

Noções Gerais

Conceito e Titularidade

O poder constituinte é a capacidade política em criar, alterar ou eliminar a vigência e o conteúdo de uma Constituição. Segundo a doutrina moderna, a titularidade e a legitimidade desse poder é de competência do povo. O poder constituinte pode ser categorizado em originário, derivado, difuso e supranacional.

Poder Constituinte Originário

Também conhecido como inicial, inaugural, genuíno ou de 1.º grau, é o poder que rompe com a ordem jurídica anterior e inicia uma nova (por isso inicial), originando um novo Estado. O poder constituinte originário é dotado de algumas características: é autônomo, pois o poder será exercido de forma soberana para a elaboração da nova Constituição; e também é ilimitado juridicamente por não precisar se submeter aos princípios propostos na Constituição anterior. É um poder de fato, político e permanente, pois a nova ordem jurídica estabelecida se inicia não anteriormente, mas com a materialização do poder (natureza pré-jurídica); e, uma vez que o poder constituinte originário não é consumido na elaboração de uma nova Constituição, conservando-se no modo de expressão da liberdade humana. O poder constituinte originário pode ser expressado de duas maneiras: pela outorga ou pela assembleia nacional constituinte (convenção). Na outorga ocorre a pronúncia unilateral do governante ou revolucionário; já na assembleia nacional constituinte realiza-se a representação popular a partir do debate da população. Por sua vez, o poder constituinte originário pode ser especificado em histórico (fundacional) e revolucionário. O histórico é o poder que forma o Estado pela primeira vez, sendo o revolucionário o poder que rompe com a antiga ordem e instaura uma nova, formando posteriormente novos Estados. Outra classificação é o poder constituinte originário formal e material. O formal é a criação, a atribuição de constitucionalidade a um conjunto de normas; o material qualifica o que é constitucional, permitindo que o primeiro atribua a consolidação da constitucionalidade.

Poder Constituinte Derivado

O poder constituinte derivado também pode ser chamado de poder constituinte instituído, constituído, secundário, de segundo grau e remanescente. Esse poder é criado e estabelecido pelo poder originário; por esse motivo tem a obrigação de atender as exigências impostas pelo originário para a produção das normas constitucionais, tornando-se limitado. Derivam do poder constituinte originário o reformador, o decorrente e o revisor, e, pela derivação, todos são limitados e vinculados ao poder constituinte originário, caracterizando-se como poder jurídico.

1. Reformador: tem a função de alterar a Constituição vigente, seguindo os protocolos estabelecidos pelo originário e, sem que para isso ocorra uma revolução. Esse tipo de poder possui natureza jurídica e é percebido pelas emendas constitucionais.
2. Decorrente: tem a finalidade de construir ou alterar a Constituição dos Estados-Membros, uma vez que a esses foi estabelecido pelo poder originário a capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração, desde que respeitem as determinações do poder constituinte originário. O Distrito Federal pode ser regido por lei orgânica, sendo que esta deve seguir os parâmetros criados pelo poder originário na Constituição Federal, conforme o art. 32, caput, da CF/88; a lei orgânica deverá ser votada em dois turnos com interstício mínimo de 10 dias e aprovada por 2/3 da Câmara Legislativa promulgadora. O Distrito Federal aproxima-se mais dos Estados-Membros do que propriamente dos Municípios, pois a relação do primeiro é direta com a Constituição Federal, enquanto os Municípios são relacionados à Constituição Estadual e à Constituição Federal. Os Municípios, por sua vez, podem elaborar leis orgânicas desde que estas estejam submetidas à Constituição Estadual e à Constituição Federal; dessa forma, observa-se a ocorrência de dois vínculos: com o estado e com a federação. Assim, as leis orgânicas dos Municípios não têm caráter de constitucionalidade, e sim de legalidade. Esse mesmo modo se aplica a Territórios Federais, uma vez que estes não apresentam autonomia federativa.
3. Revisor: é incumbido de inspecionar a Constituição por processos simples. De acordo com o art. 3.º do ADCT, a revisão constitucional seria realizada após cinco anos, a partir da data da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. A revisão deve ser feita, pelo menos, após cinco anos, podendo ser executada em prazo maior; apenas uma única vez produzirá efeitos, sendo permitido pelo mesmo artigo a elaboração de seis emendas constitucionais revisoras, sendo o poder esgotado após a realização do processo.

Poder Constituinte Difuso

O poder constituinte difuso é o poder capaz de atuar para a mutação constitucional. As alterações realizadas por esse poder são consequências das situações sociais, políticas e econômicas, sendo menos formal que o poder constituinte derivado revisor, atuando como poder de fato. Portanto, é a alteração da interpretação do texto constitucional e não necessariamente do corpo do texto. Esse poder é usado para melhor adequar as normas constitucionais ao momento histórico e às alterações sofridas pelo meio social, uma vez que a nova interpretação não poderá ferir as determinações do texto original.

Poder Constituinte Supranacional

O supranacional é onde cada Estado-Membro cede um fragmento de sua soberania em troca da construção de uma Constituição Comunitária, autenticando a cidadania universal. Esse poder atua externamente produzindo efeitos internos aos Estados, a partir do conceito de transconstitucionalismo para esgotar os problemas entre Constituições de um mesmo território.

Nova Constituição e Ordem Jurídica Anterior

Trata-se da relação do direito com o tempo, os direitos que foram conquistados, a retroatividade e irretroatividade das normas e do abuso dos governantes.

Recepção

Trata das leis que se tornaram infraconstitucionais a partir da manifestação da nova Constituição. Essas leis não são classificadas como inconstitucionais, porém são revogadas, uma vez que existe incompatibilidade com as definições da nova Constituição; dessa forma, fala-se que essas leis sofrem carência de recepção, enquanto as leis convergentes com a Constituição recém-construída são recepcionadas. É possível que apenas fragmentos da lei sejam recepcionados, sendo que a recepção e a revogação ocorrem no momento da promulgação da nova Constituição.

Para que uma norma seja recepcionada, analisa-se primeiro sua compatibilidade com a Constituição vigente à época de sua edição (tanto em sua forma quanto em sua matéria) e então, sendo compatível com aquela, analisa-se a compatibilidade material com a nova Constituição. Portanto, é possível que uma norma incompatível formalmente com a nova Constituição seja recepcionada em razão de sua matéria.

Repristinação

A repristinação é o fenômeno jurídico pelo qual normas revogadas voltariam a vigor em razão da revogação da norma que as havia revogado. Assim, por exemplo, normas revogadas pela Constituição anterior poderiam voltar a vigor em razão da revogação daquela. No Brasil, para que esse fenômeno ocorra deve haver previsão expressa nesse sentido.

Desconstitucionalização

Discorre sobre as leis compatíveis com a nova Constituição, as quais são recepcionadas com a condição de lei infraconstitucional. Como regra, a desconstitucionalização não ocorre no Brasil, mas pode ocorrer se o poder originário ao estabelecer a nova ordem jurídica expressar que assim seja.

Recepção Material de Normas Constitucionais

Nessa recepção, as normas da Constituição anterior que forem compatíveis com a nova Constituição seriam recepcionadas e aceitas por tempo determinado. A recepção material ocorre somente se a nova ordem jurídica assim decidir; caso contrário, as normas da antiga Constituição serão revogadas devido à regra da compatibilidade horizontal de normas de mesma hierarquia, a qual determina que a norma mais recente revoga a anterior.