



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

GILIARD CRUZ TARGINO

LIMITES E TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE  
ORIGINÁRIO

SOUSA - PB  
2007

GILIARD CRUZ TARGINO

LIMITES E TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE  
ORIGINÁRIO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB  
2007

Giliard Cruz Targino

LIMITES E TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em:        de        de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup>.: Jacyara Farias Souza  
Mestranda em Direito Econômico  
Orientador (a)

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

Dedico esse trabalho a meus amados pais pelo incentivo e compreensão. Ao meu pai, que sempre foi meu exemplo de honestidade e dignidade, pessoa na qual me espelho em todos os meus passos. A minha mãe pela paciência e dedicação com nossos estudos, pois, mesmo diante de muitas dificuldades nunca parou de acreditar em mim. Aos meus irmãos: Adriana, Ana Célia, Ana Patrícia, Ana Flávia, Ronaldo e em especial a meu querido irmão José Leonardo, que infelizmente o destino nos separou, pois, teve que atender um chamado especial e hoje encontra-se ao lado de Deus; mas, sempre teremos ótimas lembranças suas e com certeza morará para sempre em nossos corações e nunca sairá da nossa mente, pois, ele é inesquecível. Era a pessoa com a maior vontade de viver que eu já conheci e tinha a arte de sorrir mesmo nos momentos que sentia dores; era um exemplo de vida. Dedico ainda a todos meus amigos da Residência Universitária que juntamente comigo mostraram, que dificuldade é uma barreira a ser ultrapassada sempre. A todos da agência do Banco do Nordeste de Sousa-PB, por serem meus colegas de trabalho e estarem comigo nas horas de maior dificuldade. A todos meus professores e colegas de sala de aula. A todos meus amigos que me incentivaram a estudar e acreditaram que eu poderia chegar até aqui. Este trabalho é, portanto, dedicado a todos que amo.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, razão principal da minha existência e fonte de vida, fé, coragem esperança e tudo aquilo que nos causa o bem.

A meu pai por ter batalhado tanto, para aproximar a sua família cada vez mais da escola e nunca ter me deixado desistir de estudar. Além de ter dedicado toda sua vida para seus filhos. Sei que ele já sofreu muito, mas, pode ter certeza que ainda vamos lhe dar muitas alegrias. Se Deus quiser!

A minha querida mãe, por seu amor e vontade de ajudar a seus filhos. Que com certeza deu o máximo de si para que eu pudesse estar aqui.

A meus amigos Joacy Bezerra, Edílson Chaves e Valter Gonzaga, pelo incentivo que me deram.

Especialmente à minha orientadora, Jacyara Farias Souza, que aceitou o desafio de orientar-me na concretização deste trabalho. Com paciência e compreensão, contribuiu muito para a conclusão desse trabalho; e aos demais mestres da casa, por todo conhecimento que me transmitiram em todo decorrer do curso.

A todos os funcionários do Campus de Sousa, em especial a Francisco de Assis Queiroga (Tico), Consuelo, Rejane, Júlia, Bárbara, Núbia, Rocilda e Lirifran.

“Segundo uma máxima do direito universal, não há falta maior que a falta de poder”.

(Emmanuel Joseph Sieyes).

## RESUMO

A presente pesquisa possui como objetivo principal analisar os limites e a titularidade do Poder Constituinte Originário nas suas mais diversas atuações no curso da história. Na busca de respostas para as inquietações levantadas como problemática da pesquisa, empregou-se os métodos bibliográfico, com a utilização de doutrinas, o histórico evolutivo para demonstrar a evolução das doutrinas que pregam a existência de normas fundamentais, o método comparativo para fazer um paralelo entre os diversos pensamentos doutrinários e por fim, o método exegético jurídico com a interpretação de dispositivo constitucional. O trabalho demonstra que a idéia da existência das leis fundamentais de um Estado remota ainda ao período da antiguidade, seguindo pela Idade Média com o surgimento de várias doutrinas, desembocando na Idade Moderna com o surgimento da doutrina do Poder Constituinte. Essa doutrina trazia em si um diferencial em relação às outras, pois, o seu objeto de estudo era o surgimento de um Poder com a prerrogativa de criar os demais poderes, organizando o Estado, atribuindo competência aos órgãos da administração pública e assegurando tratamento igual a todos os indivíduos que compõem a nação. O Poder Constituinte surgiu na França na segunda metade do século XVIII atrelado aos movimentos da Revolução Francesa e teve como teorizador Emmanuel Joseph Sieyès, autor da obra "Que é o Terceiro Estado?", estopim do movimento burguês contra os privilégios do clero e da nobreza. O Poder Constituinte teve como fundamento lógico a necessidade prescindir um Poder competente para criar a Lei Maior do ordenamento jurídico baseando-se nos anseios sociais, constituindo uma norma tida como de valor relevante e ponto de referencia das demais normas. Esse Poder reflete a vontade de seu titular, constituindo-se em uma força com capacidade para criar a Lei Maior do Estado e organizar o ordenamento jurídico deste. O Poder Constituinte Originário, mesmo quando expresse a vontade popular, deve curvar-se diante dos direitos naturais e em especial dos direitos fundamentais da pessoa humana enquanto direito natural, já que esses direitos são indisponíveis e irrenunciáveis. Mas, no entanto, não encontra limites no direito positivo, pois, sua obra, a Constituição, é quem impõe limites ao restante da pirâmide normativa. Destaque-se ainda, que o Poder Constituinte, possui como titular aquele que possuir vontade soberana no Estado, podendo, no entanto, ser um indivíduo, uma classe privilegiada ou a nação inteira, conforme seja a forma de governo e o regime político adotados.

**Palavras-chave:** Poder Constituinte. Limites. Titularidade.

## ABSTRACT

This research has as its main objective examine the limits and ownership of the Constituent Power Originally in its most diverse acts in the course of history. In search of answers to the concerns raised as issues of the research, the methods employed are bibliographic, with the use of doctrines, the evolutionary history to demonstrate the evolution of doctrines that preach the existence of core standards, the comparative method to make a parallel among the various doctrinal thoughts and finally, the method exegetic basis with the interpretation of constitutional device. The work shows that the idea of the existence of the basic norms of a state still back the years of seniority, followed by the Middle Ages with the emergence of various doctrines, discharging in the Modern Age to the emergence of the doctrine of the Constituent Power. This doctrine itself featured a spread on the other, therefore, its object of study was the emergence of a Power with the prerogative to create all powers, organizing the state, giving power to the bodies of the public administration and ensuring equal treatment to all individuals who compose the nation. The Constituent Power emerged in France in the second half of the eighteenth century coupled to movements of the French Revolution and has toreador Emmanuel Joseph Sieyès, author of the "What is the third state", stupid of bourgeois movement against the privileges of the clergy and nobility . The Constituent Power rationale was to dispense with the need of a competent power to create the Law of the Greater legal system based on the social aspirations, is taken as a standard of value and relevant point of reference of other standards. This power reflects the will of its holder, constituting themselves into a force with the ability to create the Greater Law of the State and organize the legal system in this. The Power Constituent Originally, even when express the popular will, should to bend in front of the natural rights and in particular of the fundamental human rights as a natural right, since they are unavailable and incontrovertible. But, however, there is no positive law limits therefore his work, the Constitution, is who imposes limits to the rest of the normative pyramid. Fatured is, that the Constituent Power, has as holder who will have the sovereign State and may, however, be an individual, a privileged class or the whole nation, as is the form of government and political system adopted.

**Key-words:** Constituent Power. Limits. Ownership.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 PODER CONSTITUINTE.....	12
1.1 Conceito.....	12
1.2 Evolução histórica.....	14
1.3 Teorização.....	17
1.4 Fundamento lógico.....	22
CAPÍTULO 2 ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE: ORIGINÁRIO E DERIVADO.....	24
2.1 Poder constituinte originário.....	24
2.1.1 Conceito e características.....	24
2.1.2 Veículo.....	26
2.1.3 Formas de expressão.....	28
2.1.4 Natureza.....	29
2.1.5 Exercício.....	30
2.2. Poder Constituinte Derivado.....	32
2.2.1 Conceito e características.....	32
2.2.2 Natureza.....	34
2.2.3 Espécies: reformador e decorrente.....	34
2.2.4 Limites do poder de reforma constitucional.....	37
CAPÍTULO 3 LIMITES E TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.....	40
3.1. Limites do Poder Constituinte Originário.....	40
3.2. Titularidade do Poder Constituinte Originário.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	55

## INTRODUÇÃO

Entendendo-se que o ordenamento jurídico é o composto de todas as normas, apresenta-se, pois, como uma expressão fundamental para um Estado de direito. Em sendo assim, suas normas devem originar-se de uma fonte que lhe garanta eficácia, eficiência, efetividade e principalmente legitimidade por parte dos destinatários.

A Constituição com suas características peculiares apresenta-se como a lei fundamental do ordenamento jurídico, fazendo com que todas as outras normas estejam vinculadas a seus preceitos, tendo-a como norma referência.

A relevância das normas constitucionais justifica-se em virtude do conteúdo jurídico delas, trazendo em seu bojo os princípios fundamentais de formação do direito positivo. Tendo em vista a importância de suas normas, exige-se um procedimento rigoroso na sua construção e modificação, e onde prescreve normas fundamentais garante a sua imodificabilidade.

No mundo moderno não se imagina um Estado soberano sem possuir uma Constituição, que o organize através de um conjunto de normas de primeira grandeza, que declare os direitos e deveres fundamentais de todos os indivíduos e que, ao mesmo tempo, defina as regras de organização social e as limitações ao uso dos poderes políticos e econômicos.

Por ser a norma principal do estado e que está acima de todas as outras, não encontra suporte nem origem no direito positivo. Para organizar o direito e solidificar o sistema normativo, necessita advir de um poder que reflita a vontade de seu titular.

Em virtude da importância das normas constitucionais para a consolidação do ordenamento jurídico, tem-se como importante pesquisar profundamente a respeito da sua origem. Existe uma tendência doutrinária que prende a esclarecer apenas os dispositivos normativos da Constituição, sem dar tanta relevância ao Poder Constituinte Originário. Sabe-se, no entanto, que ele merece ser estudado, desprendendo atenção, pois, é o único Poder com capacidade para por fim a uma ordem jurídica e fazer surgir uma nova, sempre que for necessário.

Daí vê-se a necessidade de analisar a temática para melhor compreender a importância da Constituição no ordenamento jurídico, perquirindo sobre a Superioridade da norma constitucional em relação às outras, e buscar fazer novas descobertas a seu respeito, fazendo comparações entre divergências doutrinárias. E

como toda pesquisa acaba trazendo informações novas, objetiva-se, portanto, contribuir para o estudo do Poder Constituinte, acompanhando sua trajetória desde seu surgimento até as atuações mais recentes. Far-se-á ainda um breve histórico de sua manifestação no processo que deu origem às Constituições brasileiras, já que as mesmas são objeto de crítica, tendo em vista que o procedimento adotado em suas construções, não confere exatamente com o que manda a teoria.

Surge assim, o Poder Constituinte com a missão de garantir ao Estado de Direito uma norma tida como referência para as outras e que o organize por meio dos poderes constituídos, assegurando aos indivíduos que compõem a nação o máximo de direitos que sejam possíveis.

Para a produção e elaboração da pesquisa faz-se necessário a utilização, do método bibliográfico, que por meio do estudo teórico da doutrina pertinente ao tema, buscar-se-á desenvolver uma análise aprofundada sobre os limites do Poder Constituinte Originário, e a análise do mesmo quanto à titularidade; empregar-se-á também o método histórico-evolutivo para estudar as doutrinas que estudam as leis fundamentais do Estado, como a doutrina das Leis fundamentais do Reino, a doutrina pactista medieval e a doutrina do contrato social, que antecederam a doutrina do Poder Constituinte, e verificar o comportamento desse nas diversas épocas da história constituinte do Brasil.

Utilizar-se-á o método de estudo comparativo, onde se fará um paralelo entre esse Poder e outro instituto que dá origem a uma Carta Magna, pautado na doutrina do contrato social, além de fazer um paralelo entre os diversos pensamentos doutrinários; e por fim será também utilizado o método exegético-jurídico, que visa interpretar dispositivos constitucionais e verificar até que ponto poderá ser modificada.

Os objetivos da pesquisa consistem, pois, em buscar descobrir se o Poder Constituinte Originário encontra limites no seu modo de atuação e saber quem são os verdadeiros titulares do Poder Constituinte Originário, em todas as formas de governo e regimes políticos de um Estado de direito.

No capítulo inicial será abordado o Poder Constituinte Originário, seu conceito, a sua origem no decorrer da história e qual sua importância com a evolução da sociedade. Tratar-se-á principalmente da sua teorização e o seu fundamento lógico, ou seja, expressando assim, a importância que o mesmo tem no ordenamento jurídico de um Estado.

No segundo capítulo far-se-á um esboço das espécies do Poder Constituinte, na sua forma originária e derivada bem como, as subespécies reformadora e decorrente. Será apresentado também, um panorama da finalidade de cada espécie, abordando os fatores que lhes motivam acontecer, incluindo suas características, as formas com que o mesmo possa se apresentar.

Objetiva-se ainda tecer comentários sobre a natureza do Poder Constituinte, que é assunto polêmico entre os estudiosos do direito constitucional, e realizar um estudo paralelo entre a titularidade e o seu exercício. E por fim fazer uma abordagem sobre os limites de reforma constitucional.

O terceiro capítulo abordará os Limites e Titularidade do Poder Constituinte Originário, onde focará o objetivo principal da pesquisa, que é descobrir se há ou não limites para o Poder Constituinte Originário e se houver, em que princípios se baseiam, ou seja, quais são seus fundamentos. Tem o desiderato ainda de esclarecer as diversas formas de governo e regimes políticos e mostrar o titular do Poder Constituinte em cada uma delas.

Mencionar-se-á o processo de surgimento das Constituições brasileiras, facilitando a fixação do aprendizado sobre o tema, e em virtude dos diversos momentos políticos pelos quais passou o Brasil; trazendo, pois, bons subsídios para a pesquisa.

## CAPÍTULO 1 PODER CONSTITUINTE

Para a consubstanciação do ordenamento jurídico de um Estado, pressupõe antes de tudo a existência de uma Constituição. Em virtude da natureza de suas normas, compostas por princípios basilares do direito, trazem consigo uma segurança maior de eficácia e eficiência de toda e qualquer norma existente. Todas as outras normas sejam elas leis, decretos e entre outras, estão obrigadas a observar os preceitos da Constituição, que exige um procedimento para modificá-las, não permitindo que o legislador modifique-as conforme sua vontade.

Enquanto que a própria Constituição, como Lei Maior que é, tem como sua origem um Poder que se traduz na própria aspiração de seu titular. O referido Poder cria a Constituição e diz como a mesma será modificada, assegurando um procedimento de alteração mais difícil que o das leis ordinárias, transmitindo maior certeza de sua aplicabilidade. A esse Poder que cria as normas constitucionais dar-se o nome de Poder Constituinte.

### 1.1 Conceito

Poder constituinte é a força capaz de criar alguma coisa; é a energia suficiente para fazer surgir um determinado ser.

Mas, quando referir-se a uma obra cultural do porte da Constituição de um Estado, esta expressão passa a adquirir um significado complexo, de grande importância, proporcional a seu resultado.

Para melhor definir Poder Constituinte, elencar-se-á aqui, suas espécies, já que possuem significados diferentes. O mesmo é dividido em originário e derivado; o primeiro é a expressão da suprema vontade da nação, de um grupo social ou até mesmo de um indivíduo. Já no aspecto da ciência jurídica, é a fonte inesgotável de produção das normas constitucionais, isto é, o Poder que cria uma Constituição e desta forma diz como devem ser, as normas fundamentais de organização do Estado.

Nesse sentido elucidada Antônio Negri (2002, p. 8/9):

É o Poder de instaurar um novo ordenamento jurídico e, com isto regular, as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade; é um imperativo da nação, que surge do nada e organiza a hierarquia dos poderes; [...] um

poder que surge do nada e organiza todo o direito.

O Poder Constituinte originário é ainda conhecido como onipotente, inicial, soberano, extraordinário, incondicionado e ilimitado no âmbito do direito positivo. É um Poder que não pode ser eliminado, pois, representa o próprio sentido do sistema jurídico; é o conjunto de necessidades, de anseios sociais, de uma coletividade ou indivíduo. É em sentido próprio, um poder de formação; a sua força faz cessar os efeitos da ordem jurídica anterior, estabelecendo uma nova.

Antônio Negri (2002, p. 11) quando se refere ao Poder Constituinte Originário, afirma: "o paradigma do Poder Constituinte, é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível".

Sobre certo ponto de vista o seu conceito está estreitamente ligado ao conceito de revolução; é ainda lhe atribuído um conceito político, já que sua força não é oriunda do mundo jurídico, que é inexistente enquanto aquele não criar este; geralmente aparece em momentos de instabilidade política, econômica e social e com o passar da crise ele desaparece, só ressurgindo em estado de anormalidade; mas, jamais se extingue.

Paulo Bonavides (2004, p. 147), escreve:

Essa posição desatando o Poder Constituinte de uma teoria sobre sua legitimidade, conduz naturalmente o conceito de Constituição para o aspecto material e absorve todo o conteúdo que uma Constituição possa ostentar. Faz do Poder Constituinte um Poder Político, um Poder de fato, um Poder que não se analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independem de configuração jurídica.

Já o Poder Constituinte Derivado é aquele derivado do Poder Constituinte Originário, que encontra seu fundamento na Constituição Federal, com o objetivo de reformá-la, alterando seus dispositivos e adequá-la às mutações sociais. No Brasil, face ao sistema federativo instituído e consagrado desde a Constituição Republicana de 1891, este conceito sofre um acréscimo, pois, além disso, pode permitir aos Estados-Membros integrantes da federação, tendo em vista possuírem autonomia político-administrativa, que se organizem conforme suas Constituições Estaduais, desde que essas não firam os ditames da Constituição Federal.

É Constituinte por que assim como o Originário ele constitui normas constitucionais; ele retira e coloca na Constituição, conteúdo normativo. É derivado

por que como já mencionado, foi criado por outro Poder, que lhe concede toda a força necessária para que possa gerar efeitos.

A este Poder são atribuídas várias denominações, dentre elas Poder Constituinte de 2º grau; Poder Constituído; Poder Instituído. E há quem questione se o mesmo é Poder ou apenas uma competência reformadora.

Sobre a temática elucida Michel Temer (2001, p. 34/35):

Pode-se até questionar sobre a adequada rotulação: se Poder Constituinte ou competência reformadora. É certo que, por força da reforma, criam-se normas constitucionais. Já agora, entretanto, a produção dessa normatividade não é emanção direta da soberania popular, mas, indireta, como também ocorre no caso da formulação da normatividade secundária (leis, decretos, sentenças judiciais).

Recebe ainda um conceito jurídico, tendo em vista, suas atribuições e limites estarem expressos na própria Constituição Federal, e diferentemente do Poder Constituinte Originário a sua manifestação se dá em momentos de relativa normalidade e paz, ou seja, não é preciso haver nenhum caos econômico-social ou político.

## 1.2 Evolução histórica

A idéia de que existe uma diferença entre as leis que estruturam a organização política, estabelece a organização do governo e as demais leis que são criadas pelos órgãos do governo, surgem na Grécia no período da Antiguidade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 3) elucida que:

Aristóteles, na Política, mostra ter presente a distinção entre as leis concernentes à organização do governo e as demais leis, isto é, as leis constitucionais e as leis não constitucionais, ou meramente ordinárias.

Em Atenas, o principal foco de cultura da Antiguidade, entendia-se que as leis que estruturavam as Cidades-Estados e a competência dos órgãos do governo, eram superiores às demais e superiores às decisões dos poderes constituídos por elas. A superioridade dessas leis era garantida por meio de uma ação que se podia contestar e reprovar a criação de leis que contrariassem as normas fundamentais, que davam estrutura organizacional às Cidades-Estados atenienses; essas ações tinham por nome "*a gráphe paranomon*", que é como se fosse a ação direta de

inconstitucionalidade nos dias de hoje.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 4) assevera:

No direito público ateniense havia a idéia de certas leis, concernentes à própria estrutura da cidade-estado, as que estabeleciam a cidadania, pois, que dispunham sobre quem tinha o poder de participar das assembléias, as atinentes aos órgãos do governo etc., eram superiores às demais e superiores às deliberações dos Poderes nelas previstos. Por meio de uma ação - a *graphe paranomon* - podia-se impugnar a criação de leis que contradissem aquelas normas tidas por fundamentais, concernentes à estrutura fundamental da cidade-estado ateniense.

Na Idade Média, também surgiu a idéia de normas fundamentais de organização do Estado com poder jurídico superiores às demais. Mas, tanto na Antiguidade como nesse último período da História, apesar da idéia da existência dessas leis que viessem a subordinar os órgãos do governo e as outras leis, não havia ainda a idéia da existência de um poder que criasse os demais.

Ainda Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 4):

Chegou a existir na idade média, a idéia de que certas normas, pela matéria que versam, por dizerem respeito à organização fundamental, são superiores às demais. Mas também não se chegou à idéia de que essas normas seriam estabelecidas por um poder especial.

Antes do surgimento da idéia de Poder Constituinte, surgiu na França a doutrina das leis fundamentais do Reino. Esta doutrina pregava que certas normas jurídicas, relativas à estruturação política, eram superiores às demais, e melhor, superiores ao próprio Monarca e os outros órgãos da organização política, de tal forma que os atos praticados em desconformidade com seus preceitos, eram tidos como sem valor.

Essa doutrina é a que tem mais características semelhantes com a do Poder Constituinte. Embora houvesse legista que afirmasse ser essas normas imutáveis, houve também quem defendesse a tese de que as mesmas eram mutáveis, mas, com uma condição: o monarca não poderia mudá-las por vontade própria; só poderiam ser alteradas pelas três classes sociais francesas juntas: o clero, a nobreza e o povo, na reunião dos Estados Gerais, passando assim, por um processo especial para serem modificadas.

Mas, assim como as doutrinas citadas anteriormente, diferenciava-se do Poder Constituinte por não haver um Poder especial que constituísse os outros. Tais



leis eram tidas como estabelecidas pelos costumes, que iam se adaptando a estes para não perderem eficácia.

Veja-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 5):

A doutrina das leis fundamentais do Reino tem um aspecto interessante [...] embora os legistas franceses, na sua maioria, ensinassem que aquelas leis fundamentais eram imutáveis, houve entre eles quem ensinassem que tais leis eram mutáveis, mas, só poderiam ser modificadas por um processo especial na reunião dos Estados Gerais. [...] a doutrina das leis fundamentais do Reino já nos aproxima da doutrina do Poder Constituinte, entretanto, reiterar, ainda uma vez, que nela não existe qualquer suposição de que as leis fundamentais seriam estabelecidas por poder especial.

A doutrina pactista medieval foi outra que contribuiu para o processo de formação do Poder Constituinte, com suas características bastante assemelhadas. Essa doutrina colocava o acordo entre os governados como base do governo, onde se formava um pacto de sujeição, em que o consentimento, tacitamente manifestado, era a fonte do Poder Político. A vontade dos homens era tida como fonte criadora da organização política e, conseqüentemente do Estado.

Outra doutrina de grande importância para o processo de constituição de normas de caráter superiores às demais, é a do contrato social. Apesar de possuir grande semelhança com a doutrina pactista medieval, diferem em um ponto bastante importante: enquanto esta considera o acordo de vontades, embora tácito, a fonte de governo, o contrato social considera o acordo de vontades entre os indivíduos a fonte da sociedade.

Os estudiosos dessa doutrina eram Hobbes, Locke e Rosseau. Todos esses doutrinadores possuíam o entendimento que só é possível entender corretamente a sociedade, se ela formar-se através de um acordo de vontades entre os homens, constituindo em um contrato livremente consentido em que não houvesse prejuízo a nenhum dos homens. No decorrer do surgimento de várias doutrinas que estudavam a melhor forma de organizar o ordenamento jurídico de um Estado e a de criar um conjunto de normas mais importantes que as outras, a doutrina do contrato social é que antecede a doutrina do Poder Constituinte.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 7) comenta bem esse assunto:

A idéia comum a toda doutrina do contrato social é a de que a sociedade deve ser entendida como baseada num contrato entre todos os homens. [...] a doutrina do contrato social é praticamente o último passo antes do surgimento da doutrina do Poder Constituinte.

Assim como todas as doutrinas já citadas, o contrato social não trazia a idéia da existência de um Poder instituidor dos demais e do próprio Estado. Mas, o estudo de todas elas é de grande importância para compreendermos melhor a origem do Poder Constituinte.

### 1.3 Teorização

O surgimento da idéia de Poder Constituinte, ou seja, de um Poder capaz de criar os outros Poderes e o próprio Estado, surgiu na França, confundindo-se com um dos mais significativos momentos da história moderna: A Revolução Francesa. Teorizado pelo abade francês Emmanuel Joseph Sieyès, pensador e revolucionário do século XVIII. Em janeiro de 1789 ele publicou um panfleto revolucionário, sem o nome do autor, com o título, "*O que é o Terceiro Estado?*", desejoso de participar dos movimentos revolucionários na França. Este panfleto continha as reivindicações da burguesia, que foram conquistadas com a própria revolução francesa. Na verdade o panfleto não passava de um esboço que seria aperfeiçoado posteriormente, já que nos movimentos da Revolução Francesa era impossível escrever uma obra e deixá-la acabada. Mas, esse esboço teve uma grande repercussão política, dando maior conscientização sobre os direitos que cabem a cada cidadão e influenciando diretamente na mudança da história política da França.

A burguesia, que representava o chamado Terceiro Estado, era uma classe de homens que viviam nos burgos e posteriormente nas cidades, proprietários de fábricas ou comerciantes. Eram responsáveis por empregar uma grande quantidade de pessoas e contribuir maciçamente para com o fisco. E juntamente com toda a classe operária, artesãos e profissionais liberais, formavam na França o chamado Terceiro Estado, que nos Estados Gerais tinha uma importância insignificante por constituir em apenas um voto contra dois, que era o clero e a nobreza, tendo em vista o sistema de votação ser por ordem, ou seja, por classe social. Pois, a França vivia oprimindo o Terceiro Estado e privilegiando os outros.

O livro de Sieyès, o qual fora mencionado anteriormente, tem características importantes; o seu título é uma pergunta – *Qu'est-ce que le tiers Etat?* – que significa "*o que é o Terceiro Estado?*". Essa obra tem por objetivo responder três perguntas: a primeira delas, que tem sido "*o Terceiro Estado?*"? A posteriori, o que é? E por fim o

que pretende ser “o Terceiro Estado”?

Sieyes respondeu às perguntas: concluiu que o Terceiro Estado até agora tem sido um estamento sem influência dentro da sociedade francesa, pois, não tem direitos políticos e conseqüentemente civis, por não possuir legítimos representantes nos Estados Gerais; aqueles que dizem ser seus representantes não são provenientes de sua classe e sequer são eleitos pela mesma. Esses ditos representantes do povo fazem dessa função um direito de possuir certos cargos públicos, ou seja, por se acharem donos dos cargos e funções públicas, utilizam da representação do Terceiro Estado para criar os referidos cargos e assim encontrar motivos para participar do rateio dos tributos arrecadados dessa classe trabalhadora.

Sieyes ao analisar o que é o Terceiro Estado, o autor afirma que esse estamento é tudo; pois, é encarregado de produzir tudo o que a nação francesa necessitaria; desde a matéria-prima para as necessidades do homem, que é responsabilidade de todas as famílias ligadas aos trabalhadores do campo, transformando nas fabricas o benefício da natureza aliada ao resultado de seu trabalho, para dobrar, triplicar o valor e findam por comercializarem o que produzem para melhor distribuir entre a nação francesa e outros povos, os produtos que suprem as necessidades de consumo de uma sociedade.

Além de serem responsáveis pelos serviços das profissões científicas e liberais mais importantes, até os serviços domésticos. Ou seja, tudo o que há de difícil, é desempenhado pelo Terceiro Estado, que é composto por homens fortes e civilizados a ponto de entender que uma nação só existe se todos participarem do processo de sua formação.

Assim afirma Emmanuel Joseph Sieyes (2001, p. 3):

Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros.

Quanto ao futuro do Terceiro Estado, Sieyes afirma que essa classe quer ter importância no seio social e o direito de serem representados nos Estados Gerais,

pois conforme já mencionado tal classe não tinha representantes hábeis e dispostos a interpretar sua vontade e defender seus interesses. Queriam que esses representantes fossem escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertencessem a seu povo. Depois, que esses fossem no mínimo em número igual aos representantes das outras duas classes juntas; senão, nada seria feito, porque as outras duas classes unidas venceriam no voto, por classe social, levando a baixo todos os anseios do Terceiro Estado. E finalmente queria que os Estados Gerais votassem por cabeça e não por ordem, como acontecia.

Esses desejos foram se consolidando entre os vinte cinco a vinte seis milhões de pessoas dessa classe e por se acharem capaz, expressam sua força, logo após uma frustrada reunião nos Estados Gerais em 1º de maio de 1789. Na reunião, clero e nobreza insistiam em não reconhecer a igualdade de direitos entre as três classes, e recusando-se a reunir com o Terceiro Estado em uma Assembléia Constituinte, para a composição de um conjunto de normas que melhor beneficiasse a nação francesa, fazendo com que ensejasse o movimento.

E em 17 de junho de 1789, o denominado Terceiro Estado declara-se legítimo para se instituírem em Assembléia Nacional com ou sem a presença das outras classes, assumindo o compromisso de elaborar uma Constituição para a sociedade francesa. E em 4 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional francesa, expressa sua força e a certeza que não se deixará mais ser vencido pelo medo das classes privilegiadas, quando decreta a igualdade fiscal entre os indivíduos. Só que o Imperador Luís XVI se recusa sancionar decretos elaborados pela referida Assembléia; e entre esses decretos estaria a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

Diante desse fato, a tese de Sieyes passa a ganhar adeptos, e tudo isso se traduz na idéia de um Poder Constituinte Originário por parte da nação. Mas, somente no dia 3 de setembro de 1791, surge o primeiro resultado do Poder Constituinte Originário com a promulgação da segunda Carta Constitucional escrita, no cenário jurídico mundial, que foi a Constituição Francesa.

Um aspecto que merece destaque é o fato da primeira obra do referido Poder ser a segunda Constituição escrita que a história da humanidade nos revelou. Isso ocorreu porque apesar de o berço do Poder Constituinte ser a França, a primeira Constituição escrita surgiu nos Estados Unidos da América em 1787; e as idéias inspiradoras do processo de formação desta, vieram dos pensadores Locke,

Rosseau e Montesquieu.

Sobre esse aspecto assevera Erivaldo Moreira Barbosa (2003, p. 24):

Nos idos de 1.776, uma das treze colônias inglesas na América, a Virgínia, declarava sua independência, com base nas doutrinações de Locke, Rosseau e Montesquieu. Encabeçavam o movimento Thomas Jefferson e outros líderes locais.

E esses mesmos ideais serviram não só para influenciar a independência de uma colônia, mas, também dá suporte para o processo de formação da Constituição Norte Americana.

Tanto Hobbes, Loocke, Rosseau, e Montesquieu, encabeçavam o movimento de Tomas Jéferson e eram adeptos da doutrina do contrato social, que apesar de semelhante não se confunde com a doutrina do Poder Constituinte, conforme fora mencionado anteriormente.

Ao referir-se à doutrina do contrato social, assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 07):

Já os autores que difundiram a idéia do contrato social viam, nesse contrato, como o próprio nome sugere, a fonte da sociedade. Isso está na célebre Escola do Direito Natural e das Gentes, encabeçada por Hugo Grócio, e está nos três grandes da doutrina do contrato social: Hobbes, no *Leviatã*, de 1651; Locke, no Segundo tratado do governo civil, da última década do século XVII; e Jean-Jacques Rosseau, no Contrato social, de 1762. Pode-se observar mesmo que existe estreita conexão entre a doutrina do contrato social de Rosseau e a doutrina em que se fundamenta a Escola do Direito Natural. Examinemos melhor a doutrina do contrato social, que é praticamente o último passo antes do surgimento da doutrina do Poder Constituinte.

Verifica-se que são duas doutrinas diferentes, além do mesmo autor confirmar a tese da existência delas e que as mesmas são diferentes, em outras passagens em seu livro, quando faz comentários da doutrina do Poder Constituinte.

Portanto, percebe-se que a Constituição Norte Americana de 1787 é fruto do objeto de estudo de duas doutrinas: O contrato social e a Divisão dos poderes. Dessa forma, confirma-se a tese de que o Poder Constituinte surgiu mesmo na França, materializando-se pela primeira vez em 1791, no processo de formação da Constituição francesa, que não se confirma a tese de que a origem desse poder, é contemporâneo ao surgimento de Constituição escrita, conforme afirma muitos doutrinadores, já que esta surgiu quatro anos antes, e finalmente, que não só o

Poder Constituinte é capaz de fazer surgir a Constituição de um Estado, como também o Contrato Social.

E assim a doutrina do Poder Constituinte foi evoluindo e expandindo sua atuação pelos Estados absolutistas já existentes e os outros recém formados solidificando ora os desejos de uma nação e infelizmente ora os desejos de uma classe ou de um indivíduo.

Nesta seara evolutiva perdeu a noção de Poder da nação, conforme o intuito com o qual se originou; é que não imaginava Sieyes, que o mencionado Poder pudesse cair nas mãos de governos absolutistas, e que os mesmo tornassem titular dele.

Sieyes deixa a entender a todo o momento, que a nação francesa foi quem criou a Constituição; e que essa nação era composta por vinte e cinco a vinte e seis milhões de pessoas que não tinham privilégio algum. Na sua obra "*Que é o Terceiro Estado?*", a idéia de Poder tem estreita relação com a de maioria.

Veja as afirmativas do supracitado autor (2001, p. 56/62):

As vontades individuais são os únicos elementos da vontade comum. Não é possível privar o numero maior do direito de expressá-la, nem tampouco decretar que dez vontades só valem uma. Se abandonamos esta evidência – que a vontade comum é a opinião da maioria e não a da minoria – é inútil falar de razão. O Terceiro Estado [...] representa vinte e cinco milhões de homens e delibera sobre os interesses da nação. As outras duas classes, mesmo quando reunidas, têm o poder unicamente de uns duzentos mil indivíduos que só pensam em seus privilégios.

Em muitos momentos, teve seu significado confundido com o Poder do povo; mas, infelizmente a palavra "povo" tinha um significado distorcido; fazia parte do povo, aqueles que possuíam direitos políticos, ou seja, que podiam votar e ser votado. Em muitas sociedades esses direitos eram concedidos a apenas certo grupo que contribuísse para com o fisco uma determinada quantia em dinheiro. E assim esse Poder continuou com sua missão, constituindo Estados e Nações soberanas por quase todos os países do mundo.

Na consubstanciação do ordenamento jurídico brasileiro, esse Poder manifestou sua força pela primeira vez em 1824, quando criou a nossa primeira Constituição, com uma particularidade: entre os poderes constituídos pelo mesmo, estava o Poder Moderador, que concedia ao Monarca o direito de decidir em última instancia, conforme seu entendimento.

E o Poder Constituinte a princípio, estava nas mãos de uma Assembléia Constituinte, que desentendendo com D. Pedro I, foi dissolvida por este, que logo após nomeou um Conselho de Estado, transferindo-lhe o Poder para que terminasse de elaborar uma Carta Constitucional onde fossem consubstanciadas as normas fundamentais do Estado brasileiro.

Esse Poder continuou manifestando-se em outras seis vezes no ordenamento jurídico nacional, algumas vezes pelas vias democráticas, outras vezes pelas vias autoritárias; a última vez foi no dia 1º de fevereiro de 1987, quando o Congresso Nacional, reúne-se unicameralmente em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, para executar os trabalhos que logo nos daria a mais democrática Constituição Federal, a CF/88 denominada de Constituição Cidadã que vige até os dias atuais.

#### 1.4 Fundamento Lógico

Até o século XIII, quando ainda não havia surgido a doutrina do Poder Constituinte, as normas que regiam o Estado e a nação, estavam limitadas pelo rei e por uma classe dominante. Eram modificadas para atender os interesses desses, e para serem alteradas, não exigiam um quórum significativo.

A grande maioria da população que não tinha direitos civis e políticos reconhecidos via-se sem possibilidades de adquirir e principalmente assegurar seus tão almejados direitos, diante de uma legislação que era totalmente parcial para os privilegiados. As normas eram feitas pelos integrantes das classes privilegiadas em benefício das mesmas, cúmplice de uma situação de tratamento absurdamente desigual.

Com a evolução histórica francesa e o crescimento populacional, o Terceiro Estado composto pela burguesia, proletariado, artesãos e profissionais liberais, também considerados por Sieyes como a nação francesa, viu que sua importância era totalmente desproporcional com os direitos que usufruíam, e liderados pelos maiores pensadores da época, reivindicaram o reconhecimento de seus direitos.

Queriam que as leis também os beneficiassem tanto quanto às classes privilegiadas. Mas, pensando descobriram que de nada serviria, se as normas que reclamavam, fossem feitas por representantes ordinários oriundos de outras classes; pois, como as leis eram de alta flexibilidade, não lhe dava segurança alguma, que

teriam garantido o reconhecimento de seus direitos. Entre as reivindicações estavam os direitos políticos e a função social da propriedade.

Eis que surgiu entre tantos pensadores da época, Emmanuel Joseph Sieyès, afirmando que deveria haver um Poder que criasse o Estado e todos os outros Poderes. E este Poder só poderia ser confiado a uma representação extraordinária que tenha um Poder especial ad hoc, ou seja, que se reunissem apenas para o momento de fazer a Constituição.

Afirmava o teorizador do Poder Constituinte em sua obra "*Que é Terceiro Estado?*" que: (2001, p. 58): "Eu não gostaria que esses representantes tivessem, além disso, poderes para se reunir, em seguida, em assembléia ordinária, de acordo com a Constituição que eles próprios fixassem com qualificação extraordinária".

Um poder capaz de criar normas rígidas, de caráter supremo, com um teor jurídico superior às demais; com o status de norma fundamental e procedimento de modificação o mais dificultoso possível. Um Poder que expressasse a vontade da nação, condicionando todos os Poderes Constituídos.

E continua o teorizador do Poder Constituinte (2001, p. 48):

O corpo dos representantes, a que está confiado o Poder Legislativo ou exercício da vontade comum, só existe na forma que a nação quis lhe dar. Ele não é nada sem suas formas constitutivas; não age, não se dirige e não comanda a não ser por elas.

Por essas e tantas outras razões de ordem social e política, que o Poder Constituinte demonstra ser tão especial. Sua razão de existir é justificada ao dar origem a um conjunto de normas superiores às outras. As chamadas normas constitucionais que formam a base e o fundamento de todo o Ordenamento Jurídico e do próprio Estado.

E por ser a base, tais normas constituem e logicamente condicionam o próprio Estado. Por simetria acaba constituindo todos os outros Poderes e se impondo sobre esses e aquele.



## CAPÍTULO 2 ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE: ORIGINÁRIO E DERIVADO

A teorização do Poder Constituinte levou ao encontro de duas espécies, destaque-se o originário e o derivado. Percebeu-se a necessidade de o mesmo se expressar não uma única vez, mas, sempre que novo fato social relevante surgisse e necessitasse de norma regente. Destarte, surgiria uma espécie com característica de supremacia para que pudesse romper com a ordem jurídica anterior e estabelecer uma nova ordem e uma espécie para agir conforme os preceitos preestabelecidos pela Constituição, com prerrogativa apenas para alterá-la, além de poder estabelecer competências aos entes federados.

### 2.1 Poder Constituinte Originário

Para a garantia dos direitos fundamentais era preciso que surgisse algo diferente no mundo jurídico. A segurança jurídica se existia não passava de uma expressão sem significado, sem conseguir gerar os efeitos desejados. Até meados do século XVIII as leis eram criadas por indivíduos que não possuíam poderes especiais ou até mesmo qualquer autorização para dizer o direito, especialmente as normas asseguradoras das liberdades individuais e leis fundamentais do Estado.

Já haviam surgido vários modelos de ordenamento jurídico, alguns deles bem organizado e que se mostrou eficaz e eficiente para aquela época e que até hoje vigora demonstrando bons resultados, como exemplo o modelo Norte Americano que mesmo sendo fruto do contrato social, tem provado sua grande importância.

Mas a França diante da situação em que vivia sua população juntamente com as claras idéias de brilhantes pensadores da época fez surgir algo inédito com um diferencial importante no mundo das normas. Surgiu um Poder com capacidade para dizer o direito a partir dos anseios sociais; da vontade da nação é que é criado tudo aquilo que rege o seu modo de vida. Assegurando ao corpo social a melhor maneira possível de se organizar, sem que o indivíduo perca de vista sua liberdade.

#### 2.1.1 Conceito e características

É o Poder Constituinte Originário, que dá origem a toda formação normativa. É um Poder inicial que cria todos os outros e atribui força a cada um, limitando a

atuação. Só não limitaria a vontade da nação, pois, essa seria seu titular.

Suas características despertam o estudo por vários autores, significando para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 22), “o Poder que edita a Constituição nova substituindo a Constituição anterior ou dando organização a novo Estado”.

Ainda sobre a temática descreve José J. Gomes Canotilho (1997, p. 65):

É o Poder que 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.

Para Michel Temer (2001, p. 29), “[...] é a manifestação soberana de vontade de um ou de alguns indivíduos capaz de fazer nascer um núcleo social”.

É um Poder que garante a seu titular a soberania da vontade, podendo manifestar-se sempre que achar necessário e terem os anseios atendidos por meio das normas que sejam oriundas desse Poder.

Várias são as características atribuídas a este Poder. A doutrina nos oferece diversas, dentre elas: inicial, ilimitado, incondicionado e onipotente.

Tem-se como poder inicial ou originário porque revoga a Constituição anterior e as leis infraconstitucionais, inaugurando uma nova ordem jurídica, onde todos os outros poderes derivam dele. A sua ilimitação se dá porque sua força não encontra limites em dispositivos normativos algum da ordem jurídico-positiva até então vigente. Vislumbra-se ainda como incondicionado já que não se submete a nenhuma condição ou restrição formal, através de prefixação de fórmulas para sua manifestação e seu procedimento. Ainda é onipotente porque pode tudo quanto seu titular achar necessário.

Entre outras, Sieyes atribui-lhe as características de extraordinariedade e permanência. É extraordinário porque sua manifestação só ocorre em momentos oportunos e especiais na única ocasião de fazer uma Constituição. É permanente por não se esgotar em uma única manifestação. Não desaparece com a realização de sua obra, ou seja, com a elaboração de uma nova Constituição. Depois de cumprir sua missão, remanesce ao seu assento normal que é o povo.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 27), o Poder Constituinte Originário é um poder soberano na concepção dos juspositivistas, por não sofrer limites jurídicos. Salienta-se que para essa corrente doutrinária o direito só é direito

se positivo for. Já para os jusnaturalistas é apenas autônomo por encontrar limites no direito natural.

Na concepção do direito positivo o Poder Constituinte se apresenta como criador do ordenamento jurídico. Mas, na seara do direito natural se apresenta como uma criatura que pode criar, mas, em conformidade com as leis naturais dos seres humanos, não podendo jamais serem violadas.

### 2.1.2 Veículo

O Poder Constituinte Originário manifesta-se em momentos de anormalidade, geralmente em momentos de instabilidade política ou econômico-social. E isso ocorre, por que de certa forma esse caos é decorrente de uma legislação que protege suas causas, havendo por parte de seus titulares certo inconformismo com a ordem jurídica existente de seu país. Com isso inflama-se no seio social a necessidade de mudar, já que está sendo prejudicado; é preciso que a maioria manifeste sua força obrigando o exercente do Poder reformá-las. E em muitas vezes combater esse caos só é possível através de uma revolução, quando se faz perder a validade da ordem jurídica existente para que possa brotar novamente, com melhores alternativas de conserto da ordem jurídico-social, e de melhor aceitação possível por parte do titular do Poder.

Analisando o histórico das Constituições brasileiras, percebe-se que o surgimento de cada uma, está diretamente ligada a uma revolução, confundindo-se com os principais momentos políticos brasileiros, que são: Independência do País, Proclamação da República, queda da política do café com leite, início e fim do Estado Novo, e início e fim da ditadura militar.

A independência do Brasil decorreu das idéias do liberalismo político que rondavam no cenário mundial. O Brasil queria desvincular-se politicamente de Portugal e para isso, precisaria criar um Estado soberano. E a forma adequada era criar uma Constituição, que ocorreu em 1824, e todo sistema normativo próprio.

A segunda Constituição resultou de um movimento provocado pelos militares em 1889 com o intuito de modificar o sistema de governo no país para republicano e descentralizar a administração com a forma federativa de Estado. Para isso tiveram que criar uma nova Constituição, que ocorreu em 1891. Salienta-se que o veículo do Poder Constituinte não foi baseado em um movimento social, mas, conforme

preceitua Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 105), “tudo se cifrou a um movimento de tropas situadas no Rio de Janeiro, a que a nação limitou-se a assistir”.

O que levou ao surgimento da Constituição de 1934 foi o inconformismo com a oligarquia do café com leite, composta por líderes de Minas Gerais e São Paulo, para implantar uma forma democrática de governo com o reconhecimento de vários direitos sociais. Para isso ocorreu um movimento para romper com a Constituição anterior e dar ensejo ao surgimento de uma nova Constituição, com critérios que adequassem aos ensejos da época.

O veículo do Poder Constituinte para o processo da Constituição de 1937, foi basicamente o ensejo do Presidente da República em concentrar poderes em suas mãos, para governar oprimindo movimentos extremistas, que ocorriam no país ou que porventura viesse ocorrer.

Celso Ribeiro Bastos (1998, p, 118) em comentários à constituinte de 1937, assevera que:

[...] proliferavam no país movimentos de cunho extremista: pela direita a ação integralista e pela esquerda o Partido Comunista, tendo inclusive praticado um atentado contra um estabelecimento militar. Portanto, a crise espontânea, ou de certa forma insuflada pelo próprio Presidente, serviu de justificativa para que fosse dado o golpe e adotada a Carta [...].

Os movimentos que deram causa a Constituição de 1946, foi a necessidade de adequar o direito constitucional brasileiro com a realidade política que se pregava com o fim da Segunda Guerra Mundial. O Brasil esteve na guerra combatendo junto com os aliados, os regimes totalitários como o fascismo e o nazismo. Destarte, não podia esse regime continuar sendo adotado no nosso país, assim, deu ensejo a uma nova forma de governar e conseqüentemente uma nova Constituição.

A Constituição de 1967 surge por meio de um golpe provocado pelos militares. O país passava por uma crise política e mesmo com o surgimento de várias emendas à Constituição anterior não resolvia o problema. Então, é deflagrado um movimento revolucionário por intermédio dos militares. Volta-se a possuir um governo totalitário com poderes concentrados nas mãos do Presidente.

A última Constituição brasileira surge dos movimentos em busca da democracia. Uma forma de governo que garantisse ao povo o direito de fazer-se representar por alguém que defendesse seus reais interesses. Em 1988 surge a mais democrática de todas as constituições brasileiras, rompendo, portanto, com o

regime militar.

Movimentos como esses são tidos como o veículo do Poder Constituinte, pois, é através deles que se consegue a transição e concretizar as mudanças desejadas.

### 2.1.3 Formas de expressão

Não existe uma forma padrão de como deva expressar o Poder Constituinte Originário. Mas, se for analisado o surgimento das Constituições de diversos países, percebe-se que o Poder que as instituíram se manifestou basicamente através de duas formas específicas: a Assembléia Nacional Constituinte e Outorga também conhecida como movimento revolucionário.

A primeira forma é expressa pela vontade popular, que por meio de seus representantes, fazem surgir o conjunto de normas que lhes beneficiarão. Através do debate e das votações os representantes vão chegando ao consenso e aos poucos chegam ao resultado final com a promulgação de uma Constituição. Essa é uma das formas típicas da democracia. Por ela a vontade do povo é expressa por meio de delegados com poderes para deliberar em seu favor.

Já pela Outorga, a Constituição surge por declaração unilateral do agente do Poder Constituinte. Este estabelece a Carta Magna e apresenta ao povo, recomendando que seu conteúdo seja observado. Faz-se a Constituição, conforme as idéias, as pretensões de um indivíduo ou de um grupo organizado, impondo aos destinatários que obedeçam aos preceitos ora instituídos. Essa forma de expressão possui uma característica muito importante, pois, em geral o agente revolucionário apesar de criar a Constituição conforme seu entendimento e impor aos referidos destinatários, ele autolimita seu próprio poder e assume o compromisso de não alterar a Constituição através de um juramento, prometendo a observância da Outorga e que por ele não sofrerá qualquer modificação.

No Brasil essa forma de expressão fez surgir as Constituições de 1824, 1937, 1967 e a Emenda Constitucional nº. 01 de 1969. As demais Constituições: de 1891, 1934, 1946 e 1988 são resultados de uma Assembléia Nacional Constituinte.

Assevera Alexandre de Moraes (2007, p. 23):

[...] são duas formas básicas de expressão do Poder Constituinte: a outorga e assembléia nacional constituinte/convenção. A outorga é o estabelecimento da Constituição por declaração unilateral do agente

revolucionário, que autolimita seu poder. [...] A assembléia nacional constituinte, também denominada convenção, nasce da deliberação da representação popular, devidamente convocada pelo agente revolucionário, para estabelecer o texto organizatório e limitativo do poder.

Existe também um meio termo entre essas duas formas de governo, que produzem as denominadas Constituições Cesaristas, que apesar de outorgadas, dependem da ratificação popular através de um referendo, conforme aconteceria com a Constituição Federal brasileira de 1937, pois, esse referendo nunca ocorreu.

Em geral, a primeira Constituição de um país surge através da outorga. Isso se explica, porque os líderes revolucionários que encabeçam os movimentos de independência acabam por se sentirem o exercente absoluto do poder, além de lhes reservarem a titularidade. Já as demais Constituições tem a possibilidade de serem Promulgadas. Entretanto esse binômio não se dá de forma estanque. O fato de serem outorgadas ou promulgadas varia de acordo com o momento histórico e as circunstâncias que o movimento constituinte se forma.

Vale salientar que a eficácia da Constituição, seja ela produto de uma Assembléia democrática ou de uma Outorga, é a mesma. Ambas possuem o condão de revogar a ordem jurídica anterior e inaugurarem um novo regime.

#### 2.1.4 Natureza

Quando se pretende descobrir a natureza jurídica de alguma coisa, objetiva-se saber o que aquela coisa representa para o mundo jurídico.

Como o objeto em estudo é o Poder Constituinte Originário, é impreterível abordar-se a sua natureza jurídica.

Há duas correntes doutrinarias que tratam desse tema: o Jusnaturalismo e o Juspositivismo. Na concepção jusnaturalista, o Poder Constituinte é um Poder de direito, porque anteriormente a ele já existia o direito natural, que é decorrente da própria natureza humana, onde encontra suas limitações.

O direito não é necessariamente um conjunto de normas codificadas em algum lugar, para que produza seus efeitos através da obediência. São os comandos-regras que tem como fundamento a razão, por ser o meio adequado para a boa convivência social. E isso sempre esteve na essência do próprio ser humano enquanto membro da sociedade. Não sendo, portanto, obrigatório que essas normas

sejam escritas para gerarem efeitos. Daí a idéia de que qualquer Poder que surja no mundo jurídico é considerado um Poder de direito e não um mero fato social.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 23), por sua vez explicita:

Para quem entender que o Direito só é Direito quando positivo, a resposta é que o Poder Constituinte é um Poder de fato, no sentido de que se funda a si próprio, não se baseando em regra jurídica anterior. Para os que admitem a existência de um Direito anterior ao Direito Positivo, a solução é o Poder Constituinte é um Poder de direito, fundado num Poder natural de organizar a vida social de que disporia o homem por ser livre.

Os juspositivistas defendem ser o Poder Constituinte um poder de fato, pois, não existe outro senão aquele posto pelo Estado. A Constituição é o início de todo o ordenamento jurídico, não existindo nenhum outro direito anterior a ela, logo, o Poder que a institui não poderá possuir conteúdo jurídico.

Sendo assim, considerando a Constituição como a origem do direito positivo, não há como ser gerada por um Poder de direito, se esse ainda não existia. Para esses estudiosos o Poder Constituinte é uma força social; um fato que deve ser estudado por outros ramos da ciência tais como a Sociologia, a Política, mas, jamais o direito.

A análise da natureza do Poder Constituinte é objeto de estudo da filosofia, enquanto que aos juristas cabe estudar a aplicabilidade da norma ao caso concreto.

#### 2.1.5 Exercício

Existem duas formas distintas de exercer o Poder Constituinte Originário: Assembléia Nacional Constituinte e Outorga. A primeira forma de exercício ocorre nas democracias diretas e indiretas, ou ainda em uma fórmula mista que combine ambas.

Na democracia direta o exercício cabe ao povo; os legítimos beneficiários ou titulares é que decidem diretamente como as relações sociais serão regidas, através de Assembléias populares onde todos participam diretamente das construções das normas constitucionais; desta forma confunde-se em um único personagem a titularidade e o exercício do Poder Constituinte Originário.

Na democracia indireta ou representativa o exercente ou agente do Poder é aquele que age tomando decisões em nome do titular. Representa a forma típica de

exercício do Poder Constituinte, que através de uma Assembléia Constituinte eleita pelo povo com poderes específicos, exerce o Poder.

Tendo em vista que nessa modalidade o exercente não dispõe da titularidade, edita a Constituição conforme os anseios sociais que são confirmados através da aceitação. Não pode em momento algum o exercente abusar do Poder que lhe foi delegado em nome do povo.

Já a forma mista é a combinação do sistema representativo com a participação direta do povo, que intervém no processo constituinte através do referendun constitucional. A comissão representativa aprova o texto constitucional e por fim submete ao conhecimento e Poder de decisão do povo para sancioná-lo ou veta-lo.

Sobre a temática assevera Darcy Azambuja (1999, p. 217 e 218):

Necessariamente, pois, as democracias modernas teriam de ser representativas, isto é, o povo não trata diretamente das coisas públicas, do governo, mas sim por meio de representantes eleitos por ele. [...] é o sistema comum de governo nos Estados modernos. Nos últimos decênios, porém, a doutrina política e a legislação constitucional preconizaram e adotaram modificações sensíveis no regime representativo, surgindo uma terceira modalidade de democracia, a democracia semidireta. [...] Três formas principais revestem o governo semidireto – o referendun, o veto popular e a iniciativa popular.

A Assembléia Nacional Constituinte representa a forma legítima de exercício do Poder, pois, os exercentes estão encarregados de instaurar uma nova ordem social desejada pelo povo; a aceitação espontânea desta nova ordem por parte dos titulares legítima a ação dos agentes.

Já a Outorga Constitucional é a forma de exercício do Poder pela imposição de um conjunto de normas de natureza constitucional, por meio de uma pessoa detentora do Poder ou de um grupo que se instala no governo, usurpando o mesmo. Isso ocorre nos governos exercidos por monarquias absolutas ou em Repúblicas submetidas a golpe de Estado. Essa forma de exercício exclui totalmente a participação do destinatário das normas, do processo constituinte.

Neste tipo de exercício em que os governantes centralizam todos os poderes políticos e administrativos, através de um indivíduo ou um grupo, onde o Poder do Estado é obtido através da força, confunde-se também na mesma pessoa o exercente e o titular, pois, esse detém o Poder para criar ou modificar a Constituição, independentemente da vontade popular.



Representa uma forma ilegítima de exercer o Poder, por não haver aceitação espontânea por partes dos destinatários da Constituição, que significa a grande maioria ou quase totalidade dos indivíduos.

É bom lembrar que qualquer que seja a forma de exercício, terminada a obra do Poder Constituinte Originário, ou seja, a Constituição, este permanecerá com o seu titular; mas, não mais continuará nas mãos do exercente, pois, este se extingue conforme o término dos trabalhos, publicação e vigência da Lei Maior.

A CF/88, art. 1º, parágrafo único expressa que: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Faz-se, no entanto, uma relação entre exercício e titularidade do poder, onde geralmente o titular é o povo e o exercício pertence aos representantes desse. Mas, salienta-se que nossa República não é puramente representativa, pois, admite mecanismos típicos de democracia direta, que são a ação popular e o referendo.

## 2.2 Poder Constituinte Derivado

O Poder Constituinte Derivado surge da necessidade que tem o povo de vê conferir com os hábitos e mudanças constantes desses, as normas criadas para sua observância, que para não se perderem no tempo e serem esquecidas devem ser adequadas constantemente. Isso ocorre também para evitar a manifestação do Poder primário, pois, esse quando surge, traz consigo instabilidade política e econômico-social.

É introduzido no ordenamento jurídico, no caso do Brasil em dispositivos presentes na Constituição, onde encontra seus limites, devendo respeitá-los sob pena de vê declarado inconstitucional, o conteúdo normativo, que por ventura seja obra do referido Poder. É que não se dá a ele o condão de criar norma constitucional que vá de encontro com os princípios fundamentais e normas criadas pelo Poder Genuíno. Esse Poder criador de normas de natureza constitucional equipara-se a uma criatura quando se refere ao Poder Constituinte de primeiro grau.

### 2.2.1 Conceito e características

Por Poder Constituinte Derivado entende-se aquele que se deriva de um outro

que lhe concede toda a força necessária para que possa expressar a sua importância no ordenamento jurídico.

Esse Poder Constitui um direito inalienável da nação, pois, essa não pode ficar sujeita a regra preestabelecida para sempre. Sobre esse aspecto esclarece Sieyes (2001, p. 50):

Primeiramente, uma Nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e, qualquer que seja sua vontade, ela não pode cercear o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir.

O Poder Constituinte Derivado tem por finalidade a mudança das normas constitucionais, seja através da revisão ou emenda, além de permitir aos Estados da federação que criem suas constituições conforme às necessidades e hábitos locais, sempre respeitando os preceitos fundamentais previstos na Constituição federal.

São basicamente quatro as características encontradas para esse Poder: subordinado, condicionado, limitado e jurídico. É subordinado por que está abaixo do Poder Constituinte Originário, obedecendo aos princípios determinados por esse, que estão expressos na Constituição Federal. É considerado condicionado por que deve observar as normas de procedimento que regem a sua manifestação, ou seja, a sua obra só é tida como válida se o seu exercício observar os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal. Destaque-se que a sua limitação se dá por que a sua atuação é restrita, tendo, portanto, que observar os limites materiais, temporais e circunstanciais, constantes em dispositivos da própria Lei Maior. Assim menciona Erivaldo Moreira Barbosa (2003, p. 43): “É limitado e condicionado por causa da obrigatoriedade do texto constitucional e por fim subordina-se aos contornos traçados pela Carta Magna”.

A sua juridicidade destaca-se porque busca sua força em um conjunto de normas que se encontram escritas na própria Constituição existente e que o qual pode reformá-la.

Sobre o Poder Constituinte Derivado destaca Paulo Bonavides (2004, p. 150):

[...] visto por esse prisma, o Poder Constituinte atua sempre atado ao Direito, na moldura de um ordenamento jurídico, ao contrário daquele Poder Constituinte que nasce das Revoluções e golpes de Estado, das crises políticas profundas, que acometem os povos da mesma maneira que as enfermidades os indivíduos, segundo dizia Rosseau. O primeiro, como Poder jurídico, é o Poder Constituinte do direito constitucional; o segundo, como Poder extra-jurídico, é o Poder Constituinte da Ciência Política.

### 2.2.2 Natureza

Se há divergência doutrinária para definir a natureza do Poder Constituinte Originário, para o Poder Constituinte Derivado, no entanto, isso não acontece. Aliás, os doutrinadores nem tocam nesse assunto, por ser um entendimento lógico. Sejam Jusnaturalistas ou Juspositivistas, não há como divergir. Tem-se como um Poder de Direito, pelo simples fato de suas atribuições, tudo que lhe compete fazer, já está predeterminado em normas codificadas. E suas características por si só explicam sua natureza jurídica.

### 2.2.3 Espécies: reformador e decorrente

O Poder Constituinte Derivado ou de segundo grau se subdivide em duas espécies: reformador e decorrente, de acordo com o desiderato, seja para alterar as normas constitucionais no âmbito federal, seja para atribuir competência aos Estados-Membros para elaborarem suas próprias Constituições.

A primeira espécie por sua vez, consiste em alterar o texto da Constituição para atender as inovações ocorridas no comportamento social. Essa reforma pode ainda ocorrer de duas formas, quais sejam, através da revisão e da emenda constitucional.

Pela revisão a alteração só ocorrerá depois de passado certo tempo. Esse tempo é definido na própria Constituição. Cita-se como exemplo o artigo 174 da Constituição brasileira de 1824 e o artigo 3º dos ADCT da Constituição Federal de 1988.

A emenda tende a alterar a Constituição, seja antes ou depois de ocorrida a revisão, até enquanto durar a vigência da mesma. Deve-se observar, no entanto, que a emenda sofre limites materiais e circunstanciais, previstas no art. 60 da CF/88.

A diferença entre essas duas formas é bem esclarecida por Michel Temer (2001, p. 37):

[...] impõe-se uma primeira pergunta: qual a diferença entre a competência reformadora, via emenda à Constituição, e a reforma, via revisão?  
A emenda à Constituição exige aprovação por quorum qualificado de 3/5 dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional. Exige-se, ainda, que a aprovação se dê em dois turnos de discussão e votação, sempre na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. O sistema,

portanto, de discussão e votação de Emenda à Constituição se dá com obediência ao sistema bicameral de nosso Poder Legislativo.

A revisão constitucional, diferentemente, deu-se com exigência de menor quorum: maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. E em sessão unicameral. Significa: deputados e senadores, durante a revisão, eram simplesmente revisores, e o seu voto tinha um mesmo valor. O voto do senador não tinha maior peso que o do deputado, como acontece no caso da Emenda à Constituição, em face da bicameralidade.

Já o Poder Constituinte Derivado Decorrente, tem por finalidade a concessão de competência aos Estados-Membros para se auto-organizarem político-administrativamente através de suas Constituições estaduais, desde que não firam aos ditames da Constituição Federal.

Veja-se então o que afirma Erivaldo Moreira Barbosa (2003, p. 43/44):

É o Poder que incumbe aos Estados-Membros de elaborarem suas Constituições Estaduais, isto em face dos preceitos estabelecidos no Texto Maior que, por meio da autonomia político-administrativa possibilitou a tais Estados essa produção legiferante.

Essa subdivisão do Poder Constituinte Derivado está disposto no artigo 25 da Constituição Federal, que assim reza:

Art. 25 - Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Essa previsão já havia sido anunciada pelo artigo 11 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias onde dispunha:

Art. 11 - 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.

Aqui se percebe a limitação temporal que sofre o Poder Constituinte Derivado Decorrente. Vê-se que a Constituição Federal não faculta e sim dispõe obrigatoriedade aos Estados-Membros para criarem suas Constituições, determinando um prazo máximo de um ano.

Desta forma percebe-se também que esse poder não é concedido aos Municípios e ao Distrito Federal, por não serem esses, organizados por Constituições e sim por Leis Orgânicas. Assim dispõem os artigos 29 e 32, da

## Constituição Federal:

Art. 29 - "O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos [...]". E art. 32, CF: "O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição".

E se esses entes da federação acima citados não são regidos por Constituições, não há o que se falar em Poder Constituinte Derivado Decorrente, para os mesmos.

Percebe-se que a todo o momento que a discussão refere-se a apenas duas espécies de Poder Constituinte, que é o Originário e o Derivado e as subdivisões desse último. Mas, é importante salientar que há visão inovadora quanto à divisão do Poder Constituinte, existindo quem entenda haver a possibilidade de três espécies do Poder Constituinte, ao invés de duas, classificando o mesmo em Originário, Derivado e Decorrente.

Esse é o posicionamento do ilustríssimo autor Erivaldo Moreira Barbosa (2003, p. 42/43) ao elucidar:

Após os esclarecimentos, podemos afirmar que o Poder Constituinte classifica-se em: Poder Constituinte Originário, Poder Constituinte Derivado e Poder Constituinte Decorrente. [...] O Poder Constituinte Derivado ou Reformador pode claramente ser visualizado nas Constituições escritas. [...].

Dadas as palavras do autor depreende-se que o mesmo não considera que o Poder Constituinte Decorrente seja também um Poder Constituinte Derivado, ou seja, uma subespécie desse último. Ao dividir em três espécies, acaba por entender que Poder Constituinte Derivado e Poder Constituinte Decorrente são coisas distintas, formando, portanto, duas espécies autônomas. O conceito que o autor dar ao Poder Constituinte Derivado ajuda a confirmar essa visão, pois, afirma na expressão "Poder Constituinte Derivado ou Reformador", como sendo denominações idênticas, e deixando fora o Poder Decorrente, sendo esse, pois, espécie autônoma.

Sabe-se, no entanto, que tanto o Poder Constituinte reformador, como o

Decorrente, derivam da própria Constituição Federal, por isso, os dois juntos formam o Poder Constituinte Derivado. Formando como o melhor entendimento, a divisão em duas espécies: Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado que por vez esse último subdivide-se em Reformador e Decorrente.

#### 2.2.4 Limites do poder de reforma constitucional

As Constituições não nascem para se tornarem imutáveis; reformas são necessárias em virtude do surgimento de vários novos fatos que surgem no meio social e que ainda não há dispositivo normativo para lhes regerem. Com isso provocam por parte do legislador constituinte a mudança ou acréscimo de normas para atenderem a essas situações. Porém, essas alterações estão limitadas ao preceituado na Constituição, ou seja, a liberdade de atuação delas existe até quando não descumprir determinadas restrições impostas no texto da Lei Maior.

No ordenamento jurídico brasileiro a Reforma Constitucional sofre três limitações que são de ordem temporal, circunstancial e material.

A primeira, através da própria Constituição é previsto que a mesma não sofrerá qualquer alteração em seu texto original, durante determinado lapso temporal. Esse limite tem o objetivo de permitir a maturação do texto constitucional, verificando o impacto que suas normas possam vir causar na sociedade. Cite-se aqui o preceituado na nossa primeira Carta Magna, em seu artigo 174 que rezava:

Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles.

Esse aspecto foi aperfeiçoado com o decurso do tempo. A CF/88 traz de forma expressa essa limitação no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mais precisamente em seu artigo 3º, que assim diz:

A revisão constitucional será realizada após cinco anos contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Hoje esse limite já não existe mais na nossa Constituição atual, pois, o tempo necessário já decorreu, e a mesma foi revista em 1994 por seis emendas

constitucionais de revisão. A primeira delas ocorreu no dia 02/03/1994 e as outras cinco emendas constitucionais de revisão ocorreram no dia 09/06/1994. Salienta-se, no entanto, que o texto constitucional estabeleceu o tempo mínimo e não o máximo, ou seja, a revisão poderia ter ocorrido em cinco, seis, dez anos ou mais.

Dentro da limitação temporal tem os exemplos de observação de exigências periódicas, dado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 139):

Há uma outra modalidade, porém, que é mais importante, de limitação temporal. É a que estabelece a periodicidade das modificações. A Constituição francesa de 1791 estabelecia de tal forma a sua emenda que esta não podia ocorrer senão de dois em dois anos.

Os limites circunstanciais têm por objetivo evitar a alteração do texto constitucional diante da ocorrência de determinadas circunstâncias, expressamente citadas na Constituição Federal, tendo em vista que os membros do órgão reformador possam estar submetidos à coação ou violenta emoção em que possam ameaçar a garantia dos princípios democráticos.

Tais circunstanciais estão previstas no artigo 60, § 1º da CF/88, que dispõe: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”.

No estado de sítio as garantias constitucionais ficam suspensas; é proibida a livre manifestação da opinião pública e podendo até ocasionar à suspensão da imunidade parlamentar.

A intervenção federal ocorre nos casos expressos nos incisos do artigo 34 da Constituição Federal, podendo causar entre outros efeitos a suspensão temporária da autonomia político-administrativa dos Estados-Membros.

E por fim os limites materiais do Poder de Reforma constitucional consistem em preservar intactos certos dispositivos tidos como imprescindíveis para a boa organização político-administrativa do Estado e garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 136/137), “[...] é a proibição da alteração da Constituição em certas matérias, em certos pontos considerados fundamentais”.

Continua-se citando como exemplo a nossa atual Constituição Federal, que no seu artigo 60, § 4º, assim assevera:

Art. 60 – “omissis)”

§ 4 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.

A federação é cláusula pétrea e a união dos entes federativos é indissolúvel. O regime democrático é assegurado pelo voto direto, secreto, universal e periódico.

É proibida a supressão da divisão dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário; apesar de que na nossa Magna Carta o princípio da separação dos poderes não é absoluto em virtude das competências atípicas, entre elas a elaboração de medidas provisórias e as Comissões Parlamentares de Inquéritos. E assim como as demais cláusulas pétreas, os direitos essenciais da pessoa humana não são objetos de emendas que tendam a aboli-los.

Tanto a emenda como a revisão constitucional, sofrem limites materiais, pois, devem observar as restrições impostas pelas cláusulas pétreas constantes nos dispositivos do art. 60, § 4º, da CF/88.

Já os limites circunstanciais são impostos a apenas as emendas constitucionais, conforme preceituado no art. 60, § 1º, da CF/88, que afirma: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio", não sendo, portanto, aplicados à revisão constitucional.

Enquanto que os limites temporais aplicam-se a apenas a revisão constitucional. É só observar o preceituado no art. 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, visto em citação anterior, o qual dispensa a emenda constitucional desse limite. É tanto que a primeira emenda constitucional surgiu em abril de 1992, logo após três anos do início da vigência da CF/88, e não após cinco anos como queria o art. 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.



## CAPITULO 3 LIMITES E TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O Poder Constituinte é a expressão mais importante da vontade popular. Para tomar qualquer decisão a respeito de suas atribuições e suas características deve-se antes fazer um estudo aprofundado sobre ele.

A maioria dos autores lhe atribui a característica de ilimitabilidade, no entanto, isso só é percebível entre aqueles que apresentam um estudo sucinto sobre o Poder Constituinte e ao mesmo tempo fundamentos que não conseguem convencer. Sua titularidade se encontra nas mãos daquele ou daqueles que detenham a soberania da vontade no Estado. Para descobrir quem é o verdadeiro titular do Poder Constituinte é preciso antes descobrir quem tem a capacidade de fazer valer suas pretensões.

### 3.1 Limites do Poder Constituinte Originário

Dizer que o Poder Constituinte Originário é ilimitado, é atribuir uma característica irresponsável para algo que representa uma grande importância para a sociedade. Essa importância decorre de seu papel, que é criar a lei maior de um Estado para garantir maior proteção a sua população.

Ainda que esse Poder constitua uma força política capaz de fazer cessar toda ordem jurídica positiva anterior e constituir uma nova com os preceitos que atendam aos anseios de seu titular, não justifica que seja ilimitado, senão, poderá constituir uma ordem jurídica disforme para o destinatário. E principalmente nos tempos atuais, onde se prega que é da nação a titularidade deste Poder, é que não se deve imaginá-lo ser ilimitado.

O Poder Constituinte Originário dá origem a todo o ordenamento jurídico positivo. Mas, as fontes do direito não podem se resumir a apenas em um conjunto de normas escritas. Pois, o direito é muito mais que isso. É vislumbrado como todo e qualquer comando-regra que possa garantir as liberdades dos indivíduos até o ponto que não prejudicar os outros, e assim, garantir o máximo de harmonia no seio social, assegurando a cada um o mínimo de dignidade humana.

Para que sua obra possua legitimidade, é necessário que essa força esteja submetida a certos limites fundamentais. E esses limites em um sentido amplo são o

direito natural e em um sentido restrito são os direitos fundamentais da pessoa humana ou os direitos humanos propriamente ditos, esses enquanto direitos naturais.

Já que o Poder Constituinte não está preso a letra de qualquer norma escrita, mesmo que essas possuam um conteúdo jurídico assegurador das necessidades vitais do ser humano, não justificam serem elas capazes de limitar a força do Poder Constituinte.

Os direitos naturais constituem a essência da própria existência dos seres humanos. Sem esses direitos não é possível sequer que o homem exista, por serem essenciais da pessoa humana. Um de seus atributos é a razão, onde se analisa com bom senso o porquê das coisas, estabelecendo relações lógicas entre tudo que existe no universo humano. Enquanto o direito positivo está mais voltado para reger a convivência entre os seres humanos. Por isso, sempre que o direito positivo necessite se expressar, deve buscar seu sustentáculo e assim assegurar a legitimidade, em um direito, que já existe por si só e é legítimo por natureza, que é o direito natural.

Destaque-se o pensamento de Miguel Realle (2000, p. 313):

No que se refere ao Direito Natural em Roma, mister é lembrar a obra de cícero, que faz a apologia da lei natural, que não precisa ser promulgada pelo legislador para ter validade. É ela ao contrário, confere legitimidade ética aos preceitos da lei positiva, [...].

E ainda continua Miguel Realle (2000, p. 314):

A lei positiva estabelecida pela autoridade humana competente, deve se subordinar à lei natural, que independe do legislador terreno e se impõe a ele como um conjunto de imperativos éticos indeclináveis, dos quais se inferem outros ajustáveis às múltiplas circunstâncias sociais. Desse modo, haveria duas ordens de leis, uma dotada de validade em si e por si (a do Direito Natural) e outra de validade subordinada e contingente (a do Direito Positivo).

Vê-se por esse autor que o direito natural é superior ao positivo, constituínte-lhe a base fundamental para que esse possa se erguer e tornar-se eficaz tendo em vista só desta forma possuir aceitação por parte dos destinatários, já que se baseia em princípios que expressam a natureza humana.

Outro autor que condiciona a legitimidade do direito positivo ao direito natural é Paulo Nader (1999, p. 439) onde afirma:

A partir do momento em que o legislador se desvincula da ordem natural, estará instaurando uma ordem jurídica ilegítima. O divórcio entre o Direito Positivo e o Natural cria as chamadas leis injustas, que negam ao homem o que lhe é devido.

Se entender que o direito positivo está condicionado ao direito natural é porque a força que lhe faz surgir, ou seja, o Poder Constituinte Originário, sofre também os reflexos das mesmas condições.

Emmanuel Joseph Sieyes (2001, p. 48), afirma indiretamente que o Poder Constituinte Originário está limitado tão somente pelo direito natural: “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”.

E como a força do Poder Constituinte é a mesma que provém da nação, logicamente ele estará também limitado pelo direito natural.

Jorge Miranda (2000, p. 108/109) atribui limites transcendentais e heterónomos ao Poder Constituinte Originário.

Para o referido autor os limites transcendentais são exercidos pelo direito natural que se antepõe ao Estado, concedendo os princípios norteadores do direito positivo.

Os limites transcendentais são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva (conforme se entender). Entre eles avultam os que se prendem com direitos fundamentais imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se também que o autor supracitado, dá ênfase e importância aos direitos fundamentais, que também são direitos naturais.

Enquanto que os limites heterónomos provêm de princípios do direito internacional. Em carácter geral, tem origem nos princípios das Declarações Universais ou Tratados Internacionais que regem a comunidade internacional por inteiro, tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948; são todos, documentos importantíssimos para a humanidade. Jorge Miranda assevera que (2000, p.110): “Limites heterónomos de Direito internacional, com carácter geral, são os princípios de jus cogens (como os que constam de alguns artigos da Declaração Universal e do art. 2º da Carta das Nações Unidas)”. E em

caráter especial esses limites têm origem em acordos ou tratados realizados entre dois ou mais Estados ou em compromisso de um Estado para com outro ou para com a comunidade Internacional. Sobre esse limite, assevera Jorge Miranda (2000, p. 110):

Limites heterónomos de Direito internacional, com caráter especial, são os que correspondem a limitações do conteúdo da Constituição por virtude de deveres assumidos por um Estado para com outro ou outros Estados ou para com a comunidade internacional no seu conjunto.

É interessante a colocação do autor supramencionado, pois, além de ser bastante aceitável os limites transcendentais por advir do direito natural e assim garantir normas mais justas, mais racionais para os seres humanos, são também dignos de aplausos os limites impostos pelo direito internacional. Tem-se que ter em mente que o Estado precisa assumir seus compromissos na ordem internacional, pois, cada vez mais a realidade no mundo moderno demonstra que todos os Estados precisam se relacionar principalmente economicamente com os demais. Sempre há alguma necessidade de se servir de algo que não existe no Estado e se não mantiver relações com outros Estados, acaba por sacrificar a própria população que não dispõe dos meios para facilitar o desenvolvimento. Não é que tenha que perder a soberania, pois, será sempre soberano na ordem interna, mas, na ordem internacional recomenda que obedeça a certos princípios tidos como importantes para todos os Estados. Pois, se isolar das demais comunidades do mundo não é sinônimo de se tornar mais forte ou se desenvolverem mais rapidamente. Nos dias atuais, para garantir melhor a soberania de um Estado é importante que ele esteja aliado aos órgãos internacionais como a ONU, por exemplo.

Dentro do direito natural merece especial atenção, os direitos fundamentais ou direitos humanos, pois, há autores como Otfried Hoffe, citado por Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, que entendem que essas expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos" possuem significados muito semelhantes.

Nas concepções constitucionais modernas, onde o titular do Poder Constituinte é a nação, a garantia dos direitos fundamentais por meio da Constituição só lhe dará maior aceitabilidade por parte de seus destinatários. Pois, a ausência de referidos direitos configura ferimento aos princípios morais, éticos e jurídicos, cometendo injustiça para com o titular do Poder Constituinte e fazendo

com que a população de um Estado a reprove. Esses direitos têm por característica a irrenunciabilidade, portanto, não pode sequer a própria nação, abrir mão dele. Ela não dispõe da liberdade de dispensá-lo, apesar de ser titular do Poder, por serem naturais e essenciais e, portanto, limitadores de qualquer Poder.

São considerados indispensáveis à pessoa humana, sendo necessário para assegurar a todos, uma vida digna, livre e igual.

Quem reforça essa tese é Habermas citado por Luzia Marques da Silva Cabral Pinto (1994, p. 141) afirmando que:

As garantias oferecidas pelos direitos fundamentais constituem (...) o fundamento reconhecido do caráter constitucional do Estado, isto é, de uma ordem de que devem reclamar-se para serem legítimos a dominação, o poder, a força.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, expressa Luzia Marques da Silva Cabral Pinto (1994, p. 141): "É também nossa a convicção de que, no momento actual, as pesquisas acerca de uma ordem constitucional legítima (digna de reconhecimento) não podem dissociar-se da temática dos direitos fundamentais".

Portanto, os direitos fundamentais ou direitos humanos como condição legitimadora, limita o foco de atuação do Poder Constituinte, para que a ordem constitucional reconheça e assegure o mínimo de direito natural que os indivíduos enquanto seres humanos necessitam para que possam viver dignamente. E por consequência através do limite que existe, vetar qualquer dispositivo que atente contra esses direitos.

Nesse sentido elucida ainda Luzia Marques da Silva Cabral Pinto (1994, p. 142):

Com efeito, o poder constituinte, ao estabelecer o estatuto de governantes e governados, isto é, o domínio de homens sobre homens, não pode divorciar-se da idéia de que a legitimidade do poder assenta nos direitos da pessoa humana, sendo os indivíduos simultaneamente a causa eficiente e a causa final de toda a organização política.

Pode-se então afirmar que os direitos fundamentais ou direitos humanos precisam da garantia de sua existência, para melhor serem reclamados pelos indivíduos. É por isso que em todos os Estados democráticos eles são assegurados pelas Constituições e regulamentados pelas leis esparsas.

### 3.2. Titularidade do Poder Constituinte Originário

Para melhor compreender-se a titularidade do Poder Constituinte, é necessário fazer uma síntese das duas formas de governo de um Estado.

Assim o Estado poderá adotar como forma de governo a Monarquia ou a República.

O conceito clássico de Monarquia dado por Darcy Azambuja (1999, p. 208): “é a forma de governo em que o poder está nas mãos de um indivíduo, de uma pessoa física”.

A Monarquia é nas palavras de Artaza, citado por Darcy Azambuja (1999, p. 209): “o sistema político em que o cargo de chefe do poder executivo é vitalício, hereditário e irresponsável”. Poderia-se até retirar a característica de irresponsabilidade desta forma de governo, tornando menos radical com a mesma.

Mas, só por ser hereditário e vitalício, retira da nação a titularidade do Poder Constituinte, pois, não há como entender ser esta titular do Poder e não poder modificar certas regras estabelecidas, como pôr fim a hereditariedade e vitaliciedade do governo. O entendimento é que nos governos monárquicos o chefe de Estado é soberano; todos devem seguir as orientações deste, que priva os indivíduos das liberdades fundamentais.

Não é preciso que a monarquia esteja em sua forma impura, ou seja, a tirania, para que possa atribuir ao chefe de Estado a titularidade do Poder. A Tirania é o governo exercido por um indivíduo que não reconhece a legitimidade da vontade popular, usando o governo em benefício próprio, privando a nação de seus interesses, através da violência.

Darcy Azambuja (1999, p. 201) afirma que:

Quando é um só que governa, mas no interesse próprio, desprezando o interesse geral dos governados, oprimindo-os e espoliando-os, temos a forma corrupta ou anômala da monarquia, que é a tirania ou despotia.

Nesta forma impura de governo, não há o que discutir; a nação não é mesmo titular do Poder, pois, esse foi usurpado e se encontra nas mãos de um indivíduo, que usa da força para governar em proveito próprio.

Assim destaca-se, que mesmo na sua forma pura a Monarquia consegue subtrair o Poder Constituinte das mãos da nação, pois, apesar deste governo ter em

vista o bem geral, não concede jamais que o Poder de decisão esteja com a coletividade. Tem que ser o monarca aquele que decide em última instancia, por se achar ser Deus ou pelo menos um representante desse.

No Brasil tem-se como exemplo a nossa primeira Constituição de 1824, que foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I. Essa Constituição foi elaborada conforme os interesses do referido monarca, pois, esse fez constituir entre os poderes constituídos, um Poder jamais aprovado pela vontade da nação brasileira, o Poder Moderador, que dava a prerrogativa de o chefe do Poder Executivo poder decidir em última instancia conforme seu entendimento, qualquer matéria. Não era a expressão da vontade do povo, mesmo que por meio de representantes, que reinava no país.

Quando comenta a titularidade do Poder Constituinte Originário para o processo de formação da Constituição de 1824, afirma Paulo Bonavides (2004, p. 165):

Quando se fez a Constituição do Império, o poder constituinte originário teve por titular o Imperador, numa usurpação manifesta à vontade constituinte dos governados. Foi talvez a primeira e última usurpação monárquica.

Ainda comenta Celso Ribeiro Bastos em sua obra Curso de Direito Constitucional (1998, p. 28), diz que nas épocas monárquico-aristocráticas, o Poder Constituinte provinha do rei e da nobreza; ou seja, dos estamentos privilegiados; mas não provinha da nação, pois, essa não possuía vontade soberana.

Vale salientar que estar-se referindo às monarquias absolutistas, pois, nas monarquias modernas, essas são tidas apenas como um símbolo político em que existe a família real onde o rei reina, mas, quem governa geralmente é um primeiro-ministro escolhido pelo parlamento e que através dele governa a nação.

A outra forma de governo é a República. Essa pode ocorrer através da democracia ou na sua forma impura, que é a demagogia ou ainda através da aristocracia que tem como forma impura a oligarquia.

A democracia é a expressão do governo do povo que é exercido diretamente por meio de assembléias populares ou indiretamente por meio de representantes eleitos. Enquanto, que a demagogia que é a forma impura da democracia, ocorre quando a população em sua maioria ou totalidade, se revolta com os governantes e exerce o governo diretamente com uso da violência.

A aristocracia ocorre quando uma minoria privilegiada se instala no Poder com o intuito de governar em benefício comum de todos. A oligarquia, que é a forma impura da aristocracia, é o exercício do governo por uma minoria em benefício próprio, pois, esse grupo está mais preocupado com seus interesses do que mesmo com o interesse social.

Ainda destaca Darcy Azambuja (1999, p. 202) sobre a divisão da forma de governo:

Quando o governo é exercido por uma minoria privilegiada, pela nobreza, em benefício de toda a sociedade, temos a aristocracia; se o poder é exercido por essa minoria em proveito próprio, aparece a forma impura ou degenerada da aristocracia, que é a oligarquia. Se o poder é ou pode ser exercido por todos os cidadãos, para o bem comum, temos a democracia; se o governo está nas mãos da multidão revoltada ou esta domina diretamente os governantes, implantando um regime de violência e de opressão, surge a forma corrupta da democracia, que é a demagogia.

Na democracia o povo possui vontade soberana, porque, é o próprio povo que governa. A titularidade do poder está intimamente relacionada com a soberania da vontade.

Neste regime político, há eleições periódicas, com voto direto e secreto em que todos os cidadãos podem votar e ser votados, caso preencham os requisitos ora exigidos pelas normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Essas características fazem da democracia uma forma de governo especial e justa, pois, concede a todos o direito de participar do processo de escolha de seus representantes. E aqueles que possuem planos de governo coerentes com os anseios da maioria é que são escolhidos para exercerem o poder em nome do legítimo titular, a nação.

Esclarece Darcy Azambuja (1999, p. 205):

São governos democráticos ou populares aqueles em que o poder emana do povo, isto é, em que o povo é quem governa, quer diretamente, como acontecia nos pequenos Estados gregos, quer indiretamente, por meio representantes, como acontece nos Estados modernos.

E quando o autor diz que o poder emana do povo, quer dizer de uma forma geral, incluindo lógico o Poder Constituinte Originário.

O ilustre autor Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 28) também confirma esse posicionamento afirmando que: "nas concepções democráticas, o Poder Constituinte



pertence ao povo, entendendo por povo a cidadania que se expressa de forma direta ou representativa através do sufrágio universal”.

Na demagogia, a população detém diretamente as rédeas do governo nem que seja com uso da violência. Essa forma de governo tem como titular do Poder o povo, já que sua vontade é suprema, prevalecendo sobre qualquer outra. Mas, quando se refere ao Poder Constituinte Originário, fica difícil aceitar que uma multidão revoltada possa estar apta a fazer uma obra do porte da Constituição de um Estado, mesmo sabendo que ela mesma será a destinatária das normas. Caso isso seja possível, será também a nação a legítima titular do Poder Constituinte Originário.

A aristocracia é o exercício do governo por uma minoria privilegiada em benefício de toda a nação.

Apesar de todo o benefício ser destinado à nação, não é concedida a ela o direito de eleger diretamente seus representantes, ou seja, de poder escolher através do voto, delegados para deliberar em seu nome e assim defenderem os interesses dela.

Uma classe domina o governo, exercendo-o obedecendo aos princípios republicanos, tais como a temporariedade e eletividade do governo pelo chefe de Estado. Só que não é a nação quem elege por meio de seu voto diretamente, o chefe de Estado ou pelo menos não é estendido a todo e qualquer cidadão o direito de concorrer às eleições e tornar-se representante. Somente os indivíduos que compõem a classe dominante, que se diz privilegiada, é que possuem o direito de serem eleitos e assim poder a classe se perpetuar no Poder e dispor da titularidade desse.

Emmanuel Joseph Sieyes (2001, p. 73/74) que defende a nação como o titular do Poder Constituinte, condena qualquer forma de privilégio por parte de uma classe de indivíduos, veja:

Entendo por privilegiado todo homem que sai do direito comum, ou porque pretende estar completamente submetido à lei comum, ou porque pretende direitos exclusivos. Uma classe privilegiada é prejudicial, não só pelo espírito de corpo, mas por sua própria existência. Quanto mais ela obteve favores necessariamente contrários à liberdade comum, mais importante se torna afastá-la da Assembléia Nacional. O privilégio seria representável somente por sua qualidade de cidadão; mas, nele, esta qualidade se acha destruída, ele está fora do civismo, é inimigo dos direitos comuns. Dar-lhe um direito na representação seria uma contradição manifesta na lei; a nação só poderia se submeter por um ato de servidão, e isso é impossível

supor-se. Resumindo: tudo o que sai da qualidade comum do cidadão não deverá participar dos direitos políticos.

Sobre a temática destaca Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 27), que entende: "o titular também do Poder Constituinte pode ser uma minoria, quando o Estado terá então a forma de aristocracia ou oligarquia".

A oligarquia é a forma impura da Aristocracia. Ocorre quando a minoria que se instala no Poder, se preocupa em defender seus interesses, sejam políticos ou econômicos, mas, nunca está preocupada com a administração do Estado e o bem estar social. Procura se perpetuar no Poder apenas para manter o status de minoria privilegiada e o bem estar da classe. E para que isso possa se concretizar é preciso sem dúvida titularizar o Poder para que sua vontade permaneça soberana, já que não tem nada de legitimidade.

Ainda esclarece Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 28/29):

No século atual, com a aparição dos fenômenos totalitários, o tema da titularidade do Poder Constituinte cobra nova atualidade, devendo ser encarado atendendo às novas posturas que tem aparecido; por isso, pode se dizer que há duas respostas ao tema da titularidade do Poder Constituinte: a resposta autocrática e a resposta democrática. A resposta autocrática fará fundar a titularidade do Poder Constituinte no princípio minoritário. Ao passo que a resposta democrática ubicará a titularidade do Poder Constituinte no princípio majoritário. O que significa isto? É que para as novas tendências autocráticas o Poder Constituinte sempre vai estar protagonizado como sujeito por uma minoria, bem seja, por uma minoria de raças, de religião, de classe social, de grupo militar que detenha o poder ou uma minoria oligárquica econômica. Já, para a concepção democrática, o Poder Constituinte residirá sempre na soberania do povo, que se expressa através de um princípio precisamente majoritário, que é o da metade mais um e que requer uma verificação do processo através do único mecanismo possível, que é o das eleições.

Em todos os regimes totalitários, seja na monarquia ou república as Constituições são Outorgadas, e assim possuem como titular do Poder Constituinte Originário, o detentor do Poder, que não é a nação. Já nas Constituições promulgadas ou democráticas possuem sempre como legítimo titular do Poder Constituinte, a nação, por ser o destinatário da norma constitucional, com a prerrogativa de aprovar ou não na sua consciência os preceitos estabelecidos pela Constituição.

Depreende-se assim que somente nas Constituições em que a nação exerce o Poder diretamente ou indiretamente por meio de representantes, é que é titular do Poder Constituinte Originário, ou seja, no Regime Democrático ou na pior das

hipóteses, na sua forma impura.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa atendeu o que se almejava, que foi encontrar os limites do Poder Constituinte Originário e verificar sua titularidade nas mais diversas formas de governo de um Estado.

Quanto aos limites, percebeu-se que a existência do direito natural, e mais precisamente, os direitos fundamentais da pessoa humana enquanto direito natural, limitaria a atuação do Poder Constituinte, mesmo quando o titular fosse a Nação.

Tendo como paradigma a irrenunciabilidade, como uma das características dos direitos fundamentais, ou seja, os indivíduos não podem abdicar deles, tendo, portanto, que serem assegurados na Constituição do Estado, tais direitos devem ser indubitavelmente, consagrados em todas as Constituições do mundo moderno.

Nem mesmo um governo absolutista nos tempos modernos se arriscaria violar os direitos humanos, pois, estaria prestes a ser combatido pelos Órgãos Internacionais encarregados da defesa dos direitos da pessoa humana, entre eles o Comitê de Direitos Humanos da ONU. Saliente-se que depois de tantas Guerras o mundo por meio das Nações Unidas passou a pregar a garantia dos direitos fundamentais em todos os Estados da comunidade internacional.

Quanto à titularidade do Poder Constituinte chegou-se ao entendimento de que a mesma poderá residir não somente nas mãos do povo, conforme afirma a maioria dos doutrinadores, pois, titularidade do Poder tem íntima relação com a soberania da vontade. E que, em muitos momentos da história constitucional o povo ficou afastado do processo constituinte, pois, não tinha sequer representantes encarregados de elaborar a Constituição. E isso tirou a titularidade do Poder Constituinte de quem seria o legítimo titular, a nação, e ficou com quem dominava o governo do Estado através da imposição de sua vontade.

Nos sistemas democráticos, onde reina a vontade popular, o Poder Constituinte é sua expressão. Os anseios sociais são atendidos para garantir a legitimidade do governo. Mas, nos regimes totalitários, seja, Monarquia ou República a forma de governo, onde um indivíduo, ou uma classe privilegiada usurpam o poder e governa com imposição de sua vontade, não há de fato, como vê a nação titularizando o mesmo, pois, o Poder Constituinte se encontra de forma imoral e ilegítima com quem possui o domínio do governo.

Infere-se que a forma de governo recomendável, é a República democrática

de direito, só a República democrática em si não basta. É necessário que a democracia esteja sacramentada na Constituição, como sendo matéria imodificável pelos poderes constituídos. O Estado democrático de direito é um aprimoramento da junção do Estado de direito com o Estado democrático e se apresenta como o meio mais eficiente de estabelecer um ideário que vise construir uma sociedade livre, justa, solidária, fundamentada na dignidade da pessoa humana, na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e no pluralismo político.

Nessa seara, os ordenamentos jurídicos devem garantir a existência dos direitos políticos, pois, sem eles, torna-se mais difícil assegurar os demais direitos. Pois, quando se tem a oportunidade de escolher ou até mesmo ser escolhido no processo eleitoral para a escolha de representantes, é dado o poder de decidir melhor quem administrará seus interesses. E sem dúvida o interesse maior de um cidadão é a defesa de seus direitos individuais e os direitos coletivos.

Sem que se tenha a titularidade do Poder não é possível garantir a existência dos direitos. O Poder Constituinte é a força que dispõe a nação para se tornar soberana, garantindo que sua vontade se torne realidade. Mas, para isso exige-se que seja ela titular, pois, é só quando existe titular legítimo, com força capaz para criar, mudar o seu destino por meio de uma Lei que demonstra obediência a seus preceitos.

Portanto, quando o Poder Constituinte tiver como o seu titular a nação, é que se terá legitimidade do Poder, pois, se de outra forma ocorrer o poder perderá sua legitimidade, em um ambiente de discordância, de inconformismo com a situação presente.

Além do objetivo alcançado, a pesquisa ainda surpreendeu com algumas descobertas enriquecedoras para a temática. Pois, observou-se ainda que a teoria do Poder Constituinte em sua origem, não traz a idéia de que surgiriam Constituições outorgadas. O surgimento na França no final do século XVIII, carregava em seu conceito a noção que seria um Poder pertencente à nação de um Estado, que através dele a nação conquistava seus direitos pondo fim qualquer forma de opressão por parte de classes privilegiadas, garantindo assim os direitos da Nação francesa, combatendo as desigualdades estamentárias. Entrementes, com a evolução da sociedade o Poder que residiria na nação foi usurpado por governos totalitários, que usaram em seu nome oprimindo a nação.

Tendo em vista os aspectos observados, emerge a idéia da existência de um

Poder Constituinte Originário legítimo e ilegítimo. O primeiro reside na própria Nação e sua essência é a vontade popular. Portanto, não há como negar a aceitabilidade das normas que se originam dele, tornando-se legítimos por natureza, se identificando com a verdadeira teoria que deu origem ao Poder Constituinte. Já o Poder Constituinte ilegítimo, é assim considerado em virtude do procedimento utilizado para dar origem a Constituição. Ele expressa a vontade de um indivíduo ou de um grupo que se considera privilegiado a ponto de possuir o direito de dominar as demais pessoas ou raças.

Sieyès, teorizador do Poder Constituinte, condenava expressamente qualquer forma de privilégio por parte de uma classe. Defendia que todos deveriam estar submetidos ao direito comum. A aristocracia e a oligarquia tomam o caminho inverso para construir a Constituição, pois, deixam de assegurar a igualdade de direitos entre os indivíduos de uma nação, combatendo assim qualquer forma de privilégio, para garantir constitucionalmente o próprio privilégio.

Com isso há por parte da nação uma censura a essa desigualdade de tratamento, pois, está na própria natureza do ser humano não admitir ser tratado com o animo de inferioridade. Decorre, então, a ilegitimidade da Constituição que surja de um processo constituinte onde o Poder não tem por titular o seu destinatário.

Descobriu-se ainda que não apenas o Poder Constituinte possui aptidão para fazer surgir uma Constituição. Outro instituto conseguiu organizar um ordenamento jurídico a partir de um acordo de vontades entre governantes e governados, o contrato social. Doutrina que teve como estudiosos Hobbes, Loocke e Rosseau, que deu origem a primeira Constituição de um Estado de direito: a Constituição Norte Americana de 1787, que se mostrou um documento importante, objeto de estudo não só pelos doutrinadores dos Estados Unidos, mas, de todo o mundo, por representar o marco inicial do constitucionalismo moderno.

A globalização faz o homem se tornar um ser informado, consciente da sua importância para a sociedade e da existência de direitos inerentes à pessoa humana e que ele como ser humano que é, pode gozá-los sem que tenha que se submeter a qualquer condição, senão, o respeito dos direitos de seu semelhante. Mas, para usufruir desses direitos ele necessita do poder de fato, que esteja assegurado em suas mãos.

Vale salientar que não há garantia dos direitos civis se os direitos políticos

não forem reconhecidos. Se o homem não tiver a prerrogativa de exercer o seu direito nem que seja por meio de representante, ele mantém distancia de sua existência como pessoa humana podendo ser visto como uma coisa; um objeto que serve para garantir cargo público a um indivíduo ou a uma minoria que se diz privilegiada.

A visão moderna quer que o homem esteja cada vez mais livre e tenha assegurado cada vez mais direitos, procurando combater a desigualdade social, mas, o capitalismo moderno ainda é um empecilho para a concretização desse sonho.

## REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 12. ed. São Paulo: Globo, 1999.
- BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Direito Constitucional – Uma abordagem histórico-crítica*. São Paulo: Madras, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. (coleção de Direito Constitucional; v. 2).
- MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NEGRI, Antônio. *O Poder Constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP & A, 2002.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.



SIEYES, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa - Qu'est-ce que le Tiers É tat?*. Traduzido por Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.