

Coordenação: Sabrina Dourado

Flavia Bahia

Descomplicando Direito Constitucional

3ª edição
Recife – PE

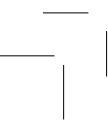
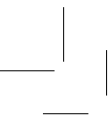


2017

CAPÍTULO 1

A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE





1.1 HISTÓRICO

No Século XVIII, a França era cenário de uma sociedade completamente estratificada, dividida em três Estados. O 1º (primeiro) e o 2º (segundo) Estados, juntos, formavam o clero e a nobreza e representavam 2% (dois por cento) da população francesa. O 3º (terceiro) Estado era formado pela burguesia alta, média, baixa, proletariados e desempregados e totalizavam os restantes 98% (noventa e oito por cento) da população francesa.

Nesse país marcado pelo autoritarismo e completo desrespeito aos direitos fundamentais da população, o clero e a nobreza comandavam as decisões políticas fundamentais em nome de todo o povo francês e o 3º (terceiro) Estado ficava à margem de toda possibilidade de manifestação política importante para o país.

Nos idos de 1788 o Abade Emmanuel Joseph de Sieyès distribuiu um panfleto na França intitulado “Qu’est-ce que le Tiers État?”, ou seja, “O que é o Terceiro Estado?”, que expressava as reivindicações da burguesia contra os privilégios e o absolutismo, incentivando o nascimento de um sentimento político na população discriminada no sentido de reivindicar a sua posição na tomada das decisões políticas fundamentais da França. Esse documento, conforme a doutrina, foi lançado pouco tempo antes da Revolução Francesa de 1789¹.

Nesse manifesto estava presente a necessidade de restauração da legitimidade da tomada das decisões políticas na França, com a substituição do Estado Absolutista e dominador, para um Estado fundado pela vontade da Nação². Daí nasceu a consagração de que a Constituição (a lei fundamental desse Estado) deve nascer da vontade de todos, inspirando a convocação de Assembleia Nacional Constituinte para elaboração da Declaração de Direitos francesa de 1791³.

1. BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada, 5ª ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 44/45.

2. Segundo Bulos, em ob. cit p. 46, para Sieyès, “povo e nação não se confundem, pois o primeiro seria o conjunto de pessoas reunidas e submetidas a um poder e a nação seria mais do que conjunto; seria a encarnação dos interesses dos indivíduos como um todo, na sua generalidade e permanência. Generalidade, no sentido de o poder soberano não se limitar, em seu exercício, a nenhuma parcela de indivíduos posto que a soberania pertence à comunidade inteira. Permanência, se se considerar o interesse permanente das gerações futuras, que não pode ficar renegado ao interesse transitório de um grupo de indivíduos”.

3. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 18ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 146.

Pode-se concluir que a teoria de Sieyès foi importante para coroar o processo de resgate da legitimidade política e a despersonalização do poder, fundamento do Estado Constitucional moderno. O nascimento de uma Constituição com raízes populares marca a teoria do Poder Constituinte Originário.

1.2 NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

- Poder de Direito
- Poder de Fato
- Poder Político

Segundo o Abade de Sieyès e os demais jusnaturalistas, o poder constituinte teria como fonte principal os valores que são superiores às leis escritas, ou seja, o direito natural e, nesse sentido, seria um poder de direito. É como se a Constituição não fosse verdadeiramente formar direitos; é como se ela viesse apenas consolidar, em documento escrito, direitos que já foram formados antes da própria existência da lei, os direitos advindos do poder natural, do poder divino, a liberdade, a igualdade, a ideia da vida, etc.

Os juspositivistas, como Hans Kelsen, dentre outros, entendiam que o poder constituinte se legitimava nele próprio e que não havia nenhum alicerce prévio efetivo, seja em direito natural ou em direito positivo anterior. Com isso, o poder constituinte seria um poder de fato.

Segundo Paulo Bonavides⁴, o poder constituinte em sua origem é poder de direito, mas na sua aplicação seria um poder de fato, ou seja, seu nascimento é baseado nos valores de direito natural, mas na sua aplicação ele é um poder de fato, é um poder que não se discute, importante para o Estado e que deve ser cumprido pelos cidadãos sem questionamentos.

1.3 CONCEITO DE PODER CONSTITUINTE

Com o desenvolvimento da teoria do poder constituinte ao longo da história do direito constitucional, o poder criador, originário, defendido por Sieyès, passou a ser analisado sobre outros ângulos. Considerando-se que Constituição sem mecanismo de reforma é antidireito, e ainda com o surgimento do federalismo americano em 1787, que tem como principal vetor a autonomia dos Estados membros com a sua auto-organização por

4. BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 148.

meio de uma Constituição, a doutrina refletiu sobre outras necessárias manifestações do poder constituinte, derivadas do poder inicial.

Daí porque o Poder constituinte pode ser conceituado, em síntese, como: o poder que fundamenta a criação de uma nova Constituição, a reforma desse texto constitucional e, nos Estados federativos, o poder que legitima a auto-organização dos Estados Membros por meio de suas próprias constituições, bem como as respectivas reformas aos textos estaduais.

1.4 TITULARIDADE X EXERCÍCIO

Analisando o Poder Constituinte à luz da Constituição de 1988, encontramos a titularidade e o exercício do Poder Constituinte no seu art. 1º, parágrafo único⁵, por meio do qual podemos afirmar que o titular do poder não se confunde sempre com o seu exercente.

De acordo com o dispositivo constitucional citado, a titularidade do poder está nas mãos do povo, mas a exteriorização desse poder pode ser dividida em direta e indireta.

Movidos por seus direitos políticos, o povo toma decisões políticas diretas quando participa de plebiscito, de referendo, ajuíza ação popular, participa de projetos de lei populares, etc. Em suma, quando o povo toma decisões políticas sem necessidade de intermediações, sem representação, diz-se que o exercício do poder está sendo realizado de forma direta. Por sua vez, o exercício indireto é realizado pelos nossos representantes, que recebem o voto para, em nosso nome, tomar as decisões políticas fundamentais para o nosso país. Esse dispositivo constitucional expressa a base democrática em nosso país, com um modelo de democracia semidireta ou participativa.

1.5 PODERES CONSTITUÍDOS

O poder de tomada de decisões políticas fundamentais é uno e indivisível, entretanto, como será analisado em capítulo posterior, para evitar a concentração de poder, manifesta-se por meio das funções legislativa, executiva e judiciária⁶.

5. Art. 1º, parágrafo único da CRFB/88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

6. Art. 2º, da CRFB/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Essas manifestações do poder são consagradas como poderes constituídos porque foram desenhados pela vontade da Constituição, fruto do poder constituinte originário. Com isso, os trabalhos legislativo, executivo e judiciário estão subordinados ao texto constitucional. Como exemplos dessa sujeição dos poderes à Constituição, poderíamos concluir: se o legislador elabora leis contrárias à Constituição, o juiz deverá declará-las inconstitucionais (Ex.: art. 102, I, “a”, da CRFB/88); se o chefe do executivo descumprir a Constituição, deverá ser processado na forma do art. 85, da CRFB/88.

1.6 ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

Com base no conceito acima exposto, poderíamos dividir o poder constituinte em três manifestações: o Poder Originário (poder criador, de 1º grau) e suas manifestações derivadas (de 2º grau); o Poder Reformador (realizando a alteração formal do texto da Constituição) e o Poder Decorrente (que permitirá, nos estados federativos, a elaboração e reforma das Constituições estaduais).

1.6.1 O Poder Constituinte Originário

É o poder criador, é o poder institucionalizador de uma Constituição central. Podemos dizer que a sua última manifestação no Brasil foi no dia 5 de outubro de 1988, quando da promulgação da nossa atual Constituição.

É claro que se desenha um modelo ideal, num Poder Constituinte Originário sempre pautado na vontade popular. Mas aqui no país nem sempre isso foi possível, diante da nossa história conturbada de ditadura e pseudodemocracias. Então é possível se dizer que o Poder Constituinte Originário se manifestou no Brasil por meio de todas as Constituições de 1824 a 1988⁷.

Por sua vez, em suas manifestações posteriores, o Poder Constituinte originário se manifesta de maneira derivada, dando ensejo ao Poder Constituinte Derivado, com as suas espécies, Reformador e Decorrente.

7. Com a ressalva ao texto da EC 1/69, fruto do poder reformador.

1.6.2 O Poder Constituinte Derivado Reformador

É o que possibilita a reforma formalizada da Constituição. Em nossa Constituição, exterioriza-se por meio das espécies normativas: emendas revisionais (art. 3º, do ADCT) e emendas constitucionais (art. 60, CRFB/88), que serão estudadas em capítulo posterior.

1.6.3 O Poder Constituinte Derivado Decorrente

É o que possibilita, nos estados federativos, a auto-organização dos Estados membros na forma dos arts. 25, da CRFB/88 e art. 11, do ADCT. Frise-se que essa manifestação de poder é peculiar aos Estados Federativos diante da autonomia dos entes que o compõem, não existindo, em regra geral, nos Estados Unitários, que não possuem Constituições Estaduais.

Levando-se em consideração que no Brasil o Distrito Federal e os Municípios também fazem parte da nossa federação, qual seria o poder que fundamenta a elaboração de uma Lei Orgânica do Distrito Federal e de uma Lei Orgânica de Município brasileiro? Segundo a doutrina, seriam fruto do poder constituído legislativo, municipal, tendo em vista que a Câmara Municipal elabora a Lei Orgânica do Município (art. 29, CRFB/88) e distrital, considerando que a Câmara Legislativa elabora a Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 32, CRFB/88).

1.7 CARACTERÍSTICAS

O Poder Constituinte Originário tem como principais características as de ser:

- Inicial
- Ilimitado
- Incondicionado

É inicial, pois inaugura uma nova ordem jurídica, rompendo com o ordenamento jurídico anterior. A partir daí nasce a importância de se analisar o que acontecerá com o ordenamento anterior constitucional e infraconstitucional, objeto do capítulo seguinte. É ilimitado⁸, pois

8. De acordo com a posição jusnaturalista, é possível se identificar valores que devem ser respeitados pelo poder constituinte originário, como os relativos à vida, à liberdade, à

não está de modo algum limitado ao direito positivo anterior, e também incondicionado, pois não tem que se submeter a nenhuma forma pré-fixada para sua manifestação. Nesse sentido, pode surgir de uma revolução, golpe, plebiscito, referendo.

O Poder Constituinte Derivado, por sua vez, possui as seguintes características principais:

- Subordinado
- Condicionado
- Limitado

É subordinado, pois as suas manifestações (reformadora e decorrente) encontram fundamento de validade na Constituição Federal e devem respeitá-la, sob pena de declaração de inconstitucionalidade. A exteriorização das espécies normativas baseadas nesse poder (emendas e normas constitucionais estaduais) deve ser realizada, em razão de seu condicionamento, em harmonia com a Constituição Federal, e as suas limitações se fazem presentes de acordo com as normas que devem ser obedecidas para sua elaboração, bem como ao conteúdo que não podem desrespeitar.

1.8 DIREITO ADQUIRIDO E AS NORMAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO

O parágrafo 2º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estatui: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”. Poderíamos asseverar que o direito adquirido é aquele que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e/ou à personalidade de seu titular.

De acordo com a liberdade jurídica do poder constituinte originário, não gera debates doutrinários ou jurisprudenciais a posição normalmente aceita de que não há direito adquirido em face das normas constitucionais originárias⁹, diante de suas inúmeras características de ilimitações jurídicas. O ministro Aliomar Baleeiro, sobre o assunto, tem voto curioso: “Uma

igualdade etc.

9. STF, ADI nº 248, Rel. Min. Celso de Mello, J. 1.03.1994, DJU 08.04.1994.

Constituição pode fazer do quadrado redondo, do branco preto, segundo a velha fórmula dos juristas antigos”¹⁰.

Diferente é saber se o direito adquirido existe frente ao que estabelece o chamado Constituinte Derivado, de 2ª grau, limitado, precisamente aquele que altera o ordenamento jurídico através das emendas constitucionais. Sobre o assunto, a doutrina e a jurisprudência não compartilham da mesma opinião.

Na doutrina, José Afonso da Silva e Raul Machado Horta firmam posicionamento no sentido da possibilidade de invocação de direito adquirido em face das emendas constitucionais. Para o primeiro doutrinador: “a reforma constitucional não pode ofender direito adquirido, pois está sujeita a limitações materiais expressas, entre as quais está precisamente a de que não pode pretender abolir os direitos e garantias individuais, e dentre estas está o direito adquirido”¹¹. De acordo com o segundo jurista: “o poder constituinte originário poderá, em tese, suprimir o direito adquirido, de modo geral, incluindo nessa supressão a regra que veda a lei prejudicial de direito adquirido. No caso do poder constituinte de reforma, será questionável a emenda ou revisão que propuser a supressão do direito adquirido assegurado pelo constituinte originário.”¹²

Em sentido contrário, Celso Ribeiro Bastos e José Pinto Ferreira entendem pela impossibilidade de invocação de direito adquirido em face das normas constitucionais derivadas. Para o primeiro jurista: “à emenda ou revisão, pela força de que está revestida de norma constitucional, cabe cassar os direitos adquiridos¹³ e para o segundo: “a reforma constitucional pode revogar o direito adquirido, visto que tem eficácia revogatória completa”¹⁴.

Em nosso entendimento, em que pese opinião de doutrina abalizada em sentido contrário, é inegável a existência do direito adquirido em face das emendas constitucionais, principalmente em face de dois argumentos, a saber: a) A Constituição de 1988, em seu art.5º, XXXVI, assegurou o direito adquirido como uma garantia individual e a expressão “lei” deve ser

10. STF, RE nº 74.284, RTJ, 66/220.

11. SILVA, José Afonso da. Reforma Constitucional e Direito adquirido *in* Revista de Direito Administrativo, nº 213, 1998, p.131.

12. HORTA, Raul Machado. Constituição e Direito Adquirido *in* Revista Trimestral de Direito Público nº 1, 1993, p. 60.

13. BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, 1ª ed. Vol. II, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 191.

14. FERREIRA, José Pinto. Comentários à Constituição Brasileira, 1ª ed. Vol. I, São Paulo, Saraiva, 1989, p.148.

entendida em sentido material, englobando todas as espécies normativas; b) Os direitos e garantias individuais não podem ser abolidos ou sofrerem restrições por meio das emendas (art.60, § 4º, IV, CRFB/88), ficando clara a impossibilidade do Poder de Reforma violar tal preceito, por ser cláusula pétrea; c) como as emendas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, podem vir a ser declaradas inconstitucionais caso violem os direitos adquiridos.

O assunto, entretanto, não é também pacífico na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, antes da promulgação da Constituição de 1988, decidiu pela inexistência de direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário ou do poder constituinte derivado¹⁵. Na vigência da atual Constituição, a Corte já se manifestou pela declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional que violasse direito adquirido¹⁶.

Hodiernamente, entretanto, entendemos que a posição do STF, com o advento da Emenda Constitucional nº. 41/2003 (a “taxação dos inativos”), e com o julgamento das ADI’s 3105 e 3128, é no sentido da inexistência de direito adquirido em face das emendas constitucionais, como concluímos de acordo com os argumentos a seguir expostos.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e a Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR, ajuizaram no STF Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar — respectivamente, ADI 3105 e ADI 3128 —, pedindo, ambas, a declaração da inconstitucionalidade do art. 4º da Emenda Constitucional nº. 41, de 19 de dezembro de 2003¹⁷.

Em seus argumentos, alegaram que a norma impugnada contrariava o disposto no art. 5º, inciso XXXVI da CRFB/88, uma vez que houve afronta ao direito adquirido dos servidores inativos à não incidência da contribuição previdenciária. Argumentaram que os servidores públicos aposentados e aqueles que reuniam os requisitos necessários à inativação, antes da promulgação da Emenda Constitucional nº. 41/2003, estavam submetidos, quando das suas aposentadorias ou do momento em que poderiam se

15. STF, RE n. 94.414, Rel.Min. Moreira Alves, DJU de 19.04.85.

16. STF, ADI 939, Rel. Min.Sydney Sanches, J. 15.12.1993, RDA 198/123.

17. Eis o art. 4º da referida Emenda: “Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”.