Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: UMA BREVE REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

ORIGINAL CONSTITUENT POWER: A BRIEF BIBLIOGRAPHICAL REVIEW

Artigo submetido em 01 de junho de 2023
Artigo aprovado em 06 de junho de 2023
Artigo publicado em 10 de junho de 2023

Cognitio Juris
Ano XIII – Número 47 – Junho de 2023
ISSN 2236-3009

Autor:
Anne Caroline Amaral de Lima[1]

Resumo: A temática do Poder Constituinte é bastante debatida no campo do Direito Constitucional e no mundo jurídico. O Poder Constituinte é dividido em originário, derivado, difuso e reformador. Contudo, em razão de ser a força política capaz de estabelecer e manter o vigor da Constituição, o presente estudo declina-se sobre o Poder Constituinte Originário objetivando analisá-lo desde sua origem até sua efetiva importância no mundo jurídico.

Palavras-chaves: Poder Constituinte. Poder Constituinte Originário. Constituição.

Abstract: The subject of constituent power is much debated in the field of Constitutional Law and in the legal world. The Constituent Power is divided into original, derived, diffuse and reforming. However, because it is the political force capable of establishing and maintaining the force of the Constitution, this study focuses on the original constituent power, aiming to

analyze it from its origin to its effective importance in the legal world.

Keywords: Constituent Power. Original Constituent Power. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional tem como objeto de estudo a doutrina do Poder Constituinte a partir das teses elaboradas, no século XVIII, pelo francês Emmanuel Joseph Sieyès. Modernamente. O constitucionalista Alexandre de Moraes conceitua o poder constituinte como sendo a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado (MORAES, 2020, p. 94).

Há tradicionalmente uma divisão do poder constituinte entre poder constituinte originário (PCO) e poder constituinte derivado (PCD), sendo apenas o primeiro objeto do presente estudo.

O poder constituinte originário é o responsável por inaugurar uma nova ordem jurídica a partir do nascimento de uma constituição. E, por certo, sendo as constituições o centro dos sistemas jurídicos modernos, uma melhor compreensão se faz necessária sobre a força que lhes trouxe ao mundo, não objetivando apenas o conhecimento jurídico, como também assimilar a relação existente entre Direito e outras áreas do conhecimento.

Para a compreensão da temática, serão abordadas considerações sobre poder constituinte, sua origem, titularidade, espécies. O estudo focará nas características do poder constituinte originário e, para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica como procedimento metodológico.

2 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

- PODER CONSTITUINTE E SUA ORIGEM

A noção de poder constituinte é derivada da teoria constitucional francesa e norte-americana do período revolucionário do século XVII. Segundo o jurista Paulo Bonavides, esta teoria surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do século XVIII (BONAVIDES, 2012, p. 147)

A teoria do poder constituinte foi concebida inicialmente pelo abade francês Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1839), alguns meses antes da Revolução Francesa, em sua obra "Qu'est-ce que le Tiers-Éat?" (O que é o Terceiro Estado?), esboço esse presente até os dias atuais, com pequenas modificações, é utilizado.

O livro escrito por Sieyès surgiu no contexto da convocação dos Estados Gerais, órgão deliberativo que era composto por Primeiro Estado (nobreza), Segundo Estado (clero) e Terceiro Estado (comuns). A votação nesse órgão deliberativo era tomada por Estado e, assim, embora o Terceiro Estado fosse composto pela maioria da população, inclusive com a burguesia que era responsável por produzir a riqueza do país, o terceiro estado era sempre derrotado.

Dessa forma, com a finalidade de superar essa condição de subordinação que enfrentava, o Terceiro Estado se autodeclarou Assembleia Nacional Constituinte e foi responsável pela elaboração da primeira constituição da França, datada de 1791.

Segundo Daniel Sarmento, o objetivo da Assembleia Nacional Constituinte era estruturar o exercício do poder político, delimitando os termos em que as autoridades públicas poderiam licitamente atuar (SARMENTO, 2017, pg. 624). Após a elaboração da referida constituição, a Assembleia se dissolveu e deu lugar à Assembleia Legislativa. Embora tenha a Constituição durado pouquíssimo tempo, algumas de suas conceções foram incorporadas à história das ideias constitucionais e serviriam de referência para outros processos constituintes.

- A TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Na história da teoria constitucional surgiram dois pretendentes a ocupar o posto de titular do Poder Constituinte: nação e povo. Enquanto povo é o conjunto de indivíduos que estão sujeitos a um poder, nação é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, cujos interesses não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem. Nação não se confunde com o conjunto de homens, sendo a expressão dos interesses permanentes de uma sociedade.

Segundo o abade Sieyès, a nação é a titular desse poder, visto que a titularidade está intrinsecamente ligada à ideia de soberania do Estado, pois através do poder constituinte originário se estabelece a organização fundamental do país.

No entanto, modernamente, é prevalecente a concepção de titularidade do poder constituinte pertencente ao povo, uma vez que o Estado decorre da soberania popular e, assim sendo, a vontade do constituinte é a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes.

Essa é a posição adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu art.1º, parágrafo único, com a seguinte redação: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Sobre esse assunto, Manoel Gonçalves Filho assevera que o povo pode ser reconhecido como o titular do Poder Constituinte, mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite (FERREIRA FILHO, 1985, pg. 15).

A partir desse apontamento, fica claro que a titularidade pertence ao povo, ao passo que o exercício fica por conta daquele que, em nome do povo, cria o Estado, editando nova constituição.

- ESPÉCIES DO PODER CONSTITUINTE

O Poder Constituinte, por meio da estrutura advinda de sua teorização, pode ser classificado como Poder Constituinte Originário e como Poder Constituinte Derivado, que se subdivide em Poder de Reforma da Constituição e Poder Constituinte Decorrente.

Contudo, somente o Poder Constituinte Originário, objeto do presente estudo, é propriamente considerado constituinte, pois somente esse tem o poder de criar a Constituição; os demais, são, na verdade, poderes constituídos, visto que são fundados e limitados por ele.

O poder constituinte não se confunde com os poderes constituídos, em verdade, tem seus traços característicos que muito se opõem aos demais poderes. Apesar disso, o uso consagrou a expressão "poder constituinte" para tratar destas modalidades do exercício dos referidos poderes. Importante enfatizar que o presente estudo tem com espoco a análise unicamente do Poder Constituinte Originário.

- PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Diversos doutrinadores se debruçam sobre a conceituação do Poder Constituinte Originário. José Afonso da Silva conceitua poder constituinte originário como sendo o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição, sendo a mais alta expressão do poder político por ser a energia capaz de organizar política e juridicamente uma Nação (SILVA, 2007, pg. 67).

Alexandra de Moares, por sua vez, assim se manifesta sobre a conceituação desse poder:

O Poder Constituinte Originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira constituição, quanto na elaboração de qualquer constituição posterior. A ideia de existência de um poder constituinte é o suporte lógico de uma constituição superior ao restando do ordenamento jurídico e que, em regra não poderá ser modificada pelos poderes constituídos (MORAES, 2020, pg. 97).

Percebe-se, então, que é consenso entre os autores que o Poder Constituinte Originário é responsável por inaugurar uma nova ordem jurídica, organizando o Estado e sendo capaz de manter o vigor normativo do texto, pois precede o Estado e a própria Constituição criada por ele.

O Poder Constituinte Originário é dotado de atributos que o diferenciam dos poderes constituídos. Canotilho sintetiza essas características dizendo que:

O poder constituinte, na teoria de Sieyés, seria um poder inicial, autônomo e omnipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autónomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve 'dar-se' uma constituição à Nação. É um poder omnipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo (CANOTILHO, 2008, pg. 28).

Inicialmente, cabe destacar a característica de ser um poder inicial. Isso se deve ao fato de que o Poder Constituinte Originário funda a ordem jurídica e institui o Estado, através de uma nova Constituição, fazendo uma ruptura com o passado. Essa característica se traduz na hierarquização das normas que compõem o ordenamento jurídico, isso porque a Constituição ocupará o ápice da ordem jurídica e é dela que as demais normas jurídicas retirarão seu fundamento de validade.

A Constituição proveniente do Poder Constituinte Originário não tem fundamento de validade em qualquer outra norma positiva, dessa forma se percebe que a concepção da inicialidade desse poder se debruça sobre uma noção de estrutura e não de cronologia.

O poder constituinte é também é concebido como poder ilimitado por não estar sujeito a limites jurídicos, notadamente quanto às prescrições de ordem jurídica passada. Importante destacar nesse ponto que o caráter ilimitado é exclusivamente quanto às restrições jurídicas,

visto que a elaboração de um texto constitucional deve ser subordinada à realidade adjacente.

Hodiernamente, diante das inovações no campo jurídico, é sustentando que o poder constituinte originário é juridicamente limitado pelos direitos humanos reconhecidos internacionalmente e nos princípios suprapositivos de justiça. Tratam-se de limites decorrentes de valores historicamente sedimentados, radicais na cultura do constitucionalismo e voltados à garantia de um patamar mínimo de respeito aos direitos humanos e à democracia.

Sobre o caráter ilimitado desse poder, Gilmar Mendes pontua ainda:

Se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por issoum grupo que se arrogue a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido com poder constituinte originário (MENDES, Gilmar Ferreir, 2020, pg. 141).

Além disso, sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico somado ao fato de que sua juridicidade não depende da observância de regras pretéritas à elaboração do novo texto, dar-se-á, então, a característica da incondicionalidade. Isso porque o próprio poder constituinte originário pode estabelecer sua forma de manifestação, não tem que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.

A indivisibilidade também é apontada pelos doutrinadores como sendo uma característica que traz a ideia de unidade à atuação do poder constituinte. Ressalta- se, ainda, que o poder constituinte é permanente, pois não desaparece com a realização de sua obra, ou seja, com

a elaboração de uma nova Constituição, ficando apenas adormecido, em estado de latência, até que o povo o exerça. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, essa última característica decorre da fórmula clássica prevista no artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

- FORMAS DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Não existe forma pré-determinada pela qual se manifesta o Poder Constituinte Originário, uma vez que, como já dito, apresenta as características de incondicionalidade e ilimitabilidade. Sobre a temática, assim de Manifesta Gilmar Mendes:

Como o poder constituinte originário traça um novo sentido e um novo destino para a ação do poder político, ele será mais nitidamente percebido em momentos de viragem histórica, exemplificados nas ocasiões em que se forma ex novo um Estado, ou a estrutura deste sofre transformações, ou, ainda, quando da mudança de regime político (MENDES, Gilmar Ferreir, 2020, pg. 143).

Dessa forma, diferentes formas foram analisadas e condensadas, por diversos autores, de processos constituintes que frequentemente se repetem no processo constitucional.

Inicialmente, aponta-se a dita revolução vitoriosa em que há uma mudança profunda e radical nas relações políticas e sociais, ocorrendo de forma rápida e intensa, com forte rejeição com o regime jurídico anterior. São exemplos a Constituição da França de 1791, a Constituição do México de 1917, a Constituição da Rússia de 1918 e a atual Constituição de Portugal de 1976. No Brasil, a Constituição de 1891 e de 1934 são as que mais se aproximam desse modelo.

Há o processo constituinte a partir da criação de um novo Estado por agregação que tem como exemplo marcante a elaboração da Constituição dos Estados Unidos em 1787. Nesse tipo de processo, o próprio nome já sugere a forma como o poder constituinte se manifesta,

vez que ele nasce a partir da união de Estados, chamado também de federalismo centrípeto. Doutra banda, há o processo constituinte decorrente da emancipação política, que como o próprio nome descreve, o poder constituinte origina-se da independência de unidades antes vinculadas e que precisam elaborar suas próprias constituições.

Há também o processo constituinte decorrente do cenário do colapso que ocorre quando as instituições do Estado sucumbem, e, depois de sua destruição, torna-se necessário reerguer o Estado sobre novas bases, podendo despontar, por exemplo, após uma derrota de guerra externa em que há necessidade de uma reestruturação. Outrossim, o processo constituinte também pode surgir diante de um cenário de grave crise e não somente no cenário do colapso. Nesse tipo, o exercício do poder constituinte antecipa-se e é elaborada uma nova Constituição com o fito de corrigir os problemas institucionais percebidos no regime jurídico anterior.

Existe também o cenário do golpe de Estado em que nele não existe relevante mobilização cívica ou instabilidade institucional; em verdade, há um desejo de um grupo de se instalar no governo ou ampliarem seus poderes, não buscando tais poderes por meios legítimos. As Constituições brasileiras de 1937 e 1967 decorreram de golpe de Estado.

Outro cenário constituinte é o da transição pacífica entre os regimes políticos. Essa mudança difere, pois não decorre de um ato de força, mas sim de um resultado de uma negociação entre as forças políticas do regime anterior com a que lhe faz oposição.

Por fim, é possível, ainda, que a nação enxergue a necessidade de fundar ou refundar o Estado e suas instituições jurídico-política, mas que não decorra a elaboração de uma nova constituição em sentido formal. Pode se expressar através

de emendas à constituição ou edição de novas leis que detenham grande importância substancial e simbólica.

Isso posto, percebe-se que diversos são os cenários existentes capazes de influenciar a concepção de uma Constituição e, consequentemente, na nova ordem jurídica que regerá a sociedade. Importante ressaltar que a Constituição deve refletir os anseios da sociedade para que assim não passe uma folha de papel sem qualquer efeito concreto.

- PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E LIMITES

Quanto à existência ou não de limites ao Poder Constituinte Originário, despontam duas escolas: a positivista e a jusnaturalista.

A escola positivista se funda no pensamento de que o direito se resume a um direito positivo, ou seja, um direito posto manifestado por meio de leis, normas jurídicas elaboradas e determinadas pelo Estado. Essa escola inovou ao conceber um direito decorrente de construção humana e imposta por uma autoridade, diferentemente da concepção tradicional do direito em que o direito anterior versava com base em uma filosofia prática.

O positivismo deve ser conceituado como uma posição filosófica que busca a sua causa última nas relações entre fatos observáveis. Como método, subordina-se à observação dos fenômenos, ao procurar na ciência o conhecimento verdadeiro, de maneira que sejam abstraídos os conhecimentos ligados às crenças ou práticas não verificáveis cientificamente.

A materialização da concepção adotada pela escola positivista se perfaz por meio da lei escrita, exteriorizada na Constituição de um Estado, promulgada por um Poder Constituinte Originário, o qual rege as normas de toda a sociedade. Assim, para a corrente positivista, o fundamento das leis é alicerçado em uma Constituição, portanto, para a lei ser considerada válida deve haver compatibilidade com o texto constitucional posto ao Estado pelo Poder Constituinte Originário.

Dessa forma, quanto ao Poder Constituinte Originário na visão da corrente positivista, este é caracterizado como um poder ilimitado, uma vez que por ser considerado um poder que

rompe com a ordem jurídica anterior, não há que se falar em invocação de normas para restringir sua atuação. Nas palavras de Canotilho (2008, p. 94), o qual o descreve aquele como “um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo”.

O Poder Constituinte Originário, na visão dos positivistas, faz surgir um novo Estado e, consequentemente, uma nova ordem jurídica totalmente dissociada e desvinculada da ordem jurídica anterior, portanto, sem limitações em decorrência da não existências de normas anteriores que as instituam, tratando-se de um poder fático. O direito, então, surge da própria Constituição, a qual somente nascerá diante da manifestação do Poder Constituinte, estando umbilicalmente ligados.

Os atos realizados pelo Poder Constituinte Originário, portanto, não são passíveis de alegação de inconstitucionalidade, tendo em vista o seu caráter de poder ilimitado. Tal posicionamento doutrinário prevalece na doutrina tradicional, bem como é a jurisprudência adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à escola do jusnaturalismo, sem adentar nas especificidades nas correntes existentes, defende que há limites a serem observados pelo Poder Constituinte Originário, quais sejam os direitos naturais. Isso porque o Direito e, por conseguinte, o Poder Constituinte não pode se dissociar de valores fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, aos valores sociais, uma vez que esses o precedem.

O jusnaturalismo reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, traduzindo-se na crença de um preceito superior, seja por meio da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social ou mesmo da consciência e da razão do homem.

Assim, há uma visualização do Poder Constituinte Originário como um poder de direito, com gênese, validade e marco divisório de limitação no direito natural. Contudo, conforme já afirmado, essa não é a tese que prevalece no âmbito da jurisprudência dos Tribunais

Superiores.

3 CONCLUSÃO

O Poder Constituinte Originário forma a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a guiar os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior. A Constituição ocupará, a partir de então, o ápice da ordem jurídica e é dela que as demais normas jurídicas retirarão seu fundamento de validade.

O povo, hodiernamente, é considerado o titular do poder constituinte originário, havendo quatro características essenciais atribuídas a esse poder: ser ele permanente, inicial, ilimitado e incondicionado. Especialmente quanto a esse último atributo, significa dizer que o referido poder não está condicionado a uma forma determinada de manifestação, ou seja, não há uma maneira prefixada para que possa se expressar.

O poder constituinte originário se manifesta e atua nos momentos de fundação de um novo Estado, decorrente da independência política conquistada por determinado grupo social, ou da unificação de Estados preexistentes ou, ainda, de ruptura da ordem constitucional estabelecida numa sociedade política já organizada.

Em qualquer hipótese, fundacional ou revolucionário poder constituinte originário só se caracterizará pela legitimidade, se exercitado por seu exclusivo titular que, conforme já o dissemos, é a povo.

Por todo o exposto, fez-se compreender que o poder constituinte deve ser indissociável à ideia de sua constituição democrática, bem como sua instituição deve ser a de um regime político condizente e comprometido com o respeito aos direitos humanos e com os anseios da sociedade que rege a fim de que surta os efeitos desejados na ruptura da ordem jurídica e se mantenha regulando a sociedade com eficácia.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 27. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes, apud MORAES, Alexandre de**. Direito constitucional**. 23. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1985. o. 15; SANTOS.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gonet Branco. -15 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional/ Alexandra de Moraes. – 36 ed – São Paulo: Atlas, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho.** Capítulo 6. 2 ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição**). Malheiros Editores, 2007.

---

[1] Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogada. E-mail: anniecaroline.lima@hotmail.com