verifica, no caso do Distrito Federal, a manifestação do poder constituinte derivado decorrente, pois o distrito Federal possui a competência de elaborar a sua lei orgânica, verdadeira Constituição Estadual, e com isso, sujeita-se aos mesmos limites que os Estados-membros estão submetidos, e por analogia, aplica-se o artigo 11 do ADCT: “ Art. 11. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”.

Quanto aos Municípios, não há manifestação quanto ao poder constituinte derivado decorrente, pois a Constituição federal não lhes conferiu esta prerrogativa, como o fez em relação aos Estados-membros da Federação. A capacidade de auto-organização municipal está registrada no art. 29, caput, da CF/88, e seu exercício caberá à Câmara Municipal, conforme o ADCT: Parágrafo único. 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 Estadual⁵.

Assim, o respeito ao conteúdo dar-se-á tanto em relação à Constituição Estadual como à Constituição Federal, obedecendo, a dois graus de imposição legislativa constitucional, concluindo assim que, o poder constituinte decorrente, não foi estendido aos Municípios. Noemia Porto (2005, p. 54-55):

O poder constituinte derivado decorrente deve ser de segundo grau, tal como acontece com o poder revisor e o poder reformador, isto é, encontrar sua fonte de legitimidade direta da Constituição Federal. No caso dos Municípios, porém, se descortina um poder de terceiro grau, porque mantém relação de subordinação com o poder constituinte estadual e o federal, ou em outras palavras, observa necessariamente dois graus de imposição legislativa constitucional. Não basta, portanto, ser componente da federação, sendo necessário que o poder de auto-organização decorra diretamente do poder constituinte originário. Assim, o poder constituinte decorrente, conferido aos Estados-membros e ao Distrito Federal, não se faz na órbita dos Municípios. Por essa razão, ato local questionado em face da lei orgânica municipal enseja controle de legalidade, e não de constitucionalidade.

Assim, estas duas espécies de poder constituinte, o reformador e o decorrente, ainda se encontram em pleno vigor em nossa Constituição, mas a terceira espécie de poder constituinte,

⁴ ADI 3.756, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 21-6-2007, Plenário, DJ de 19-10-2007.

⁵ Artigo 11 do ADCT, parágrafo único da Constituição federal 1988.

o poder constituinte revisor, se encontra extinto, pois o constituinte originário deixou expresso na Constituição de 1988 que deveria ser feita uma revisão no texto constitucional, e essa revisão já foi feita, em 1993. Foi feita essa revisão e ela só poderia ser feita uma única vez, por isso foi extinta essa espécie de poder constituinte.

4.2.2.3 PODER CONSTITUINTE DERIVADO REVISOR

É a revisão constitucional, que consiste no poder de realizar alterações globais no texto formal da constituição, sendo previsto no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Foi um mecanismo estabelecido pelo legislador constituinte para atualizar o texto da Constituição após cinco anos de sua promulgação, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Com o plebiscito previsto no artigo 2º do ADCT, que convocaria o povo brasileiro para decidir sobre a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo) que deveriam vigorar no Brasil, assim, dependendo do resultado desse plebiscito, a constituição sofreria alterações estruturais necessárias.

Vale salientar que, em se tratando de manifestação de um poder derivado, os limites foram estabelecidos pelo poder constituinte originário. Várias teorias surgiram apontando ilimitação total, mas, a teoria que prevaleceu foi a que fixou como limite material o mesmo determinado ao poder constituinte derivado reformador, que são as “cláusulas pétreas” do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988:

- I - A forma federativa de Estado;
- II - O voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - Os direitos e garantias individuais.

Com isso dito, a competência revisional do artigo 3º do ADCT, elaborou 6 Emendas Constitucionais de Revisão, quais sejam, n. 1, de 1º.03.1994 – DOU, 02.03.1994 -, e as de ns. 2 a 6, de 07.06.1994, publicadas no DOU em 09.06.1994. Assim, finalizada a revisão constitucional em 1994, não é mais possível nova manifestação do poder constituinte derivado

revisor, pois é hoje uma norma constitucional de eficácia exaurida e de aplicabilidade esgotada, a norma prevista no artigo 3º do ADCT.

5 PODER CONSTITUINTE DIFUSO

É o poder de alterar o sentido e a interpretação da constituição, sem alteração do seu texto, é caracterizado como poder de fato e se manifesta por meio das mutações constitucionais, e é de modo informal e espontâneo, e que decorre dos fatores sociais, políticos e econômicos. Trata-se de processo informal de mudança da Constituição.

Chama-se poder difuso pois pode ser feito por qualquer interprete da Constituição. Um exemplo é o termo casa na Constituição: A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial⁶.

Pois bem, antigamente, a palavra “casa” se restringia a residência do indivíduo, hoje, com novo interpretação, o termo casa pode ser, residência, local de trabalho (reservado), quarto de motel ou hotel (ocupado), Thriller. Ampliou-se o sentido de casa, sem ser necessário uma mudança no texto constitucional.

6 PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL

É o poder de vários países de produzir uma só constituição (constitucionalismo transnacional), e se 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.

Esse poder age de fora para dentro, buscando estabelecer uma Constituição supranacional legítima (RODRIGUES, Maurício Andréuolo, 2000, p. 96.):

Faz as vezes do poder constituinte porque cria 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. Da mesma forma, e em segundo lugar, é supranacional, porque se distingue do ordenamento positivo interno assim como do direito internacional.

⁶ Art. 5º, inciso XI da Constituição Federal de 1988.

O poder constituinte supranacional busca estabelecer uma constituição supranacional legítima, a partir de um conjunto de Estados que se inter-relacionam em um processo de integração econômico e político.

7 RECEPÇÃO

Consiste em um processo automático de verificação da compatibilidade entre a legislação infraconstitucional anterior e a nova Constituição, a fim de atestar quais atos normativos continuam em vigor, sob a égide do novo ordenamento jurídico inaugurado pela nova Constituição.

Para que não haja um hiato legislativo, uma completa ausência momentânea de legislação, fato que importaria em nefasta insegurança jurídica. Com este fenômeno, todas as normas que forem materialmente compatíveis com a nova Constituição serão recepcionadas, recebidas pela nova ordem constitucional. Já as normas infraconstitucionais que não forem compatíveis, estas serão automaticamente revogadas.

Em alguns casos, a norma infraconstitucional materialmente compatível com a nova ordem constitucional passa a ostentar natureza diversa daquela que lhe foi conferida, à época de sua edição. Como por exemplo o Código Tributário Nacional, que em seu nascedouro, tratava-se de simples lei ordinária, e que, por força do artigo 146, da Constituição Federal de 1988, foi recepcionado como lei complementar.

Assim, normas da Constituição revogada incompatíveis com as novas normas da Constituição vigente não se falará em inconstitucionalidade, mas, sim, de revogação da lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção.

Sobre este assunto, de inconstitucionalidade sobre normas de Constituição revogada, transcreverei jurisprudência do STF:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988 – Inconstitucionalidade superveniente – Inocorrência – Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção – Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação direta não reconhecida. A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de

contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade in abstracto - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) - foi reafirmado por esta corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da carta federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do poder público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do poder público constitui matéria absolutamente estranha a função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade⁷.

A recepção poderá ser parcial ou total, ela é o oposto da revogação e se referem a leis infraconstitucionais que pertenciam ao antigo ordenamento jurídico, e também não alcançando as leis que estejam em estado de vagância, a recepção só alcança leis que estejam em vigor no antigo sistema.

⁷ ADIQUO-7/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04.09.1992, p. 14087, Ement. V. 01674-01, p. 1

CONCLUSÕES

Fazendo este estudo, mais aprofundado sobre o constitucionalismo, verificamos que seu nascimento se deu na Antiguidade, onde não podíamos falar ainda em um constitucionalismo moderno, e sim, em um conjunto de leis e normas que era obrigatório sua observância.

Seu desenvolvimento só se deu a partir do final do século XVIII, a partir de revoluções burguesas, em que o povo preteava mais direitos e garantias.

Para compreender o constitucionalismo moderno, e seu instituto do poder constituinte, no final da idade moderna, com as constituições dos Estados unidos da América da França, onde surgiu, neste último, o primeiro doutrinador do poder constituinte, Emmanuel Joseph Sieyes, com sua obra intitulada: *Qu'est-ce que le tiers état?* (O que é o terceiro Estado?).

Seus ensinamentos sobre o tema, poder constituinte, até hoje se faz presente, onde o muito que nos ensinou, foi utilizado na confecção das constituições modernas, inclusive a do Brasil.

Vale ressaltar que, com o estudo que aqui fizemos, foi possível verificar os diversos gêneros do poder constituinte, assim como suas espécies e os limites a eles destinados.

As mudanças na Constituição são periódicas, pois tem que acompanhar o desenvolvimento da sociedade e essas mudanças são feitas seguindo as recomendações feitas pelo constituinte originário, respeitando os limites explícitos e implícitos impostos pela assembleia constituinte de 1988.

Após este estudo, a conclusão a que chegamos foi a de que o poder constituinte é a base do constitucionalismo, pois se reconhece o poder legítimo do povo de legislar sobre suas próprias vidas.

ABSTRACT

This course conclusion work examines the limits of the Constituent Power Reform, due to the indiscriminate use of constitutional amendments, in order to facilitate an investigation in search of the justifications of the reforms. Analyzes the social mutability, its transforming character reflected in society. It also discusses the history of the constituent power, with their species and limits for the modification of the constitution. It also studies the Reformer constituent power to demonstrate whether it is in compliance with the limits imposed by the Retirement Power Splicer. Finally, the study deals with the discussion of the different constituent powers and their characteristics.

Keywords: Constituent power, Reforming power, Limits of that po

REFERÊNCIAS

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e constituinte. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito: Introdução à emblemática científica do Direito. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões. 20 ed. Rio de Janeiro, Elsevier 2008.

PORTO, Noemia, Temas relevantes de direito constitucional: poder constituinte. Brasília; Fortium, 2005.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Poder constituinte supranacional; esse novo personagem. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2000.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. Teoria Geral do Estado. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. A Constituição Burguesa (Qu'est-ce que leTiersÉtat?). 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

TEMER, Michel. Elementos de Direito constitucional. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.