



Considerações sobre o **Poder Constituinte**

Prof. Murillo Gutier | murillo@gutier.com.br



CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER CONSTITUINTE¹

MURILLO SAPIA GUTIER²

| murillo@gutier.com.br | www.murillogutier.com.br

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER CONSTITUINTE	2
1. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	3
1.1. <i>Natureza jurídica</i>	3
1.2. <i>Características fundamentais</i>	3
1.3. <i>Limites materiais ou extrajurídicos</i>	5
1.4. <i>Legitimidade</i>	6
2. PODER CONSTITUINTE DERIVADO	7
2.1. <i>Poder Constituinte Derivado Reformador</i>	8
2.1.1. <i>Estrutura das Limitações Constitucionais ao Poder de Reforma</i>	8
2.1.2. <i>Limitação temporal</i>	9
2.1.3. <i>Limitações Circunstanciais</i>	9
2.1.4. <i>Limitações formais</i>	9
2.1.5. <i>Limitações materiais</i>	11
2.1.6. <i>Limitações implícitas</i>	13
2.1.7. <i>Constitucionalismo e democracia e a questão das cláusulas pétreas</i>	15
2.2. <i>Poder Constituinte Derivado Decorrente</i>	18
2.2.1. <i>Abordagem contextual</i>	18
2.2.2. <i>Natureza Jurídica</i>	18
2.2.3. <i>Características</i>	19
2.2.4. <i>Fundamento constitucional</i>	19
2.2.5. <i>Poder Constituinte Decorrente no Distrito Federal e nos Municípios</i>	22

¹ Bibliografia Utilizada. NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. DEL NEGRI, André Luis. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. GUTIER, Murillo. **Direitos Humanos e o Direito à Diversidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018. GUTIER, Murillo Sapia. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais: Introdução**. Pará de Minas: Virtual Books, 2019. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012

² Professor de Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Filosofia do Direito na FACTHUS (Faculdade Talentos Humanos). Professor de Direito Processual Civil e Direito Administrativo da UNIPAC-Uberaba (Fundação Presidente Antonio Carlos). Advogado militante.

1. Poder Constituinte Originário

É o Poder Constituinte *propriamente dito*, que constitui um novo modelo de Estado. O Poder Constituinte Originário é encarregado de elaborar a Constituição do Estado, podendo ser a primeira Constituição ou uma nova, em substituição à anterior.

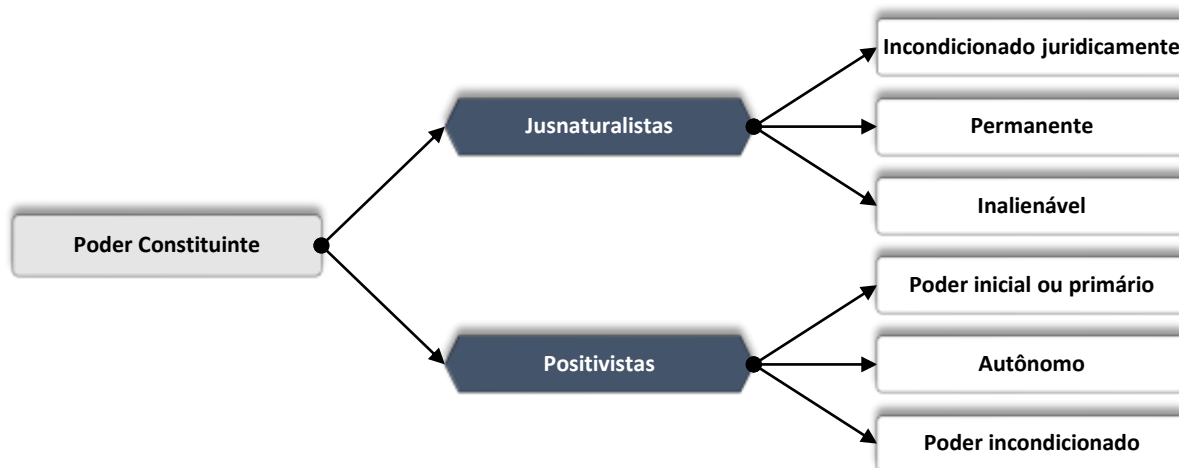
1.1. Natureza jurídica

Quanto à **natureza**, trata-se, em essência, é preciso traçar algumas premissas, uma vez que o Poder Constituinte *está fora* do ordenamento jurídico e, assim sendo, está acima da *Constituição* e, nesta linha de ideias, há duas formas de enxergar o Poder Constituinte Originário. Em uma visão *jusnaturalista*, que vislumbra um direito natural acima do ordenamento jurídico, vislumbram um *poder jurídico*, de *Direito*, uma vez que o Poder Constituinte Originário está(ria) limitado pelo Direito Natural. Outra vertente, de *cunho positivista*, vislumbra o Poder Constituinte Originário como um poder de fato, fruto do poder político. Se não há direito acima do direito positivo, o que lhe dá sustentáculo é a sociedade e não uma norma jurídica, daí se falar que não é *poder de Direito*. Esta é a concepção majoritária na doutrina constitucional brasileira.

1.2. Características fundamentais

Quanto às **características essenciais do Poder Constituinte**, a literatura constitucionalista³ aponta variações quanto ao Poder Constituinte Originário, conforme a concepção jusnaturalista ou positivista, vejamos:

³ Cf. NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. DEL NEGRI, André Luis. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.



A **jusnaturalista** vislumbra o poder constituinte como (a) ***incondicionado juridicamente***, uma vez que é incondicionado pelo direito positivo, não estando submetido por este direito, mas sim, pelo direito natural; (b) ***permanente***, uma vez que perdura após o seu exercício, continuando a existir, não se esgotando (esgotando) com a elaboração da Constituição, mas fica em estado latente e; (c) ***inalienável***, compreendido como um poder que pertence ao povo, que é o seu titular, não podendo ser transferida para ninguém. Isto significa que a titularidade do poder do povo é inalienável em um Estado Democrático.

Para os **positivistas**, o poder constituinte é (a) ***inicial***; (b) ***autônomo*** e (c) ***incondicionado***. É um *poder inicial* ou *primário*, uma vez que é este poder que dá início ao ordenamento jurídico, sendo que é a partir da Constituição que o ordenamento jurídico é formado. Antes ou acima dele não há outro poder. É *autônomo*, porque cabe apenas ao poder constituinte escolher a ideia de direito a ser aplicada no Estado. Tem autonomia para dizer que tipo de Estado será constituído, se unitário ou federativo, se o sistema de governo será parlamentarista ou presidencialista ou será semipresidencialista, se a forma de governo será monárquica ou republicana, quais os direitos fundamentais serão contemplados. É um poder *incondicionado*, tendo em vista que não se submete a nenhuma condição material ou formal. Não há conteúdo ou procedimento a ser seguido pelo poder constituinte. Para os **positivistas**, é um poder *independente, soberano e ilimitado*.

Jusnaturalistas	Positivistas
(a) <i>incondicionado juridicamente</i> , uma vez que é incondicionado pelo direito positivo,	(a) é um <i>poder inicial ou primário</i> , uma vez que é este poder que dá início ao

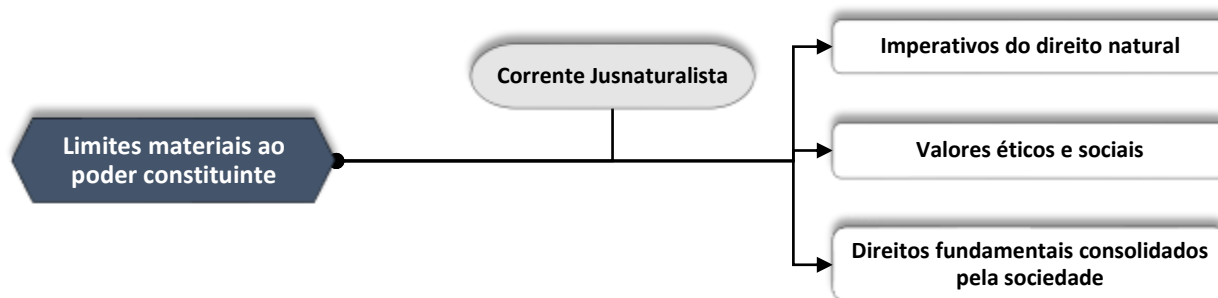
não estando submetido por este direito, mas sim, pelo direito natural;	ordenamento jurídico, sendo que é a partir da Constituição que o ordenamento jurídico é formado. Antes ou acima dele não há outro poder.
(b) permanente , uma vez que perdura após o seu exercício, continuando a existir, não se exaurindo (esgotando) com a elaboração da Constituição, mas fica em estado latente e;	(b) é autônomo , porque cabe apenas ao poder constituinte escolher a ideia de direito a ser aplicada no Estado. Tem autonomia para dizer que tipo de Estado será constituído, se unitário ou federativo, se o sistema de governo será parlamentarista ou presidencialista ou será semipresidencialista, se a forma de governo será monárquica ou republicana, quais os direitos fundamentais serão contemplados.
(c) é inalienável , compreendido como um poder que pertence ao povo, que é o seu titular, não podendo ser transferida para ninguém. Isto significa que a titularidade do poder do povo é inalienável em um Estado Democrático.	(c) é um poder incondicionado , tendo em vista que não se submete a nenhuma condição material ou formal. Não há conteúdo ou procedimento a ser seguido pelo poder constituinte.

1.3. Limites materiais ou extrajurídicos

Os Limites materiais ou extrajurídicos só são aceitáveis dentro do *jusnaturalismo*, uma vez que no positivismo não há limitações, sendo considerado um poder soberano. Nesta linha de ideias, dos que defendem o jusnaturalismo, teríamos como limites os **imperativos do direito natural**. Para esta vertente, ao elaborar uma Constituição, deve, também, observar os **valores éticos e sociais** de uma comunidade, uma vez que se o poder constituinte originário é pertencente ao povo, os seus valores devem ser observados quando da formalização do texto constitucional.

Teríamos limitações, ainda, pelos **direitos fundamentais consolidados pela sociedade** em um determinado momento histórico, ou seja, os direitos fundamentais já consolidados

não podem retroceder (vedação de retrocesso na proteção dos direitos fundamentais). Seria um limite ao poder constituinte originário, para que impeça que ele retroceda na consagração dos direitos fundamentais, *notadamente no âmbito dos direitos sociais*.⁴ Este limite só atinge *direitos fundamentais em que há consenso consolidado no âmbito social*, como a pena de morte nos Estados que já o aboliram.



1.4. Legitimidade

Quanto à legitimidade, é imprescindível averiguar duas vertentes: (a) **perspectiva subjetiva**, em que confere legitimidade ao poder constituinte quando a titularidade corresponde ao exercício. Segundo a concepção democrática, o titular é o povo ou a nação e, nesta linha de ideias, para ter legitimidade, a Constituição deve ser elaborada por representantes do povo, que são denominados de **assembleia nacional constituinte**.

(b) a **perspectiva objetiva** versa sobre a análise do conteúdo do texto constitucional para averiguar sua legitimidade. Os positivistas questionam esta perspectiva, uma vez que o poder constituinte é materialmente e procedimentalmente ilimitado. Como visto, a vertente jusnaturalista consagra limites materiais, devendo o texto constitucional ter valores éticos e sociais mínimos.

Considerando a **proeminência dos tratados de direitos humanos na atualidade**, que versam sobre as mais diversas relações sociais cotidianas, assim como o reconhecimento da sociedade internacional da sua importância, acreditamos que **o poder constituinte originário só encontrará legitimidade se promover e proteger direitos consagrados internacionalmente no âmbito dos tratados de direitos humanos**.⁵

⁴ Também conhecido como *efeito cliquet*, em direito francês.

⁵ Sobre o assunto, vide o nosso: GUTIER, Murillo. **Direitos Humanos e o Direito à Diversidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Tal afirmação se justifica, ainda, uma vez que é o Estado Brasileiro que é signatário destes tratados, com processo de incorporação complexo, com sistema de freios e contrapesos, com a participação ampla do legislativo e, assim sendo, ao incorporar um tratado internacional, é o Estado Brasileiro quem o faz, ou seja, é a República Federativa do Brasil. Se há uma nova “constituinte”, *não importa se o modelo de Estado será unitário ou federativo, se o sistema de governo é parlamentarista, presidencialista ou será semipresidencialista, se a forma de governo será monárquica ou republicana*, haverá a vinculação é do Estado, e a legitimidade do poder constituinte só se dará com o respeito ao cumprimento do conteúdo destes tratados.

2. Poder Constituinte Derivado

2.2. Contexto

A literatura constitucionalista apresenta o *poder constituinte derivado* como sendo também um *poder constituído*, partindo-se da ideia que *constituinte* seria apenas o “originário”. Tudo o que foi “constituído” pelo poder constituinte originário é considerado dele “derivado” e, nesta linha de ideias, podemos ter:

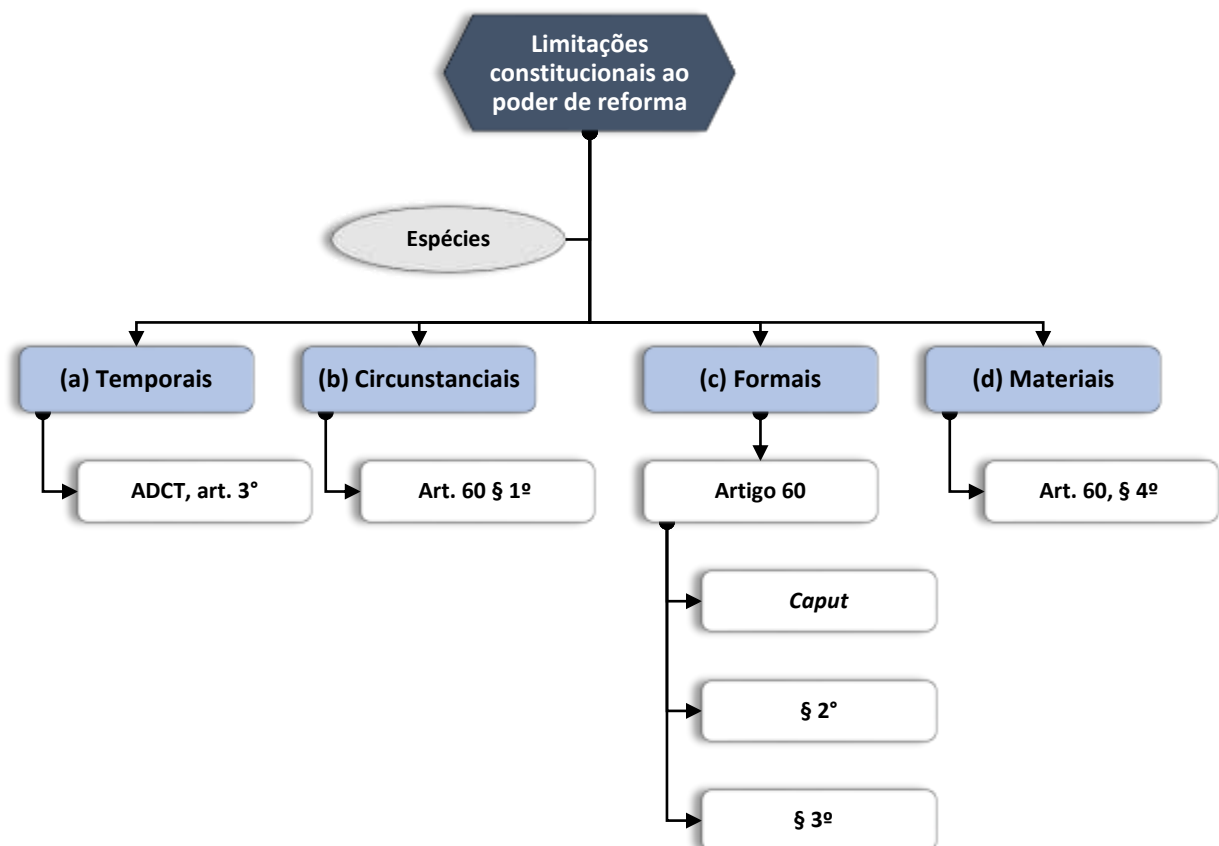
- (a) **Poder constituinte derivado reformador**, que tem por propósito alterar e/ou atualizar o texto constitucional;
- (b) **Poder constituinte derivado decorrente**, tem por finalidade complementar a estrutura constitucional do Estado que, assumindo a feição federal, deve conferir aos entes federados a prerrogativa de criarem suas próprias constituições, de modo a instrumentalizarem a sua capacidade de *auto-organização*.
- (c) **Poder constituinte derivado revisor**, previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que no seu artigo 3º ressalta que “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”. Este poder visou revisar o texto constitucional, sendo considerada uma *via extraordinária de alteração da Constituição*, uma vez que visa propiciar alterações genéricas, mais gerais. Houve um limite temporal para a sua realização, qual seja, o prazo de cinco anos a contar da promulgação da Constituição

Federal. O procedimento revisional era de maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.⁶

2.1. Poder Constituinte Derivado Reformador

O “**poder reformador**”, que visa alterar usualmente o texto constitucional, uma vez que a reforma é a via ordinária de alteração da constituição. O propósito é o de fazer alterações pontuais no texto constitucional. A Constituição Federal, por ser uma Constituição rígida, apresenta **Limitações constitucionais ao poder de reforma**. Dentre as **limitações constitucionais ao poder de reforma**, temos as seguintes espécies:

2.1.1. Estrutura das Limitações Constitucionais ao Poder de Reforma



⁶ Em única hipótese de sessão unicameral, em que não havia a diferenciação entre deputados e senadores, com 594 membros. Mesmo que não tivesse um voto sequer dos Senadores, se atingida a maioria absoluta, estaria aprovada a alteração. Difere da sessão conjunta, em que há cômputo de voto separados, devendo ter a maioria em cada casa.

2.1.2. Limitação temporal

Será **temporal** a limitação se fixada a impossibilidade de alteração da Constituição durante um *determinado lapso de tempo*.⁷ O artigo 60, § 5º aduz que a *matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa*. Esta limitação não consiste em limitação temporal, justamente porque não impede a alteração da Constituição Federal, mas sim, impede que uma matéria específica, se rejeitada, não poderá ser novamente deliberada. Portanto, o artigo 60 não prevê qualquer proibição de alteração da CF durante determinado período. Contudo, no caso de *revisão constitucional*, esta somente poderá ocorrer após cinco anos e, os constitucionalistas citam esta hipótese como exemplo de *limitação temporal*. No que tange ao poder reformador, não houve a fixação de *limitação temporal*.

2.1.3. Limitações Circunstanciais

Fala em *limitação circunstancial* ou, seu plural, **limitações circunstanciais**, nos casos em que, em determinadas hipóteses, veda-se a alteração da CF, vale dizer, a Magna Carta prevê situações tidas como *excepcionais* que, se ocorrerem, acarreta no impedimento de modificação do texto constitucional, uma vez que ditas *circunstâncias* afetarão a livre manifestação do parlamento. As situações proibitivas de modificação da Lei Maior estão previstas taxativamente no artigo 60, § 1º, que são os casos de *Estado de Defesa, Estado de Sítio e Intervenção Federal*. O constituinte elegeu estas hipóteses como circunstâncias graves, proibindo, por conseguinte, a alteração da Constituição Federal.

2.1.4. Limitações formais

Temos, ainda, as **limitações formais** ao poder de reforma da Constituição, em que traça determinados procedimentos para a alteração do texto constitucionais. Uma das ideias do Constitucionalismo é a da *Constituição Rígida*, que afirma que o processo de alteração de uma Constituição não pode se dar da mesma forma como se cria ou altera uma Lei. Deve a Constituição prever mecanismos mais dificultosos para tanto, assim como um núcleo a ser

⁷ Cf. NOVELINO, *Curso...*, 2018.

preservado, comumente denominado de *cláusulas pétreas*. Especificamente quanto às *limitações formais*, há a possibilidade de alteração da Constituição, mas desde que respeitada uma determinada forma.⁸

Nesta linha de ideias, pode-se conceituar as limitações formais como restrições formais, de cunho procedimental, que são fixadas pela própria Constituição caso se pretenda alterá-la. No prisma formal, é possível se falar em **limitação subjetiva**, elucidam quem possui competência para iniciar um processo de alteração da Constituição Federal.⁹ Nos termos do artigo 60, *caput*, I, II, e III, possui iniciativa para propor uma *emenda à Magna Carta*:

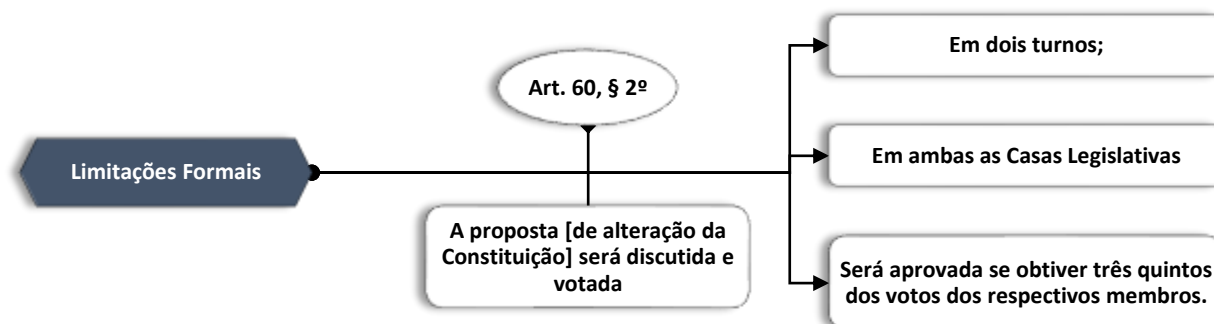
- (a) **Um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal**: ao contrário do projeto de Lei, que pode ser apresentado por apenas um parlamentar, na Proposta de Emenda à Constituição deve ser subscrita por 1/3 dos membros, seja do Senado, seja da Câmara.
- (b) **Presidente da República**: importante consignar que, o Presidente da República tem a iniciativa para projeto de Lei e Emenda à Constituição Federal. Contudo, a iniciativa para apresentar a PEC, consiste na única participação do Presidente da República no processo de Elaboração de uma Emenda, uma vez que não há sanção ou veto de Emenda à Constituição Federal, uma vez que o § 3º aduz que *a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem*.
- (c) **Mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros**: as Assembleias Legislativas, se quiserem apresentar um projeto de Emenda, devem congrega 14 Estados-Membros, em que deve haver a deliberação interna acerca da apresentação ou não da proposta, com o quórum de maioria relativa, ou seja, maioria dos presentes.

Dentre as limitações constitucionais formais, temos **limitações objetivas**, que versam sobre o “processo de discussão, votação, aprovação e promulgação de propostas de

⁸ Alguns constitucionalistas aludem que por ter determinada forma, haveria uma proibição implícita de uso de qualquer outro procedimento que não o previsto no texto constitucional. Observação esta que mais complica a percepção do que explica. Alguns colocam as limitações formais como limitações implícitas, o que não faz o menor sentido, uma vez que estas limitações são expressas no texto constitucional e não implícitas.

⁹ NOVELINO, *Curso...*, 2018, p. 82.

emenda”.¹⁰ O artigo 60 § 2º fala do *quórum* de deliberação, que deve ser em dois turnos, com aprovação de 3/5 dos membros de cada casa. O § 2º aduz que *a proposta [de alteração da Constituição] será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.*



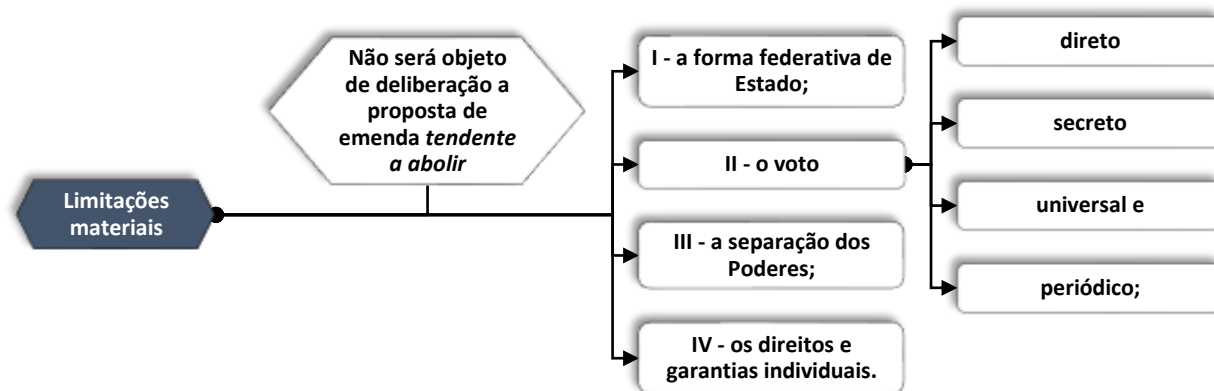
Outra *limitação formal objetiva* está prevista no artigo 60, § 3º, que aduz que a promulgação da Emenda pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em sessão conjunta. Por fim, o § 5º enaltece que *a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. Sessão legislativa é o período anual, começando no dia 02 de fevereiro até 17 de julho, reiniciando dia 01 de agosto a 22 de dezembro (CF/88, art. 57).*¹¹

2.1.5. Limitações materiais

Dentre as limitações ao poder de reforma da Constituição, temos as **limitações materiais**, que visam traçar a proibição de supressão de determinados conteúdos constitucionais, ou seja, que determinados princípios ou institutos sofram violação do núcleo essencial. As limitações materiais ao poder de reformar a Constituição são denominadas de **cláusulas pétreas**, justamente por retratarem o núcleo intangível da Magna Carta. Permite-se a modificação, desde que seja para aperfeiçoar o sistema. O que se veda é a supressão do núcleo essencial dos direitos abaixo:

¹⁰ NOVELINO, **Curso...**, 2018, p. 82.

¹¹ *CF/88, Art. 57.* O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.



Os direitos e institutos previstos no expressamente no § 4º do artigo 60 visam preservar a *identidade substancial da Constituição Federal*, ou seja, toda Lei Fundamental apresenta uma identidade própria e, para evitar sua descaracterização, o núcleo essencial não pode ser suprimido e, a fixação de *cláusulas pétreas* visam justamente preservar esta identidade, assim como valores constitucionais essenciais, retratados nos direitos fundamentais.¹² Afirma-se, ainda, que o propósito deste “núcleo duro” é resguardar a *continuidade do processo democrático*.¹³

Quando se fala na preservação da **Forma Federativa de Estado**, esta forma está prevista desde a Constituição de 1891 e apresenta como núcleo essencial a *autonomia dos entes federados*. Eventual emenda que viole a autonomia dos entes federativos deverá ser considerada inconstitucional. Na ADI n. 939, o **STF** salientou que a imunidade tributária recíproca¹⁴ é cláusula pétrea decorrente da forma federativa de Estado, uma vez que visa resguardar a autonomia destes entes.

Quanto ao **voto**, o obrigatório não é cláusula pétrea, uma vez que abarcou apenas o voto direto, secreto, universal e periódico. Quanto à **Separação dos Poderes**, o que se assegura é a harmonia entre os mesmos, não se permitindo que um Poder se subjugue ao outro. A criação do Conselho Nacional de Justiça, por ser órgão de controle externo do Judiciário, foi questionada no STF ante esta vedação de interferência nos poderes da República. Na ADI n. 3367, o STF salientou que não há violação, uma vez que a função não é típica do Judiciário, mas sim, administrativa.

¹² NOVELINO, **Curso...**, 2018, p. 82.

¹³ NOVELINO, **Curso...**, 2018, p. 82.

¹⁴ CF/88, Art. 150, VI, *a*.

No que tange aos **direitos e garantias individuais**, estes não estão previstos apenas no artigo 5º da CF, abarcando outros como: (a) *Princípio da anterioridade eleitoral* (art. 16 da CF), conforme ADI 3685, o STF considerou como sendo uma garantia individual expressa, mesmo não prevista no art. 5º. (b) *Princípio da anterioridade tributária* (art. 150, III, b), também é garantia individual do contribuinte.¹⁵ Uma corrente doutrinária¹⁶ afirma que aonde se lê *direitos individuais*, deve-se ler *direitos fundamentais*, abrangendo, por oportuno, todos os que se enquadram nesta categoria.

Um debate interessante é o da possibilidade ou não de inserção de novas cláusulas pétreas no texto Constitucional atual. O entendimento que prevalece é que, o poder reformador não pode criar outras cláusulas pétreas além das existentes. Trata-se de uma limitação implícita ao texto constitucional, que parte do pressuposto que apenas o poder constituinte originário é quem tem esta prerrogativa, não podendo o poder constituinte reformador impor limitações “imutáveis” a ele mesmo.

A ampliação do rol de direitos e garantias constitucionais, contudo, é possível. Não se estaria inserindo novas cláusulas pétreas, mas sim, ampliando o que já existe. O artigo 60 § 4º aduz que não é possível abolir direitos e garantias fundamentais. Se for para aperfeiçoar o sistema, não há qualquer vedação. O mesmo se diga com relação à forma federativa, se for para atribuir maior autonomia aos entes federados, estar-se-á aperfeiçoando o sistema, o que é possível. Curiosamente, com a ampliação do rol de direitos, estes, obviamente integrariam o rol do núcleo imodificável, não comportando supressões supervenientes, ante a cláusula da proibição do retrocesso (efeito *cliquet*).¹⁷

2.1.6. Limitações implícitas

É possível se falar, ainda, em **limitações implícitas**. É incontroverso na doutrina que o artigo 60 por versarem sobre as cláusulas pétreas, também é uma cláusula pétrea implícita, ou seja, não é possível ao poder constituinte reformador alterar as previsões ali descritas (como limitações formais, circunstanciais e materiais). Se assim não fosse, bastava ao

¹⁵ STF – ADI 939. Nesta ADI também salientou que a imunidade recíproca é inerente ao pacto federativo, também compondo o núcleo imodificável da Constituição.

¹⁶ SARLET, Ingo. *In Curso de Direito Constitucional*, 2018.

¹⁷ MARSMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Congresso Nacional aprovar uma Emenda à Constituição suprimindo estas “limitações”, permitindo um “caminho livre” para a alterabilidade “sem limites”. Em outras palavras, o artigo 60 é insuprível, sob pena de esvaziamento da rigidez constitucional, o que comprometeria o arcabouço estrutural da supremacia da Constituição.¹⁸ Alguns autores denominam de **dupla revisão**¹⁹ a possibilidade de se suprimir o artigo 60, acabando com as cláusulas pétreas, para depois alterar o texto constitucional. Primeiro altera-se a limitação poder reformador, retirando-a e, em seguida, altera-se o texto constitucional. Daí se falar em *dupla revisão* ou revisão em *dois tempos*. No Brasil esta possibilidade é inadmitida. Esta, portanto, é considerada uma **cláusula pétrea implícita**.

Outra **cláusula pétrea implícita** é a da titularidade do Poder Constituinte. Flávio Martins explica²⁰ que há “quatro limites implícitos ao poder de reforma constitucional: a) a manutenção dos direitos fundamentais do homem (embora, no texto constitucional de 1988 apareçam como limitações expressas – limitações materiais); b) a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte originário; c) inalterabilidade do titular do Poder Constituinte derivado, ou seja, a inalterabilidade de quem pode fazer a mudança da Constituição e d) a proibição de alteração das regras que disciplinam formalmente o procedimento de alteração constitucional”.²¹

Fala-se, ainda, em inalterabilidade do sistema presidencialista e da forma republicana. No entanto, este assunto não é unânime. Uma corrente doutrinária aduz que pode haver alteração porque não há impedimento exposto no artigo 60 e, logo, pode ser alterado. Mas este entendimento ignora a teoria de *impedimentos implícitos*. Outro entendimento salienta que é inalterável por violar a separação de poderes e, ainda, com o plebiscito de 1993, o povo optou por manter o sistema presidencialista e a forma republicana.²² Um terceiro

¹⁸ Ressalta Flávio Martins que “**Limites implícitos** – não podem ser alteradas as regras de modificação da Constituição, embora não haja previsão constitucional expressa. São limitações implícitas. Não pode ser alterado o quórum de 3/5 para aprovação da emenda constitucional, reduzindo-o para maioria absoluta, assim como também não pode ser revogado o rol de cláusulas pétreas, previsto no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal. Embora não haja previsão expressa, trata-se de um corolário lógico do sistema. Permitir emendas constitucionais sobre esse tema seria permitir a extinção da rigidez constitucional e, por consequência, o fim da supremacia da Constituição” (MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição, 2018, n. 8.3.1.).

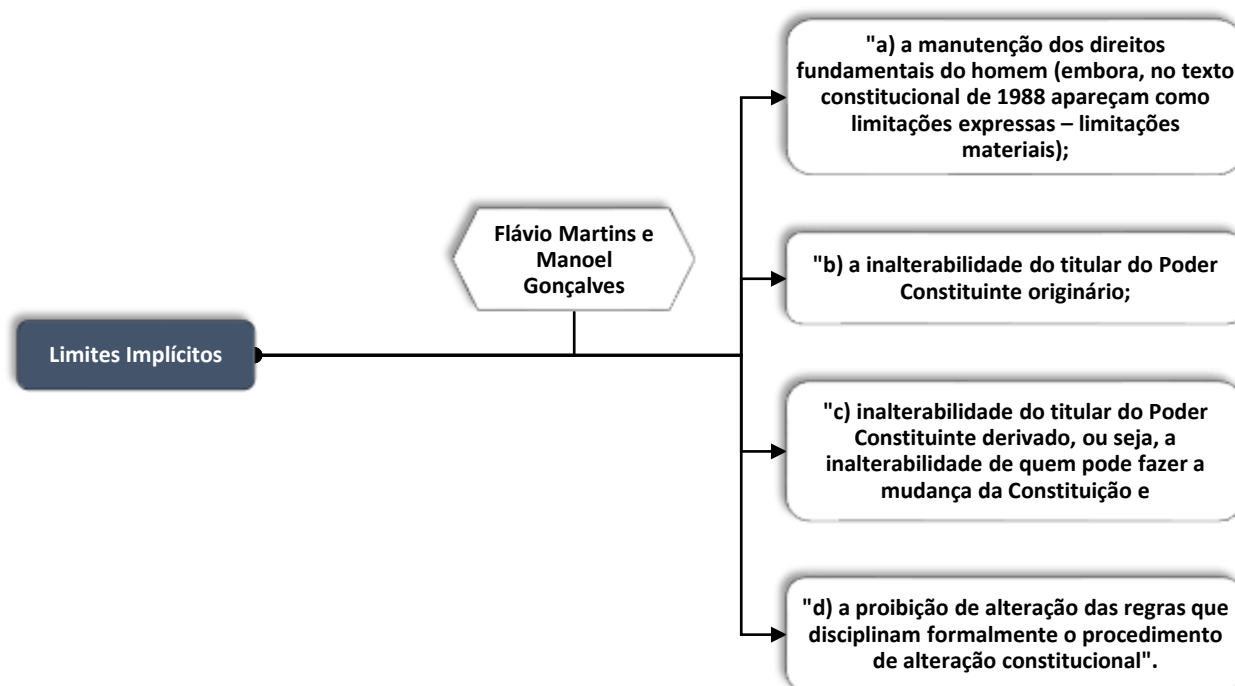
¹⁹ Ou **dupla reforma** ou, ainda, **revisão em dois tempos**. (Cf. NOVELINO, **Curso...**, 2018).

²⁰ Citando obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que enaltece que esta é uma posição de Nelson de Souza Sampaio.

²¹ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição, 2018, n. 8.3.1.

²² Entendimento de Ivo Dantas.

entendimento, majoritário, salienta que a alterabilidade do sistema presidencialista e a forma republicana depende de aprovação popular por plebiscito.



Há quem afirme que a República e o sistema presidencialista não integram o rol das cláusulas pétreas implícitas, por ausência de previsão no texto constitucional. Quem defende que são cláusulas pétreas, afirma que foram objeto de um plebiscito, o povo optou pela manutenção da República e do Presidencialismo. Uma corrente intermediária admite tal alteração, desde que haja novo plebiscito.²³

2.1.7. Constitucionalismo e democracia e a questão das cláusulas pétreas²⁴

A ideia de democracia é a de respeito de vontade da maioria, ao passo que o Constitucionalismo visa limitar o poder e garantir direitos. Por vezes, há um choque entre constitucionalismo e democracia, uma vez que o constitucionalismo limita a soberania popular de agir livremente, uma vez que nem tudo o que a maioria quer pode ser levada

²³ Cf. NOVELINO, **Curso...**, 2018. SARMENTO-SOUZA NETO, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁴ Cf. NOVELINO, Marcelo. **Curso...**, 2018, n. 3.1.4.

adiante. Com um sistema rígido, de cláusulas pétreas, a questão da *imutabilidade dos seus termos* gera um mal estar de tempos em tempos.

Há dificuldades em lidar com esta relação,²⁵ sendo a **questão temporal** uma delas, como o caso da Constituição americana, edificada no século 17, que impede a rediscussão de inúmeros pontos constitucionais. Thomas Jefferson dizia que a “imutabilidade” constitucional consiste no “governo dos mortos sobre os vivos”, uma vez que o que foi edificado por uma geração passada vincula a geração futura, vale dizer, há um conflito intergeracional de valores.²⁶

Outro problema da *imutabilidade* é atinente à **questão semântica**, uma vez que o Poder Judiciário não é composto por representantes eleitos democraticamente, caso este que muitos afirmam que não há uma responsabilidade política e não há uma “troca” constante, fazendo com que tenham um déficit democrático. Ainda, as Constituições apresentam conceitos vagos, imprecisos, cuja interpretação fica a cargo dos magistrados, dando margem grande de atuação aos juízes, por vezes com entendimentos contrários à vontade do Legislativo.

Problema concreto: Um caso interessante é o do direito à **individualização da pena**, em que várias Leis penais foram tidas como inconstitucionais por vedarem a progressão de regime. Acontece que o STF tinha entendimento que não havia violação a dito princípio se houvesse a proibição de “progressão”. Com a mudança de formação da composição do tribunal a partir de 2003, mudou-se o entendimento no HC 82959, falando que a Lei não pode vedar, em abstrato, a progressão de regime. A questão que se coloca é: se a Lei foi criada pelos representantes do povo, por que tem que preponderar a visão do Judiciário?

Dentre as teorias de **justificação da existência das cláusulas pétreas**, temos a **teoria do pré-comprometimento**, desenvolvida por Jon Elster. Outra teoria é a da **democracia dualista**, de Bruce Ackerman. A primeira teoria afirma a ideia de que as Constituições Democráticas são mecanismos de auto vinculação adotados pela soberania popular, visando se proteger de suas paixões e fraquezas, como Ulisses e as sereias, na Odisseia de Homero.²⁷⁻²⁸ Fixa-se metas de

²⁵ Cf. NOVELINO, Marcelo. **Curso...**, 2018, n. 3.1.4.

²⁶ Para evitar esta ocorrência, sugeri que as constituições fossem revistas a cada 19 anos.

²⁷ Elster cita a Odisseia de Homero, em que Ulisses faz viagem de navio e, sendo alertado que havia duas sereias em uma ilha de rochedos que possuíam um canto irresistível, fazendo com que atraísse os homens de forma descontrolada e acarretassem sua ruína.

²⁸ Segundo Sarmiento-Souza Neto, “Uma conhecida versão desta justificativa é a teoria do pré-compromisso, bem simbolizada pela história grega de Ulisses e das sereias, contada no Canto XII da Odisseia de

longo prazo, que são subavaliadas pelas maiorias, em que há tendência de maximização de interesses imediatos, não vislumbrando um pensamento sustentável para o futuro. Atualmente Elster abandonou a sua teoria originária, afirmando que as cláusulas pétreas são estabelecidas pelas “maiorias” passadas face as futuras.

Segundo Sarmiento e Souza Neto, “Na teoria constitucional, traça-se um paralelo entre essa estratégia do herói grego e a decisão do povo de editar uma Constituição, que impõe limitações às suas deliberações futuras. É que o povo, em momentos de maior lucidez, pode também perceber a sua suscetibilidade a cometer erros graves, pondo em risco princípios importantes. Por isso, ele se pré-compromete, por meio de mecanismo que impede que, no futuro, possa sacrificar esses princípios. A supremacia constitucional, neste sentido, é um arranjo institucional voltado à preservação de princípios superiores, adotada por um povo ciente das suas próprias limitações e fragilidades”.²⁹

David Hume diz que (...) “mas muito mais frequente é os homens serem distraídos de seus principais interesses, mais importantes, mas mais longínquos, pela sedução de tentações presentes, embora muitas vezes totalmente insignificantes. Esta grande fraqueza é incurável na natureza humana”.

Na **democracia dualista**, de Bruce Ackerman, o autor diferencia a *política ordinária*, retratada pelas deliberações feitas pelos órgãos de representação popular (parlamento), vale dizer, quando o parlamento aprova uma Lei, está fazendo política ordinária, do dia a dia. A par dessa, temos a política *extraordinária*, que são as decisões tomadas pelo povo em momentos de intensas manifestações cívicas, como fruto da *cidadania política do povo*. Esta última é responsável pela elaboração da Constituição, fruto da soberania popular. Com o esvaziamento da *movimentação cívica*, estaremos diante da política ordinária.

Stephen Holmes traça uma **metáfora do Pedro bêbado e o Pedro sóbrio** (*Peter drunk – Peter sober*), em que o personagem vai a uma festa com o amigo e dirigindo. Aduz que se

Homero.⁸ O barco de Ulisses passaria ao largo da ilha das sereias, cujo canto é irresistível, levando sempre os marujos a se descontrolarem e a naufragarem. Sabendo disso, o herói mitológico ordena aos marinheiros que tapem os próprios ouvidos com cera, e que amarrem os braços dele, Ulisses, ao mastro do navio, para impedir que conduzisse o barco em direção à ilha (ele não quis que seus ouvidos fossem também tapados, para não se privar do privilégio de ouvir o canto das sereias). Mas Ulisses, astutamente, antecipa que, ao passar próximo da ilha, poderia perder o juízo e determinar aos marujos que o soltassem do mastro. Por isso, ordena aos seus marinheiros, de antemão, que não cedam em nenhuma hipótese àquele seu comando. Ulisses instituiu um pré-compromisso: ciente das suas paixões e fraquezas futuras, delas se protegeu” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012).

²⁹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

beber, não é para deixar ele dirigir e, para tanto, entrega as chaves do carro. Durante a festa, Pedro bebe e, ao fim, totalmente embriagado, pede a chave de volta, recusada pelo amigo. Pedro diz que o carro é dele e que tem direito de usá-lo. A metáfora é similar ao de Ulisses e as Sereias, que afirma a ideia de que as ideias traçadas em momentos de sobriedade devem prevalecer sobre os de embriaguez. O Pedro sóbrio se autovincula para momentos futuros em que sua lucidez estará comprometida.

2.2. Poder Constituinte Derivado Decorrente

2.2.1. Abordagem contextual

O poder constituinte decorrente é o responsável pela elaboração das constituições dos Estados membros. Desta forma, só há que se falar neste tipo de poder constituinte em Estados Federados. A seguir, verificaremos a *natureza, características, fundamento constitucional* e a análise deste poder no Distrito Federal e nos Municípios.

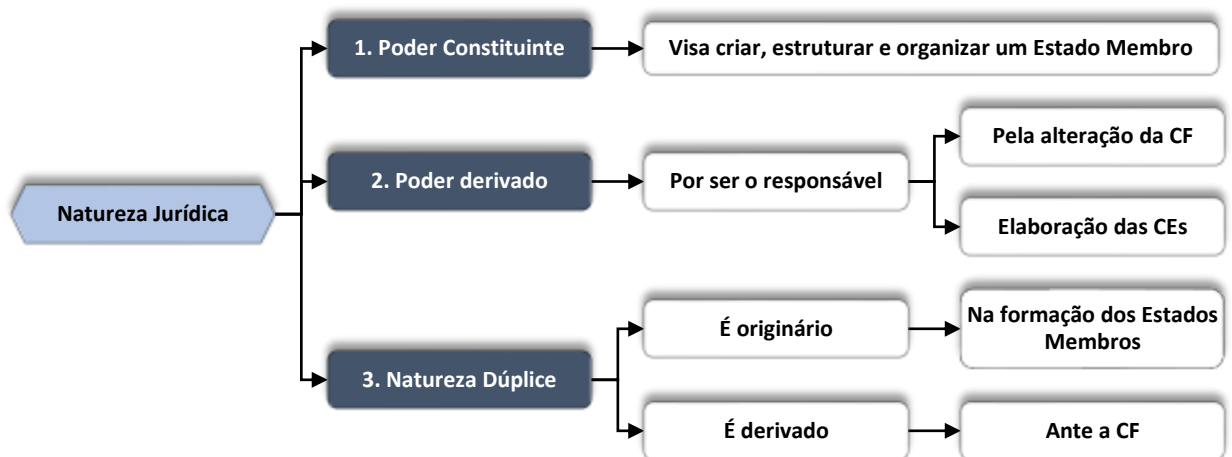
2.2.2. Natureza Jurídica

No que tange à natureza jurídica, o *Poder Constituinte Decorrente* advém da Constituição Federal, retirando da Magna Carta o seu fundamento de validade, sendo um poder jurídico, de Direito. A discussão na doutrina constitucionalista é se este poder é, de fato, um poder constituinte, ou se um poder derivado, ou se tem natureza dupla. Temos três posicionamentos acerca deste tema. Anna Cândida da Cunha Ferraz aduz ser um *poder constituinte*, por criar, estruturar e organizar um Estado Membro. O poder que o elabora é verdadeiramente constituinte, para esta concepção.

A posição majoritária defende a ideia de que é um *poder derivado*,³⁰ por ser responsável pela modificação da Constituição Federal e pela elaboração das Constituições dos Estados membros. Raul Machado Horta, defende a ideia de que há uma dupla natureza, por ser originário para a formação dos Estados Membros, mas derivado ante a Constituição Federal.³¹

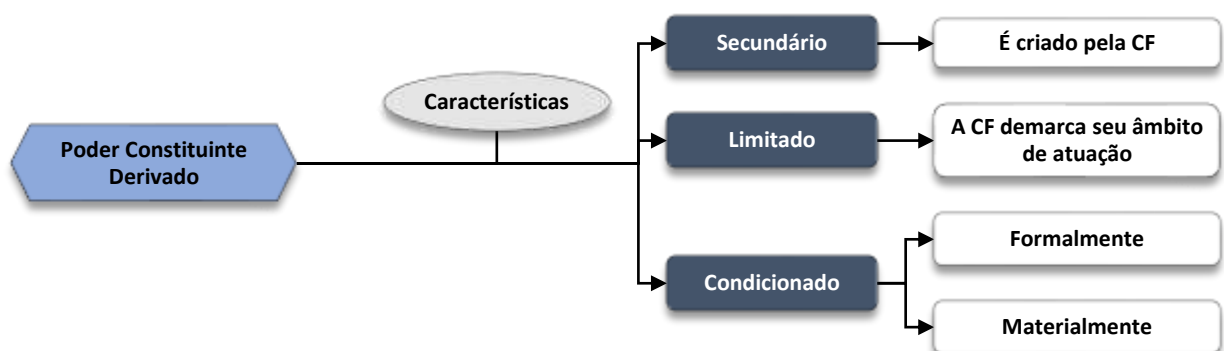
³⁰ Defendida no Brasil por Celso Ribeiro Bastos.

³¹ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



2.2.3. Características

As características são diametralmente opostas ao poder constituinte originário e, assim sendo, *é classificável como um poder derivado, secundário, ou seja, é um poder criado pela Constituição Federal, por intermédio do Poder Constituinte primário. Trata-se de um poder limitado, uma vez que a Constituição Federal demarca o seu âmbito de atuação. É um poder condicionado, apresentando determinadas condições para ser exercido, seja de cunho formal, seja material, impostos pela Constituição.*



Percebam que são características totalmente diversas do *poder constituinte originário*, podendo se falar em características *diametralmente opostas*. No tópico seguinte, vamos averiguar o *fundamento constitucional* do *poder constituinte decorrente*.

2.2.4. Fundamento constitucional

O *poder constituinte decorrente* apresenta seu fundamento constitucional de dois dispositivos constitucionais. Na parte *permanente* do texto da Magna Carta, o artigo 25 salienta que *os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e Leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição*. Assim sendo, a organização dos Estados se dará por intermédio de suas próprias Constituições. Ao elaborar as Constituições Estaduais, devem ser observados os princípios da Constituição Federal. No ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), o artigo 11 afirma que “Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta. Curiosamente, ao utilizar a expressão *poder constituinte*, valeu-se da concepção de Anna Cândida da Cunha Ferraz, acima exposto.

Da conjunção destes dois dispositivos acima, o **STF** adotou a expressão **princípio da simetria**, que impõe o dever de as constituições estaduais serem simétricas com a Federal, devendo seguir o modelo traçado pela Constituição Federal.³² São exemplos de normas que devem *obedecer ao princípio da simetria*:

³² **STF** - Afronta os princípios constitucionais da harmonia e independência entre os Poderes e da liberdade de locomoção norma estadual que exige prévia licença da Assembleia Legislativa para que o governador e o vice-governador possam ausentar-se do País por qualquer prazo. Espécie de autorização que, segundo o modelo federal, somente se justifica quando o afastamento exceder a quinze dias. Aplicação do princípio da simetria. [ADI 738, rel. min. Maurício Corrêa, j. 13-11-2002, P, DJ de 7-2-2003.] O **STF** ponderou que “a reserva de lei constante do art. 81, § 1º, da CF, que é nítida e especialíssima exceção ao cânone do exercício direto do sufrágio, diz respeito tão só ao regime de dupla vacância dos cargos de presidente e de vice-presidente da República, e, como tal, é da óbvia competência da União. E, considerados o desenho federativo e a inaplicabilidade do princípio da simetria ao caso, compete aos Estados-membros definir e regulamentar as normas de substituição de governador e de vice-governador. De modo que, quando, como na espécie, tenha o constituinte estadual reproduzido o preceito CF, a reserva de lei não pode deixar de se referir à competência do próprio ente federado. E, predefinido seu caráter não eleitoral, não há excogitar ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral estabelecido pelo art. 16 da CR”. [ADI 4.298 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 7-10-2009, P, DJE de 27-11-2009.]



Art. 27, § 1º e 2º: acerca do regime de subsídio dos deputados estaduais deve ser idêntico ao dos deputados federais.

Art. 28: a regra para a eleição para Presidente da República deve estender aos Governadores.

Art. 58, § 3º: neste caso, o STF salientou que as CPIs terão poderes de investigação próprio das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. Este regramento das CPIs não está previsto no âmbito das Assembleias Legislativas ou Câmaras Municipais, de modo que o STF salientou que (a) requerimento de 1/3 dos membros; e (b) apuração de fatos determinados e (c) por tempo certo; são de observância obrigatória pelos parlamentos estaduais e municipais.

Artigo 59 e seguintes: que versa sobre o processo legislativo, são de observância obrigatória pelos Estados e Municípios.

Art. 75: no artigo 74 fala apenas dos Tribunais de Contas da União, ao passo que o artigo 75 fala de *norma extensível expressa*, uma vez que aduz que “as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos

Municípios”. Como a competência para a escolha dos Conselheiros de Conas é do Presidente da República, no âmbito estadual será do Governador.

Artigo 83: versa sobre a separação de poderes e, necessariamente, é de observância obrigatória, como o caso de afastamento do chefe do Executivo por mais de 15 dias, que enseja autorização do Poder Legislativo.

2.2.5. Poder Constituinte Decorrente no Distrito Federal e nos Municípios

O **Distrito Federal** não possui uma Constituição, mas sim, uma *lei orgânica*, que apresenta natureza híbrida, uma vez que congloba as competências dos Estados Membros e dos Municípios, sendo um misto de Constituição Estadual e Lei Orgânica Municipal. A maioria da doutrina³³ salienta que no Distrito Federal há um poder constituinte decorrente, seja instituidor, seja revisor ou reformador.³⁴

No que tange aos **Municípios** temos o entendimento predominante acerca da inexistência do poder constituinte decorrente. Dirley da Cunha Jr. salienta que temos três níveis constitucionais: (a) Federal; (b) Estadual e (c) Municipal. O poder constituinte decorrente está submetido à Constituição Federal, ao passo que a Lei Orgânica Municipal está suscetível à duas Constituições, a Federal e a Estadual e, assim sendo, não há que se falar em *poder constituinte decorrente do poder constituinte decorrente*.³⁵ Assim sendo, enaltece o autor em comentário que só há que se falar em *poder constituinte decorrente* no âmbito estadual e distrital.

Por extrair sua força “constituinte” da Constituição Federal, e por ser também um ente federado (art. 1º e 18 da CF/88), vislumbramos que não faz sentido retirar dos Municípios a característica de *poder constituinte decorrente*. O duplo limite – federal e estadual – não é motivo para negar-lhe esta perspectiva. Assim sendo, vislumbramos que há um poder constituinte decorrente, seja instituidor, seja revisor ou reformador no âmbito municipal.³⁶

³³ Cf. CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional...**, 2017; LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático...**, 2019. GONÇALVES, Bernardo. **Curso...**, 2018. NOVELINO, **Curso...**, 2018.

³⁴ Também conhecido como de 2º grau.

³⁵ CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional...**, 2017.

³⁶ Neste sentido NOVELINO, **Curso...**, 2018; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.