A doutrina discute se o poder constituinte seria um poder de fato ou de direito.

Concepção Positivista

Para a concepção positivista, é um poder de fato: um poder político, extrajurídico, fora do âmbito do direito, não subordinado a nenhum limite jurídico e sem critério normativo que permita a sua identificação. É verificado na realidade concreta, não restringido por regra proveniente do ordenamento jurídico. Os principais adeptos da concepção positivista são:

1. **Carl Schimitt:** decisionismo – a Constituição é fruto de decisão política fundamental, de modo que o poder constituinte é o que permite o exercício desta decisão;
2. **Hans Kelsen:** a validade de determinada constituição é verificada a depender de sua eficácia social, sendo analisada na realidade concreta;
3. **Hebert Hart:** regra de reconhecimento – todas as demais normas dentro de um ordenamento jurídico buscariam fundamento de validade na regra de reconhecimento, mas esta não é ditada por critérios jurídicos propriamente ditos, é dada de acordo com os costumes e valores aceitos na sociedade e comunidade. Logo, o poder constituinte reflete, em última instância, um poder de fato.

Concepção Jusnaturalista

De acordo com a concepção jusnaturalista, é um poder de direito, ou seja, um poder jurídico, que, apesar de não encontrar limites no direito positivo anterior, está subordinado aos princípios do Direito Natural.

O poder constituinte pertence à esfera do Direito, na medida em que está sujeito a limites e condicionamentos sociais e jurídicos, atinentes ao respeito ao conteúdo mínimo dos direitos humanos e observância de procedimento democrático na elaboração da constituição. Embora não sujeito à ordem jurídica precedente, o poder constituinte está sujeito a alguns limites e condicionamentos, a exemplo dos próprios valores consagrados naquele Estado.

Concepção Intermediária

O poder constituinte é um poder tanto de fato quanto de direito. Não se pode negar que é um poder de fato, mas também tem um viés de poder jurídico, vez que há condicionantes à ordem jurídica.

Espécies de Poder Constituinte Originário

O poder constituinte originário pode ser dividido quanto ao modo de deliberação constituinte, ao momento de manifestação, ao papel de elaboração do documento constitucional.

Quanto ao modo de deliberação constituinte

1. **Concentrado (demarcado):** ocorre por meio de processo formal de elaboração da Constituição, culminando em uma Constituição escrita, como, por exemplo, a convocação de Assembleia Constituinte para elaboração do documento;
2. **Difuso:** ocorre de maneira informal, verificada ao longo da história, no decorrer do tempo em determinado Estado. Tem como consequência as Constituições consuetudinárias, costumeiras, formadas não por um procedimento formal, mas ao longo da história.

Quanto ao momento de manifestação

1. **Histórico:** refere-se à primeira Constituição do Estado;
2. **Revolucionário:** referente a todas as demais Constituições posteriores.

Quanto ao papel da elaboração do documento constitucional

1. **Material:** diz respeito aos valores e ideais consagrados na Constituição, o que será eleito como primordial no conteúdo pelo poder constituinte originário;
2. **Formal:** referente aos procedimentos que serão observados no transcurso da manifestação daquele poder com a instituição da nova ordem jurídica.