

Breve resumo do poder constituinte originário e derivado frente aos princípios fundamentais

Rafael Damaceno de Assis*

1. Introdução

A idéia de supremacia da constituição decorre de sua origem, alicerçada num poder instituidor de todos os outros poderes, que constitui os demais; daí sua denominação poder constituinte.

Em uma outra visão podemos dizer que o poder constituinte pode ser estudado em uma dupla dimensão: originário e reformadora. Trata-se do poder que constitui, que faz e que elabora normas constitucionais. [1]

As origens da doutrina do poder constituinte remontam à Idade Moderna. A partir do século XVI e XVIII, surgiram as doutrinas do contrato social, que vieram influenciar a própria noção de Estado, a necessidade da adoção das constituições escritas e o poder envolvendo na elaboração destas constituições.

As normas produzidas pelo poder constituinte compõem um texto normativo, localizado em posição de superioridade, em relação as demais normas d ordenamento jurídico de um país.

2. Poder Constituinte Originário

Como poder instituidor do Estado pressupõe-se sua anterioridade, sendo considerado poder constituinte originário, por tudo ele decorre.

A doutrina elege como características principais deste poder originário, como pequenas variações entre os autores, a inicialidade, a incondicionalidade e a limitação.

O objeto de nosso interesse repousa na terceira característica: a limitação. A doutrina não se pacifica em torno da ilimitação do poder constituinte originário. A idéia desta ilimitação, que passa pela questão da natureza do poder constituinte, é compartilhada pelos juristas de formação positivista; para os jusnaturalistas, que não aceitam a idéia de ilimitação, estas características se traduziriam na autonomia e não na ilimitação.

De acordo com a primeira tese o poder constituinte é um poder de fato. Encontra-se vinculado à realidade concreta da vida social em determinação espaço territorial. Sob este enfoque, dizer que é um poder de fato equivale a dizer que um poder político. Assim sendo, se não há Estado, não há Direito, não sofrendo poder constituinte derivado qualquer limitação de direito.

O poder constituinte originário é compreendido também como um poder de direito tendo por fundamento o Direito Natural, que é anterior e superior ao Direito de Estado, fundado num poder natural do homem de organizar a vida social; estaria, então, limitado este poder originário não pelo Direito positivo, mas sim pelo Direito natural.

3. Poder Constituinte Derivado

Ao contrário da limitação ou ilimitação do poder constituinte originário, as limitações do poder constituinte reformador ou revisor, como a doutrina chama o poder derivado, são maciçamente aceitas pelos pensadores constitucionais.

Este poder seria derivado do poder constituinte originário, sendo usado nas alterações do texto constitucional ou sua reforma. Suas principais características são a limitação material de seu exercício e a condicionalidade destes limites impostos; se não houvesse limites, não haveria diferença entre o poder revisor e o poder constituinte.

Como fonte limitadora deste poder reformador, Estado brasileiro assumidamente reconhece os direitos fundamentais e seus instrumentos de garantia, como o Status das “clausulas Pétreas”, como forma de impedir que uma revisão, ou mesmo uma alteração, através de emenda constitucional, suprima um direito eleito pelo constituinte como essencial à existência daquela sociedade. O que se quer vedar ao revisor da constituição é a alteração da substância e não a redação dos dispositivos referentes aos direitos fundamentais.

Por fim o poder reformador é um poder de Direito. Tem, portanto, naturezas jurídicas, estando submetido às regras estabelecidas pela Constituição Federal.

4. Princípios Fundamentais como Limitadores do Poder Constituinte

Continuado nesta questão, não estaria o poder constituinte originário limitado pelo próprio homem?

Não é difícil estender este raciocínio de limite do poder constituinte derivado, ou poder reformador, também ao poder constituinte originário, em face aos direitos fundamentais. A diferença é que o poder reformador, expresso na constituição, possui uma limitação

também expressa. Ao poder originário, que não possui previsão constitucional expressa, a limitação estaria implícita e não explícita.

Entretanto considera que os direitos têm um caráter supra-estatal, cujo respeito é obrigatório até para um poder de maior hierarquia do que o reformador, qual seja o poder constituinte.

Em suma, a reforma constitucional pode ampliar, como também o pode a própria lei ordinária, os direitos fundamentais, mas nunca restringi-los e muito menos aboli-los. [2]

Igualmente, parece razoável a idéia de que o poder constituinte originário estaria preso a determinados princípios mundialmente aceito pela humanidade, ressalvadas algumas sociedades, de superioridade dos direitos frente aos Estados.

O poder originário, no momento da criação estatal, estaria regado pelos direitos fundamentais do ser humano, com a obrigatoriedade de prever quais seriam estes direitos e os instrumentos de sua proteção.

Como pode criar o Estado se ilimitado fosse, nada o impediria de fazê-lo de forma que o mesmo não reconhecesse e respeitasse os direitos fundamentais internacionalmente difusos pela Assembléia Geral da ONU em 1948.

A titularidade do poder constituinte é largamente aceita como sendo do povo, já que esse é quem legitima seu próprio governo, não obstante a incerteza do conceito doutrinário de povo. Esta titularidade é, em razão do princípio da inalienabilidade da soberania popular, irrenunciável. Logo o titular do poder constituinte é maior e mais importante que qualquer noção e conceito de Estado.

Assim o homem é à base de toda sociedade e do próprio Estado, que não teria existência apartada na existência humana, como entidade autônoma da raça humana. Reconhecer-se a

personalidade jurídica do Estado, não o libera da idéia de que ele é constituído por pessoas, e que este não estaria, apesar de sua soberania, acima de uma dos reais elementos que o compõe.

5. Conclusão

Os direitos fundamentais do ser humano superam a idéia de serem outorgados pelo Estado, dependente de sua criação pelo ente estatal.

O pensamento jurídico deve desenvolver fórmulas de proteção eficazes a estes direitos.

A ilimitação do poder Constituinte, como poder criador do Estado atentaria contra esses mesmos direitos fundamentais.

Desta forma a idéia de ilimitação do poder constituinte originário encontra obstáculos no próprio titular deste poder, o ser humano. O poder constituinte, através do seu ou dos seus agentes, não está autorizado a violar a existência e o reconhecimento dos direitos fundamentais, não os prevendo na constituição do Estado.

6. Referência Bibliográficas

FACHIN, Zulmar. Teoria Geral do Direito Constitucional. IDCC. Londrina.2006.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. O Poder de Reforma Constitucional. Bahia. 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo. Saraiva, 2005.

[1] FACHIN, Zulmar, *Teoria Geral Do Direito Constitucional*. IDCC Londrina, 2006.

[2] SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*, p.93

* Graduando em Direito pela Faculdade Metropolitana IESB (Instituto de Educação Superior de Brasília), Vice-Presidente do Centro Acadêmico Dr. João Tavares de Lima, ex-estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Vara de Execuções Penais da Comarca de Londrina. Autor e Organizador de Vários Sites e Congressos Jurídicos. Representante na cidade de Londrina da Associação Brasileira de Advogados ABA

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/32/44/3244/>