



Poder constituinte originário e derivado

04/09/1999

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL - UCS

CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE GUAPORÉ - RS.

FACULDADE DE DIREITO

CURSO: BACHARELADO EM DIREITO

DISCIPLINA: DIREITO CONSTITUCIONAL

PROFESSOR: JOÃO CARLOS SCHMITT

Aluna: Solange Aparecida Balen

O PODER CONSTITUINTE

ALUNO: Solange Aparecida Balen

DATA: 30 DE NOVEMBRO DE 1998.

O PODER CONSTITUINTE:

Poder Constituinte é uma função da soberania nacional. É o poder de constituir e re-constituir ou reformular a ordem jurídica estatal.

A Constituição, lei fundamental do Estado, provém de um poder soberano (a nação ou o povo, nas democracias) que não podendo elaborá-la diretamente, face à complexidade do Estado moderno, faz através de representantes eleitos e reunidos em Assembléias Constituinte. Como pregou Sieyès, um dos líderes da Revolução Francesa, a nação tem o direito de organizar-se politicamente, como fonte do poder público. Esse poder que ele exerce em determinados momentos chama-se Poder Constituinte. Tanto pode ser exercido para a organização originária de um agrupamento nacional ou popular, quanto para constituir, reconstruir ou reformular a ordem jurídica de um Estado já formado. Suprime, por exemplo, uma forma monárquica para estabelecer uma forma republicana; afasta uma organização republicana liberal para instituir uma república socialista; ou simplesmente, revoga uma Constituição para elaborar outra. Frequentemente, surge o Poder Constituinte em função da derrogação da lei fundamental por um movimento revolucionário ou por fatos históricos de relevante importância, impondo-se, conseqüentemente, a tarefa de reconstruir em novas bases o ordenamento jurídico estatal.

A Assembléia Constituinte exerce o poder soberano na sua plenitude. Difere das Assembléias Legislativas pela sua transitoriedade e pela ilimitabilidade do seu poder. As Assembléias Legislativas são poderes constituídos: limitam-se pela Constituição existente. As Constituições, ao revés, não têm limitação: a elas se devolvem a totalidade do poder de soberania, com apenas o dever de respeito aos imperativos das leis de direito natural.

O Poder Constituinte, portanto, é um poder ilimitado, em regra. A influência, de qualquer poder mais alto para lhe traçar linha de competência ou programa de ação, tende a desfigurá-lo, por desfigurar a soberania no seu exato conceito. Só a própria Assembléia Cons-tituinte, em deliberação preliminar, atenta aos princípios de direito natural e histórico, ou a um eventual condicionamento estabelecido na eleição dos seis componentes, poderá limitar o seu procedimento.

A limitação da soberania pelo direito natural, aliás, é indeclinável. Ato de governo, ainda que ditado em nome de uma soberania absoluta, pode revestir-se de ilegitimidade por contrapor-se à ordem natural. Assim o ato do Imperador Calígula que, ao reorganizar o Esta-do Romano, nomeou para o cargo de primeiro cônsul o seu cavalo Incitatus. Não deixava de ser um ato de aberração tal ato de soberania, embora mantido pela força.

D. João VI, ao convocar a Constituinte Portuguesa em 1821, determinou que a nova Constituição da Monarquia, a ser elaborada, deveria manter a religião católica romana, e a dinastia da Casa de Bragança, bem como observar as bases da Constituição da monarquia espanhola... Tornou-se a Assembléia, portanto, mero simulacro de Poder Constituinte.

No mesmo sentido foi o decreto de 3 de janeiro de 1822, de D. Pedro I, convocando a Constituinte Brasileira, que se reuniu em 1823, “para fazer a Constituição política do Impé-rio do Brasil e as reformas indispensáveis, mantidas, porém, a independência, a monarquia, a dinastia D. Pedro I e a religião católica...” O Poder Constituinte tornou-se coarctado, como proclamou o então Deputado Antônio Carlos de Andrade e Silva na sessão preparatória. E tanto estava realmente coarctado que veio logo a seguir a ser dissolvido por ato de tirania e absolutismo pessoal do imperante.

Reúne-se a Assembléia Constituinte para cumprir a missão de constituir ou reconstruir a ordem jurídica e política da sociedade civil. Cumprida essa missão, encerrados os seus tra-balhos com a promulgação e a publicação da nova lei fundamental, ela se dissolve, ou passa a funcionar daí por diante como Assembléia Legislativa ordinária (poder constituído) se pre-visto no ato de sua convocação.

PODER REFORMADOR:

Em geral, os poderes constituídos conservam uma parcela do poder constituinte, per-manentemente, para reformas ou emendas da Constituição, no curso das legislaturas, dentro dos limites estabelecidos no próprio texto.

Essa função, chamada de poder reformador, poder constituinte secundário ou poder constituinte derivado, coloca-se numa posição intermediária entre o poder Constituinte Origi-nário e o poder constituído ordinário. Consiste na competência para reformar parcialmente ou emendar a Constituição, que não é um código estático, mas dinâmico, devendo acompanhar a evolução da realidade social, econômica e ético-jurídica.

A esse poder secundário e limitado é vedado atingir a estrutura básica da ordem constitucional, como no sistema brasileiro, por exemplo, são inalteráveis a forma federativa do Estado, a forma republicana do governo e a ordem democrática na sua essência. Limites de tempo são também traçados à função reformadora: a Constituição não pode ser alterada durante o estado de sítio, ou em períodos predeterminados no seu texto.

Poder Constituinte permanente só se verifica na Inglaterra, país de Constituição Inorgânica ou Consuetudinária, onde o Parlamento edita normas de direito constitucional pelos mesmos trâmites das normas de direito ordinário.

PODER CONSTITUINTE INSTITUCIONAL:

O Poder Constituinte, que até aqui expusemos no seu conceito clássico e tradicional, vem sendo racionalizado na atualidade, ao impacto das novas realidades sociais, para adquirir as características de Poder Constituinte Institucional, coincidente com a idéia de institucionalização da soberania. Segundo a observação de Machado Paupério, a soberania não é propriamente um Poder. Mas a qualidade desse poder; a qualidade de supremacia que, em determinada esfera, cabe a qualquer poder. Será assim, um atributo de que se reveste o poder de autodeterminação, uma vez institucionalizado. Conquanto originária da nação, a soberania institucionaliza-se no órgão estatal que a dirige e nele encontra o seu ordenamento jurídico-formal dinâmico.

Contrapondo-se ao voluntarismo radical, distinguem os teóricos do institucionalismo dois momentos distintos na formação do poder soberano: o momento social ou genético e o momento jurídico ou funcional. Como fonte do poder, a soberania pertence originariamente à nação, mas o seu exercício é atribuído ao órgão estatal constituído. Nas linhas gerais deste realismo situa-se o novo ciclo constitucional, já distanciado do panorama carismático medieval e do liberalismo lírico do século passado.

O direito de revolução, como recurso extremo de resistência contra a opressão e os descaminhos governamentais, segundo o conceito clássico de Launtenbach, Salisbury, São Tomás de Aquino, Locke e outros, teria nesta doutrina a sua confirmação prática. A nação retoma, em dado momento histórico, o seu poder originário, por via de um movimento revolucionário, visando reconstruir em novas bases o ordenamento jurídico estatal. Como proclamaram os constituintes da federação norte-americana, que colocaram na Constituição dos Estados Unidos da América (United States Of America), o princípio, de que o homem possui direitos inalienáveis, entre os quais o direito de mudar a forma de governo, inclusive com o uso da força, através da Revolução. Nestes princípios, da Constituição norte-americana, é que a Revolução Brasileira de 1964, baseou-se para reformular a Constituição de 1946.

O esboço doutrinário comporta controvérsias e não poderia apartar-se do princípio da legalidade revolucionária. Controvertido é também o conceito de revolução, no mundo das idéias políticas. Repele esta doutrina, necessariamente, o conceito simplista de revolução, reduzindo a uma mera transformação política da ordem governamental. A verdadeira revolução há de ser interpretada segundo um critério sociológico total, como movimento de profundidade nacional destinado a uma ampla reforma social, ética e jurídica. Como definiu Bordeau,

revolução é a substituição de uma idéia de direito por outra, enquanto princípio diretor da atividade social. Não é apenas uma mudança ocasional do centro de dominação, mas uma transmutação da sociedade na sua estrutura total, legitimando-se principalmente pela sua consonância com o pensamento dominante e com as tradições históricas da nacionalidade.

BIBLIOGRAFIA:

- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira – Curso de Direito Constitucional – 24ª edição, revista – 1997 – Editora Saraiva.
- SOUZA, Nelson Oscar de. – Manual de Direito Constitucional – Rio de Janeiro, 1994 – Editora Forense.
- SILVIA, José Afonso. – Curso de Direito Constitucional Positivo – 9ª edição . Editora Malheiros.

O PODER CONSTITUINTE:

Conceito: “É o poder capaz de conceber as bases constitucionais como um regramento do Estado, formado por todas as pessoas interessadas (o povo), as quais outorgam poder para os eleitos as representar.

Fundamento Lógico: Como vemos, é diferente de estabelecer regras se-gundo a Constituição, já que estas têm obrigatoriamente que obedecer o já defi-nido pelo poder que é a fonte de todos os demais, pois é o que constitui de fato o Estado, define seus poderes, atribui-lhe e limita-lhe a competência, que é o poder constituinte.

É ele (Poder Constituinte) que estabelece a organização ju-rídica fundamental quanto a forma do Estado, do governo, modo de aquisição e exercício do governo, estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação, bem como as bases do ordenamento econômico e social. Daí a superioridade da Constituição a tudo quanto conflita com ela.

Origem: Essa idéia ampla de Poder Constituinte quer temos hoje, entre-tanto, é um tanto recente. Surgiu juntamente com o nascimento das Constitui-ções escritas, pois, tanto na antigüidade como na idade média não era conhecida e, embora sua concepção já estava explícita no início da era moderna, ainda as-sim não era aplicada.

Vale lembrar que das Constituições não escritas é o mesmo poder que gera as regras ordinárias e as constitucionais, onde o Poder Legislati-vo e o Poder Constituinte se confundem (Constituição flexível). No caso porém das constituições rígidas, se percebe claramente a existência de um poder anteri-or e inicial.

Poder Constituinte Original e Derivado: Quando é editada uma cons-tituição nova, substituindo uma anterior ou organizando um novo Estado é quali-ficado de Originária, pois está criando uma organização jurídica fundamental.

Distingue-se, portanto, de poderes Constituintes Instituídos ou Derivados, surgidos que foram do Poder Constituinte Originário, onde se apoiam e dependem.

Características do Poder Constituinte Originário: São três as características fundamentais:

- 1) - É inicial - que não se baseia em outro, mas é dele que surgem os demais poderes;
- 2) - Nesta Segunda característica podemos classificar em duas partes a sua definição:
 - a)- Ilimitado - conforme os pensadores do direito positivo - é também chamado de soberano - pois somente seria direito, quando positivo.
 - b)- Autônomo - esta definição é dos doutrinadores jusnaturalistas - não sendo limitado pelo direito positivo o poder Constituinte sujeitar-se-ia ao direito natural.
- 3) - Incondicionado - que não tem fórmula prefixada, nem forma estabelecida para sua manifestação.

Para positivar uma Constituição pode-se usar de vários processos. O mais simples consiste na outorga. É quando o agente do poder Constituinte promulga um texto consubstanciando a nova organização, ao qual o povo tacitamente dá eficácia. Ex.: A Carta de 1937.

Temos também a Convenção ou Assembléia Constituinte, onde são discutidas e aprovadas as suas regras (Constituição de 1946). Pode também o resultado desta assembléia ser submetido a votação popular - referendium - quando então o titular do poder constituinte (o povo) possa se manifestar expressamente.

Características do Poder Constituinte Derivado - Embora a preocupação de se fazer uma Constituição o mais possível duradoura, a experiência mostra a necessidade de futuras alterações ou complementações. É por isso que normalmente dispõe da possibilidade de revisão, atribuindo ao poder constituído o direito de emendá-la. Esse poder constituído, nada mais é que um Poder Constituinte Derivado. Portanto, provindo de outro, subordinado (abaixo do originário, limitado) e Condicionado (seu poder de ação só está nas condições postas, pelas formas fixadas).

Espécies: 1)- Poder de Revisão - é o poder previsto pela constituição, para alterá-la, adaptando-a a novos tempos e novas exigências.

2)- Poder Constituinte Decorrente - dos estados-membros de um Estado Federal. Deriva também do originário mas não se destina a revisão, mas sim a institucionalizar coletividades.

Considerações Finais: A nossa atual Constituição de 1988 seguiu o modelo inaugurado pela França em 1958, quando não existiu a ruptura revolucionária que normalmente condiciona as manifestações do Poder Constituinte Originário. A Assembléia Nacional Constituinte de 1988 foi convocada por intermédio de uma Emenda Constitucional (nº 26 de 27 de novembro de 1985), adotada com exato respeito às normas que regiam a modificação da Constituição.

A ordem constitucional vigente no país é, portanto, resultado de reforma da constituição anterior, estabelecida com restrita obediência às regras então vigentes, mas que, por resultar



num texto totalmente refeito e profundamente alterado, deu origem a uma nova constituição. Portanto, não deixou de ser a manifestação de um Poder Constituinte Derivado, apenas, libertado das limitações circunstanciais que lhe eram impostas.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/1999-set-04/poder_constituente_originario_derivado/