

APOSTILA

PODER CONSTITUINTE

LAÍS DEPRÁ MARTINS
(Aprovada na PGM/BH e PGE/SE)

LAURA DEPRÁ MARTINS
(Aprovada na PGE/SP, PGE/PE, PGE/TO E PGM/BH)

CEJUR
NORTE

PODER CONSTITUINTE

1. CONCEITO e TITULARIDADE

A doutrina define Poder Constituinte como sendo **aquele ao qual incumbe criar, alterar ou complementar uma Constituição.**

De fato, Poder Constituinte é a expressão maior da vontade de um povo (ou grupo) destinada a estabelecer os fundamentos de organização de sua própria comunidade. É capaz de criar as normas constitucionais, organizando o Estado, delimitando seus poderes e fixando-lhe suas competências.

A contribuição teórica de Emmanuel Sieyès para o tema é de suma importância. Ele separa o Poder Constituinte dos seus poderes constituídos: o Poder Constituinte institui uma nova ordem, marcando nitidamente uma diferença entre o ato de criação de uma Constituição e os atos jurídicos subsequentes, que se subordinam à ela. Assim, os poderes constituídos são o resultado dessa criação, isto é, são os poderes estabelecidos pela Constituição.

De acordo com a **doutrina moderna**, a **titularidade** do Poder Constituinte pertence ao **povo**. Entretanto, seu grande teórico Sieyès, apontava como titular a nação.

Obs.: Segundo Pedro Lenza, em provas, deve-se adotar o posicionamento de que a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, sabendo do conceito clássico exposto por Sieyes.

Como esse assunto foi cobrado em prova

FCC - 2018 - MPE-PB - Promotor de Justiça Substituto

A distinção entre poder constituinte e poder constituído, sendo aquele exercido pela nação, por meio de representantes para tanto investidos, é devida a:

- a) Jean-Jacques Rosseau, na obra “Do contrato social”.
- b) Emmanuel-Joseph Sieyès, na obra “O que é o Terceiro Estado?”.
- c) Alexis de Tocqueville, na obra “A democracia na América”
- d) Alexis de Tocqueville, na obra “O Antigo Regime e a revolução”.
- e) Montesquieu, na obra “O espírito das leis”.

Gabarito B

2. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO (PCO)

2.1 Conceito e natureza jurídica

O poder constituinte **originário** (também denominado inicial, inaugural, genuíno ou de 1.º grau) é aquele que **instaura uma nova ordem jurídica**, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente. Visa, portanto, à **desconstituição de uma ordem anterior** e a **constituição de uma nova ordem constitucional**.

Quanto à natureza do poder constituinte, a depender da concepção que se usa para entender e explicar o Direito (juspositivista ou jusnaturalista), pode-se considera-lo como um **poder de fato**, detentor de natureza essencialmente política, **ou poder de direito**, possuidor de natureza jurídica.

Para a corrente juspositivista, o Poder Constituinte é uma força fática, poder de fato que funda a si próprio e não tem como base norma jurídica. O Poder Constituinte é pré-jurídico, todas as normas jurídicas são frutos dele.

Por outro lado, a corrente jusnaturalista considera o poder constituinte como um poder de direito, haja vista admitir a existência de um direito natural (proveniente da natureza humana e dos ideais de justiça) que é anterior e superior a qualquer direito positivo.

Ressalta-se que, no direito pátrio, prevalece a vertente positivista, que considera o poder constituinte como um poder de fato, que se funda em si mesmo, sem se basear em nenhuma regra do direito anterior, detentor, portanto, de natureza essencialmente política.

2.2 Classificação

➤ Quanto à dimensão do Poder Constituinte:

a) Poder Constituinte **Material**, que segundo Bernardo Gonçalves, “pode ser traduzido no conjunto de forças político-sociais que vão produzir o conteúdo de uma nova Constituição, a partir da ruptura jurídico-positiva”. Assim, é aquele que **delimita os valores** que serão prestigiados pela nova Constituição **e a ideia de direito** que passa a vigorar no novo ordenamento. O Poder Constituinte Material será exteriorizado pelo Poder Constituinte Formal;

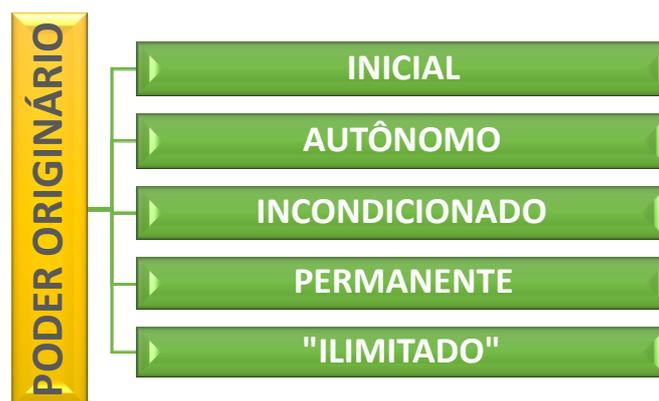
b) Poder Constituinte **Formal**: é aquele que **exprime e formaliza a ideia de direito construída por meio do Poder Constituinte Material**. De fato, o Poder Constituinte Formal será o grupo encarregado de redigir a Constituição.

➤ Quanto à manifestação histórica:

a) **Histórico** ou **fundacional**: Segundo Pedro Lenza, “histórico seria o verdadeiro poder constituinte originário, estruturando, pela primeira vez, o Estado.” Assim, é ele quem produz a primeira Constituição de um Estado;

b) **Revolucionário** ou **pós fundacional**: surge em Estados nacionais existentes que já possuem uma Constituição. Assim, parte de uma ruptura institucional da ordem vigente para elaborar a nova Constituição que sucederá uma anterior, revogando a precedente.

2.3 Características do Poder Constituinte Originário



a) **Inicial**: pois inaugura juridicamente um novo Estado, rompendo, por completo, com a ordem jurídica anterior;

b) **Autônomo**: só a ele cabe fixar os termos (as bases) em que a nova constituição será estabelecida. Para Nathalia Masson, é “a capacidade de definir o conteúdo que será implantado na nova Constituição, bem como sua estruturação e os termos de seu estabelecimento. De acordo com Canotilho, o poder é autônomo, pois, "a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve "dar -se" uma Constituição à Nação".”

c) **Incondicionado**: vez que não se submete a qualquer regra ou procedimento formal prefixado, ou seja, ele mesmo cria as regras procedimentais para a elaboração da nova Constituição;

d) **Permanente**: já que não se exaure com a elaboração da nova constituição. Ele permanece presente em situação de latência. Não desaparece quando finaliza seus trabalhos e institui um novo Estado jurídico, segue em estado de "hibernação" pois permanece com o povo.

e) **Ilimitado**: no sentido de que não tem de se submeter ao regramento posto no direito anterior. Isso quer dizer que as normas jurídicas anteriormente estabelecidas não são capazes de limitar a sua atuação.

Atenção:

Sobre ser caracterizado como ilimitado, algumas considerações devem ser feitas.

De início, Bernardo Gonçalves identifica três teorias a respeito do tema:

a) Para teoria positivista, o PCO é ilimitado do ponto de vista do Direito Positivo anterior, pois é um ponto zero, ou seja, uma marco inicial para criação de uma nova ordem jurídica, que se funda nele mesmo. Tem-se aqui a natureza do Poder Constituinte como poder de fato. Essa tradicionalmente é a tese adotada na doutrina nacional, apesar de estar, cada vez mais, sendo questionada.

b) Para a teoria jusnaturalista, o PCO não é ilimitado, pois ele irá observar os limites dos cânones do Direito Natural, como a liberdade, igualdade, a não discriminação...

c) Teoria (de tendência) Sociológica: Segundo Bernardo Gonçalves, para esta teoria, o PCO é autônomo, pois exerce funções ilimitadas do ponto de vista do Direito Positivo anterior, não estando,

a princípio, preso a nenhum direito positivo pretérito, mas guarda um limite no movimento revolucionário que o alicerçou, ou seja, no movimento de ruptura que o produziu. Nesse sentido, o PCO guarda limite nele mesmo (na sociedade que está rompendo com o passado e construindo algo novo).

Conforme a Pedro Lenza: “Como o Brasil adotou a corrente positivista, o poder constituinte originário é totalmente ilimitado (do ponto de vista jurídico, reforce-se), apresentando natureza pré-jurídica, uma energia ou força social, já que a ordem jurídica começa com ele e não antes dele. Assim, para o Brasil e os positivistas, nem mesmo o direito natural (por alguns denominado direito suprapositivo) limitaria a atuação do poder constituinte originário.”

Seria, assim, um poder ilimitado no sentido de estar desvinculado e não subordinado ao regramento jurídico-positivo anterior.

Entretanto, o próprio autor (Lenza) mostra argumentos de que a não vinculação às normas jurídicas anteriores não significa que o Poder Constituinte seja um poder arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações.

Assim sendo, para Bernardo Gonçalves, modernamente, o PCO tem limitações de ordem:

- a) Espaciais (territoriais): vinculando o Poder Constituinte a uma base territorial determinada;
- b) Culturais: sendo o povo o titular do Poder Constituinte, é de se esperar um condicionamento a partir de tradições, da cultura, enfim, do pano de fundo cultural compartilhado por aquela sociedade;
- c) Direitos humanos: consolidando-se a partir da segunda metade do séc. XX, passou-se a defender uma limitação do PCO a direitos suprapositivos ou provenientes dos tratado pactuados sobre

direito internacional.

OBS.: Todas as digressões sobre o tema em discussão acima acabam influenciando as questões de prova. Veja que duas questões da mesma banca (Cespe) trazem concepções diferentes sobre o tema.

Na questão para o cargo de analista judiciário do TRT8, a banca considerou incorreta a assertiva D, que traz a seguinte afirmação “inadmissível, por exemplo, uma nova Constituição que desrespeite as normas internacionais de direitos humanos”. Perceba que a banca levou em consideração o tradicional entendimento da corrente positivista, que determina ser o Poder Constituinte Originário ilimitado do ponto de vista jurídico.

Por outro lado, na questão do concurso para AGU, em 2015, a mesma banca considerou correta a assertiva que afirma que o poder constituinte originário, “apesar de ser ilimitado juridicamente, encontra limites nos valores que informam a sociedade”. Tal concepção está mais ligada a ideia da corrente jusnaturalista.

CESPE - 2016 - TRT - 8ª Região (PA e AP) - Analista Judiciário -
Área Judiciária

Acerca do poder constituinte e dos princípios fundamentais da CF, assinale a opção correta.

a) Nas relações internacionais, o Brasil rege-se, entre outros princípios, pela soberania, pela dignidade da pessoa humana e pelo pluralismo político.

b) O preâmbulo da CF constitui vetor interpretativo para a compreensão do significado de suas prescrições normativas, de modo que também tem natureza normativa e obrigatória.

c) O titular do poder constituinte é aquele que, em nome do

povo, promove a instituição de um novo regime constitucional ou promove a sua alteração.

d) Embora seja, em regra, ilimitado, o poder constituinte originário pode sofrer limitações em decorrência de ordem supranacional, sendo inadmissível, por exemplo, uma nova Constituição que desrespeite as normas internacionais de direitos humanos.

e) O poder constituinte derivado reformador efetiva-se por emenda constitucional, de acordo com os procedimentos e limitações previstos na CF, sendo passível de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF)

Gabarito E

CESPE - 2015 - AGU - Advogado da União

Julgue o item a seguir, relativo a normas constitucionais, hermenêutica constitucional e poder constituinte.

Diferentemente do poder constituinte derivado, que tem natureza jurídica, o poder constituinte originário constitui-se como um poder, de fato, inicial, que instaura uma nova ordem jurídica, mas que, apesar de ser ilimitado juridicamente, encontra limites nos valores que informam a sociedade.

- Certo
- Errado

Gabarito Certo

Como esse assunto foi cobrado em prova

CESPE - 2018 - PC-MA - Delegado de Polícia Civil

4. O poder constituinte originário:

- a) É fático e soberano, incondicional e preexistente à ordem jurídica.
- b) É reformador, podendo emendar e reformular.
- c) É decorrente e normativo, subordinado e condicionado aos limites da própria Constituição.
- d) É atuante junto ao Poder Legislativo comum, com critérios específicos e de forma contínua.
- d) É derivado e de segundo grau, culminando em atividade diferida.

Gabarito A

Importante

O Poder Constituinte Originário não é passível de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, as normas originárias da Constituição Federal não podem ser objetos de ação direta de inconstitucionalidade. Certo é que o Brasil não adota a teoria que admite a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais.

2.4 Formas de expressão

Quanto ao exercício (ou formas de expressão) do poder constituinte, tem-se:

- **Exercício democrático:** está ligado ao respeito da vontade popular, que se manifesta por processo democrático indireto: o povo escolhe os seus representantes, que se tornam responsáveis pela elaboração de um novo documento constitucional, que renovará o

ordenamento jurídico. O poder constituinte atuará por meio de uma **Assembleia Nacional Constituinte, ou uma Convenção Constituinte**, destacando-se os seguintes exemplos: CF de 1891, 1934, 1946 e 1988.

- Exercício autocrático (outorga): a Constituição é estabelecida por um indivíduo ou um grupo que alcança o poder sem resquício de participação popular, constituindo o que se denomina poder constituinte usurpado. Exemplos: CF de 1824, 1937, 1967 e EC n. 1/69.

Como esse assunto foi cobrado em prova

CESPE - 2017 - TRT - 7ª Região (CE) - Analista Judiciário - Área Judiciária

A respeito das características do poder constituinte e de sua configuração em originário ou derivado, assinale a opção correta.

a) A criação de novos territórios federais é exemplo do exercício do poder constituinte derivado decorrente.

b) A outorga e a convenção são formas de expressão do poder constituinte originário.

c) A tese da existência de hierarquia entre normas constitucionais decorrentes do exercício do poder constituinte originário é aceita pelo STF.

d) O sistema constitucional brasileiro admite a teoria da dupla revisão.

Gabarito B

2.5 Poder Constituinte Originário e Direitos Adquiridos

A nova Constituição pode determinar que se respeitem os benefícios daqueles cidadãos que já tiverem usufruindo seus direitos adquiridos sob a égide da Constituição anterior. Mas, a nova Constituição pode dispor diferente, eliminando tal benefício, já que o PCO é tido como incondicionado e ilimitado juridicamente.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF se firmou no sentido de não reconhecer a invocação de “direito adquiridos” que sejam contrários à Constituição em vigor. Desse modo, apenas o próprio constituinte pode criar exceções ou regras de transições, se entender como melhor tal circunstância.

Conclui-se, então, que inexistente alegação de "direitos adquiridos" perante a nova Constituição, perante o trabalho do Poder Constituinte Originário. Por outro lado, se o direito que foi adquirido conforme o regramento anterior não contrariar o novo texto constitucional ele poderá ser normalmente exercido, pois a nova Constituição o reconhece e o aceita, uma vez que compatível com o novo ordenamento.

Aprofundando o tema - Graus de retroatividade da norma constitucional

- Retroatividade máxima – a lei nova alcança os fatos consumados no passado.
- Retroatividade média - a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela.
- Retroatividade mínima – a lei nova atinge efeitos futuros de negócios firmados antes do advento dela.

Nas palavras de Lenza: “O STF vem se posicionando no sentido de que as normas constitucionais fruto da manifestação do poder constituinte originário têm, por regra geral, **retroatividade mínima**, ou seja, aplicam-se a fatos que venham a acontecer após a sua

promulgação, referentes a negócios passados.” Ou seja, a Constituição, ao aplicar-se de imediato, não desfaz os efeitos passados de fatos passados, mas alcança os efeitos futuros de fatos a ela anteriores.

Ressalta-se, que, é possível a retroatividade máxima e média da norma introduzida pelo constituinte originário desde que haja expressa previsão na Constituição.

Como esse assunto foi cobrado em prova

CESPE - 2017 - MPE-RR - Promotor de Justiça Substituto

A respeito do poder constituinte, assinale a opção correta.

- a) É possível a realização de controle de constitucionalidade das normas constitucionais originárias em razão de princípios de justiça substantiva subjacentes ao texto constitucional.
- b) Propostas de emenda à CF não podem sofrer controle de constitucionalidade preventivo em razão de seu conteúdo.
- c) Uma nova Constituição não pode ter eficácia retroativa média e máxima, ainda que assim nela esteja expresso.
- d) O poder constituinte originário pode limitar os proventos de aposentadoria que sejam percebidos em desacordo com a CF, não sendo oponível, nesse caso, a alegação de direito adquirido.

Gabarito D

3. PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O Poder Constituinte Derivado é também denominado instituído, constituído, secundário, de segundo grau, remanescente. É criado e instituído pelo originário (PCO). Assim, deve obedecer às regras

colocadas e impostas pelo PCO, sendo, nesse sentido, **limitado** e **condicionado** aos parâmetros a ele impostos. Assume, portanto, a natureza jurídica de **poder jurídico** (ou poder de direito).

De acordo com Bernardo Gonçalves, o Poder Constituinte Derivado é **dividido em Derivado de Reforma e Derivado Decorrente**. Para o autor, o Poder Constituinte Derivado de Reforma é gênero que apresenta duas espécies: a Revisão (reforma geral ou global do texto constitucional) e as Emendas (reformas pontuais do texto).

Por outro lado, Pedro Lenza aponta que o Poder Constituinte Derivado é subdividido em Reformador, Decorrente e Revisor.

Por questões didáticas, iremos seguir a divisão de Pedro Lenza.

3.1 Poder Constituinte Derivado REFORMADOR

A ideia de um poder constituinte derivado de reforma está ligada à necessidade de adaptação e atualização da constituição ao passar do tempo. Assim, o próprio Poder Constituinte Originário traz em sua construção a **previsão de um mecanismo de alteração da Constituição**, dotado de limites e condições.

A manifestação do poder constituinte reformador verifica-se através das **EMENDAS CONSTITUCIONAIS** (arts. 59, I, e 60 da CF/88).

Como já dito, o poder constituinte derivado é limitado e condicionado, desse modo, o próprio PCO estabeleceu os limites que devem ser observados na formulação de uma emenda constitucional.

A seguir, apresentaremos as limitações ao poder de reformar a Constituição:

→ **Limites formais**: o texto constitucional consagra um procedimento próprio para que se opere as alterações em seu texto. Os limites formais à reforma da constituição são subdivididos em:

Limites formais subjetivos (art. 60, I, II, III, CF/88): diz respeito à iniciativa para deflagração do processo de emenda. Nesses termos, indica a CF/88 que a Constituição poderá ser emendada mediante proposta de:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Atenção – iniciativa popular para PEC?

José Afonso da Silva entende que o povo também teria legitimidade para apresentar proposta de emenda constitucional (PEC), assim, para ele, é possível a iniciativa popular para PECs. O seu fundamento é uma interpretação sistemática dos art. 1º, parágrafo único, art. 14 e art. 61, §2º, da CF/88. Porém, trata-se de **corrente minoritária**, já que **a doutrina majoritária só aceita como legitimados para apresentação de PECs as pessoas referidas no art. 60, I, II e III** (através de interpretação literal da CF).

Atenção!!!

Segundo o STF, em âmbito estadual, as Constituições Estaduais podem estabelecer iniciativa popular para PEC.

“A **iniciativa popular de emenda à Constituição Estadual** é compatível com a Constituição Federal, encontrando fundamento no art. 1º, parágrafo único, no art. 14, II e III e no art. 49, VI, da CF/88.

Embora a Constituição Federal não autorize proposta de iniciativa popular para emendas ao próprio texto, mas apenas para normas infraconstitucionais, não há impedimento para que as

Constituições Estaduais prevejam a possibilidade, ampliando a competência constante da Carta Federal. (STF. Plenário. ADI 825/AP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/10/2018 (Info 921)).”

Obs.: A Constituição do Estado do Pará prevê a iniciativa popular para PEC em seu art. 103, V.

Como esse assunto foi cobrado em prova

VUNESP - 2018 - TJ-RS - Juiz de Direito Substituto

A iniciativa popular no processo de reforma da Constituição Federal de 1988

a) Não é contemplada pelo texto constitucional vigente, posto que este prevê que todo poder emana do povo, que o exercerá exclusivamente por meio de representantes eleitos.

b) É vedada pelo texto constitucional vigente, que prevê que a participação popular se dará exclusivamente por meio do voto, do plebiscito e do referendo.

c) É prevista expressamente pelo texto constitucional, podendo ser exercida pela apresentação de proposta subscrita por, no mínimo, cinco por cento do eleitorado nacional.

d) Não é prevista expressamente pelo texto constitucional, muito embora seja admitida por alguns autores, com fundamento em uma interpretação sistemática da Constituição Federal.

e) É prevista expressamente pelo texto constitucional, podendo ser exercida pela apresentação de proposta subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional.

Gabarito D

Limites formais objetivos (art. 60, parágrafos 2º, 3º e 5º, CF/88)

- diz respeito ao turno de votação, quórum para aprovação, forma de promulgação e possibilidade de reapresentação de propostas de emenda rejeitada:

Art. 60, §2º: “A proposta 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”. Nesse sentido, primeiro ocorre a votação na Casa na qual a PEC foi apresentada e só se aprovada em dois turnos (com 3/5 dos votos dos membros da Casa em cada turno) é que será apreciada na outra Casa também em dois turnos (e também com 3/5 de votos).

Art. 60, §3º: “A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.” Atente-se para o fato de que o Presidente da República não participa desse processo. Não há sanção ou veto à emenda constitucional. O Presidente só é um dos legitimados para apresentação de PEC. Ademais, a promulgação NÃO irá ocorrer pela Mesa do Congresso Nacional, mas sim pela mesa de ambas as Casas (Câmara e Senado).

OBS.: No caso da Revisão Constitucional (já realizada no ordenamento pátrio) que tramitou em Sessão Unicameral (sessão que estabelece a junção da Câmara com o Senado) a promulgação foi proferida pela Mesa do Congresso, e não pela mesa de ambas as Casas.

Art. 60, § 5º: “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.” Assim sendo, uma nova

proposta só pode ser apresentada no outro ano legislativo. (O ano legislativo se inicia, em regra, dia 2 de fevereiro, nos termos do art. 57 da CF: “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.”)

ATENÇÃO: NÃO SE CONFUNDA!

Em relação à matéria constante de **projeto de lei**, esta poderá sim constituir objeto de um novo projeto na mesma sessão legislativa, desde que haja proposta da maioria absoluta dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional, conforme art. 67, CF/88.

No caso de **medida provisória** rejeitada, expressa ou tacitamente (perda de eficácia por decurso de prazo) esta não poderá ser reeditada na mesma sessão legislativa (art. 62, §10, CF/88).

Assim, em síntese: se uma PEC ou uma MP forem rejeitadas em uma sessão legislativa, a matéria que elas veiculavam somente poderá ser objeto de nova discussão (no caso da PEC) ou reedição (no caso de MP) quando uma nova sessão legislativa for inaugurada, no dia 02 de fevereiro do ano seguinte (art. 57, CF/88). Por outro lado, a matéria constante de um projeto de lei que tenha sido rejeitado numa sessão legislativa poderá constituir objeto de um novo projeto, na mesma sessão, bastando que haja requerimento da maioria absoluta dos membros de quaisquer das casas do Congresso.

→ **Limites Circunstanciais** – De acordo com o art. 60, §1º da CF, em determinadas situações de desequilíbrio não haverá alteração da Constituição. Nesse sentido, “a Constituição não poderá ser emendada na vigência de **intervenção federal**, de **estado de defesa** ou de **estado de sítio**.”

→ **Limites Materiais:**

Explícitos: Os limites presentes no art. 60, §4º da CF são intitulados de limites materiais explícitos, na medida em que o PCO deixou expresso as matérias que não poderiam ser abolidas da normatividade constitucional, formando um núcleo intangível da Constituição Federal. São as chamadas **cláusulas pétreas**. Atente-se para o fato de que essas matéria podem ser objetos de emenda constitucional caso venham sofisticar ou ampliar a proteção constitucional. Nesses termos, reza a Constituição que não pode ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Implícitos: esses limites materiais dizem respeito a determinadas matérias que, embora não estejam expressamente impedidas de serem abolidas nos termos literais do §4º do art. 60 da CF/88, também não podem ser suprimidas, sob pena de desvirtuar o núcleo essencial do sistema constitucional engendrado pelo PCO. De acordo com Bernardo Gonçalves:

- Não é possível a revogação do art. 60, §4º, da CF (que enumera os limites explícitos). Aqui, entende-se que se possível a revogação desse dispositivo, a obra do PCO teria sido em vão, uma vez que para suprimir matérias protegidas pelas cláusulas pétreas bastaria

revogar o art. 60, §4º. Portanto, implícito na obra do PCO está a impossibilidade de abolir os limites materiais explícitos.

- Não é possível a modificação dos titulares do Poder Constituinte derivado, nem modificação do procedimento de reforma da Constituição.
- Impossibilidade de revogação dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil presentes nos art. 1º a 4º da CF/88.

Atenção

O **STF** vem entendendo que as limitações materiais do art. 60, §4º, IV não são apenas aos direitos previstos no art. 5º, mas alcançam outros direitos fundamentais individuais alocados na Constituição. Nesse sentido, há precedentes do STF (ADIs 939, 3.685 e 3.105) reconhecendo o **princípio da anterioridade tributária** (art. 150, III, b, CF), o **princípio da anterioridade eleitoral** (art. 16 da CF) e o **princípio da isonomia tributária** (art. 150, II, CF), como direitos fundamentais que merecem proteção ao mecanismo de reforma.

Aprofundando o tema

Há corrente doutrinária (**minoritária**) que parte do pressuposto de que as normas que estabelecem as cláusulas pétreas apresentam preceitos juridicamente vinculantes, mas não imunes às alterações e revogações, é a chamada tese da **dupla revisão**.

De acordo com Bernardo Gonçalves, a teoria da dupla revisão é a possibilidade advogada por alguns doutrinadores de aprovação de uma emenda para suprimir limites materiais ou mesmo limites formais, para posteriormente, suprimir direitos e garantias constitucionais. No Brasil, essa teoria não é adotada.

Para facilitar o entendimento do tema, Nathalia Masson descreve o seguinte exemplo: “se permitíssemos a dupla revisão teríamos a seguinte (e inaceitável) situação: primeiro uma PEC incidiria sobre o art. 60, abolindo o inciso I do parágrafo 4º, de modo que a forma federativa de Estado não mais estaria amparada enquanto cláusula pétrea; assim, poderia uma próxima PEC suprimir diretamente a federação e adotar a forma de Estado unitária.”

Segundo Lenza, é por isso que a doutrina majoritária identifica como limitações implícitas ao poder de reforma a impossibilidade de se alterar o titular do poder constituinte originário e o titular do poder constituinte derivado reformador, bem como a proibição de se violar as limitações expressas, “não tendo sido adotada, no Brasil, portanto, a teoria da dupla revisão, ou seja, uma primeira revisão acabando com a limitação expressa e a segunda reformando aquilo que era proibido”.

Atenção

Segundo Gilmar Mendes, a estrutura das cláusula pétreas é mais principiológica do que redacional. Assim sendo, não é a alteração de sua redação que se mostra vedada pelo constituinte originário, mas a desnaturação de seu **núcleo essencial**

Nesse sentido, Nathalia Masson assevera que “pacificou-se na doutrina que a locução “tendente a abolir” constante do art. 60, § 4º, CF/88, só ampara o núcleo essencial do tema que o constituinte quis proteger, não garantindo sua absoluta intangibilidade.”

Assim, o que se veda é a desfiguração completa da obra do PCO, descaracterizando o projeto axiológico por ele estruturado. E não simples alterações redacionais ou na disciplina do tema. Se o núcleo

essencial da cláusula continua incólume, não há porque rechaçar a emenda. No mesmo sentido, as matérias constantes no art. 60, §4º podem, obviamente, ser modificadas com intuito de sofisticá-las.

Como esse assunto foi cobrado em prova

MPE-BA - 2018 - MPE-BA - Promotor de Justiça Substituto –
prova anulada

Sobre as limitações ao poder de reforma constitucional previstas na Constituição Federal e interpretadas pelo Supremo Tribunal Federal, responda:

I - A Constituição Federal prevê a possibilidade de emendamento mediante iniciativa popular, através da apresentação ao Congresso Nacional de proposta de emenda subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco Estados.

II - É lícito ao Estado-membro condicionar a reforma da Constituição estadual à aprovação da respectiva proposta por quórum mais elevado do que o previsto na Constituição Federal para o emendamento desta, sendo vedado aos Estados apenas a fixação de quórum inferior ao previsto na Constituição Federal.

III - O princípio da anterioridade eleitoral, embora não expressamente enumerado no artigo 5.º da Constituição Federal, caracteriza-se como uma garantia fundamental, oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado.

IV - As limitações materiais ao poder constituinte de reforma protegem apenas o núcleo essencial dos princípios e institutos alcançados pelas cláusulas pétreas constantes do artigo 60, § 4.º, da Constituição Federal, não se revelando inconstitucionais alterações

literais da respectiva disciplina na Constituição originária.

Estão certos apenas os itens:

- a) I e II
- b) I e III
- c) II e III
- d) II e IV.
- e) III e IV.

Gabarito E

Atenção: Manifestação do Judiciário para proteção das cláusulas pétreas.

É fato que o Poder Judiciário pode ser acionado para se manifestar quanto à (in)constitucionalidade de determinada emenda constitucional que tenha violado cláusula pétrea.

Aqui, chama-se a atenção do leitor para possibilidade de se questionar desobediência à cláusula pétrea antes mesmo da proposta (PEC) se transformar em emenda constitucional. É o chamado controle judicial preventivo de constitucionalidade, via mandado de segurança, que tem como único legitimado o parlamentar federal (Deputado Federal ou Senador), no caso. Trata-se, de controle exercido, no caso concreto, pela via de exceção ou defesa, ou seja, de modo incidental.

Detectada a tramitação de uma proposta de emenda que distorça o devido processo legislativo ou que venha contrariar cláusula pétrea, poderá o parlamentar federal, integrante da Casa Legislativa na qual a proposta estiver em discussão/votação, impetrar mandado de segurança perante o STF, para questionar a inobservância do seu direito ao devido processo legislativo constitucional. Ressalta-se que, havendo perda superveniente do mandato parlamentar pelo impetrante do *writ*, a consequência será a extinção do mandado de segurança por

ausência superveniente de legitimidade ativa *ad causam*.

OBS.: Segundo o STF, a Constituição admite o controle judicial preventivo, por meio de mandado de segurança a ser impetrado exclusivamente por parlamentar, em duas únicas hipóteses:

- PEC manifestamente ofensiva à cláusula pétrea ou em cuja tramitação se verifique manifesta violação ao devido processo legislativo
- Projeto de lei em cuja tramitação se verifique manifesta violação ao devido processo legislativo

Então, não confunda: em relação a projeto de lei, o STF restringiu o controle preventivo apenas para a hipótese de violação ao devido processo legislativo, não se admitindo a discussão sobre a matéria.

Obviamente, se já promulgada a emenda, o seu questionamento em razão de desrespeito aos limites impostos pelo PCO pode se dar na via concentrada (pelos legitimados à ADI) ou na via difusa (por qualquer indivíduo) no curso de um caso concreto por meio do controle difuso.

Aprofundando o tema - E os direitos sociais?

Uma vez que o inciso IV do art. 60, § 4º, CF/88 expressou proteção somente aos direitos e garantias individuais, há divergência doutrinária quanto à proteção de outros direitos fundamentais, em especial aos direitos sociais.

Há corrente que defende que, uma vez não havendo inclusão expressa pelo Constituinte Originário, deve-se assumir a ausência de

proteção especial aos direitos sociais.

Por outro lado, corrente contrária entende que não é possível excluir os direitos sociais do rol de cláusulas pétreas tomando por base o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF) como fundamento da República, que deve ser compreendido juntamente com as normas do valor social do trabalho (art. 1º, IV), da sociedade justa e solidária (art. 3º, I, CF), e da erradicação da pobreza e marginalização e redução de desigualdades sociais (art. 3º, III, CF).

Importante mencionar que o STF ainda não se pronunciou, de forma conclusiva, sobre o tema.

Atenção

→ **Limites Temporais** – Diz respeito a uma determinação feita pelo Poder Constituinte Originário no sentido de impedir as manifestações do Poder Constituinte Derivado em um determinado lapso temporal. Fundamenta-se na busca de estabilização das relações jurídicas em determinado momento no tempo.

Para corrente majoritária, em relação a nossa atual Constituição, **não há limitação temporal para o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador** (aquele feito via emendas constitucionais). De acordo com Nathalia Masson, o único documento constitucional pátrio que estabeleceu essa espécie de limitação foi a Constituição do Império, de 1824.

Porém, foi estabelecido limite temporal para o exercício do Poder Constituinte Derivado Revisor, previsto no art. 3º do ADCT. De acordo com esse dispositivo, foi posto que a Revisão Constitucional só poderia ser realizada após cinco anos de promulgação da Constituição.

3.2 Poder Constituinte Derivado DECORRENTE

Em síntese, o Poder Constituinte Derivado Decorrente é tido como a capacidade conferida pelo Poder Constituinte Originário aos Estados membros, enquanto entidades autônomas da Federação, para elaborarem suas próprias Constituições. Essa capacidade decorre da autonomia político-administrativa que os Estados têm de se auto organizar por meio de suas constituições estaduais.

Foi categórico o poder constituinte originário ao definir que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição" (art. 25 da CF/88). Assim, os Estados têm a capacidade de elaborar suas próprias cartas constitucionais, desde que, é claro, observem as regras que foram estabelecidas pelo poder constituinte originário.

Pode ser chamado de "**decorrente instituidor (ou inicial)**", quando cria a Constituição de um Estado, ou de "**decorrente reformador (ou anômalo)**", quando realiza alterações no seu texto. Nesse sentido, Bernardo Gonçalves assevera que "não há que se falar em Revisão (reforma global) dos textos das Constituições Estaduais, em razão da falta de previsão de tais revisões na Constituição da RFB, sendo possível apenas reformas via emendas."

Em sendo um poder derivado, é caracterizado como:

- poder de direito (institucionalizado pela Constituição, possuidor, pois, de natureza jurídica)
- limitado
- condicionado
- secundário ou de 2º grau

Assim, deve obedecer às normas fixadas (limites) na Constituição da República, quais sejam: princípios constitucionais sensíveis;

princípios constitucionais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos.

Sobre o tema, utiliza-se a lição de Marcelo Novelino, mencionada nos informativos de jurisprudência comentados no site Dizer o Direito:

Os *princípios constitucionais sensíveis* representam a essência da organização constitucional da federação brasileira e estabelecem limites à autonomia organizatória dos Estados-membros (CF, art. 34, VII).

Os *princípios constitucionais extensíveis* consagram normas organizatórias para a União que se estendem aos Estados, por previsão constitucional expressa (CF, arts. 28 e 75) ou implícita (CF, art. 58, § 3º; arts. 59 e ss.).

Os *princípios constitucionais estabelecidos* restringem a capacidade organizatória dos Estados federados por meio de limitações expressas (CF, art. 37) ou implícitas (CF, art. 21)."

Como esse assunto foi cobrado em prova

CESPE - 2018 - DPE-PE - Defensor Público

Com relação ao conceito, às espécies e às características do poder constituinte decorrente, assinale a opção correta.

- a) Trata-se do poder incumbido aos estados-membros de auto-organização.
- b) Classifica-se como originário se incondicionado ou derivado quando se resume a alterar texto pré-existente.
- c) Possui as mesmas limitações materiais que o poder constituinte originário.

d) O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 é manifestação do poder constituinte decorrente.

e) O poder constituinte decorrente reformador manifesta-se por intermédio do Congresso Nacional por ocasião das emendas à Constituição Federal de 1988.

Gabarito A

Atenção: Há poder constituinte derivado decorrente nos Municípios?

A corrente majoritária entende que NÃO há nos municípios poder constituinte decorrente. Os fundamentos apontados pela doutrina são:

a) interpretação de que a CF/88 não dispôs literalmente sobre uma Constituição para os municípios (os Municípios regem-se por Lei Orgânica);

b) a subordinação das Leis Orgânicas municipais às Constituições Estaduais e à Constituição Federal, nos termos do art. 29, CF/88, e assim, não poderíamos ter um poder constituinte decorrente de um poder constituinte que já é decorrente (presente nos Estados-membros).

Portanto, apesar de serem consideradas entidades autônomas, com capacidade de autogoverno, autoadministração e auto-organização, o poder constituinte decorrente não se manifesta nos Municípios.

E em relação ao Distrito Federal?

Apesar de certa divergência, a doutrina majoritária entende que o poder derivado decorrente atua no Distrito Federal (mas não nos

Municípios, conforme demonstrado acima).

O Distrito Federal possui, por força do art. 32, § 1º, CF/88, as mesmas competências legislativas reservadas aos Estados-membros.

De acordo com o art. 32, caput, da CF/88, o DF também será regido por Lei Orgânica. Mas, assim como ocorre com as Constituições Estaduais, a Lei Orgânica do Distrito Federal é um documento que só está submetido à Constituição da República.

Por esse motivo, na Reclamação 3.436, o STF asseverou que a Lei Orgânica do DF deve ser parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos distrital. Segundo o Supremo, a LODF seria um verdadeiro estatuto constitucional.

Além disso, o art. 30 da Lei 9.868/99 prevê expressamente que a Lei Orgânica do Distrito Federal é parâmetro para o controle de constitucionalidade concentrado das leis e dos demais atos normativos distritais. Desse modo, a Lei Orgânica do DF pode ser entendida como manifestação do poder constituinte derivado decorrente.

3.3 Poder Constituinte Derivado REVISOR

O poder constituinte derivado revisor, assim como o reformador e o decorrente, é fruto do trabalho de criação do PCO, estando, portanto, a ele vinculado. É, ainda, **condicionado** e **limitado** às regras instituídas pelo originário, sendo, assim, um poder jurídico.

Segundo Bernardo Gonçalves, a Revisão se apresenta como uma reforma geral ou global do texto constitucional, ao passo que as Emendas são consideradas reformas pontuais.

O art. 3º do ADCT determinou que a revisão constitucional somente poderia ser efetivada depois de passados cinco anos da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos integrantes do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Entende-se que a Revisão foi prevista como forma de atualizar e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessárias.

Nas palavras de Lenza: “Como o próprio texto constitucional prescreve, após 5 anos, contados de 05.10.1988, seria realizada uma revisão na Constituição. Desde já observamos que referida revisão constitucional deveria dar-se após, pelo menos, 5 anos, podendo ser 6, 7, 8 ... **e apenas uma única vez, sendo impossível uma segunda produção de efeitos.**”

De fato, a revisão à CF/88 ocorreu em 1994 e culminou com a aprovação de apenas 6 Emendas Constitucionais de Revisão, não sendo mais possível nova manifestação do poder constituinte revisor em razão da “eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada da aludida regra.”

A corrente majoritária entende que a revisão constitucional teve que respeitar os **limites materiais** presentes no art. 60, §4º, da CF/88, assim, não pôde suprimir as normas protegidas pelas cláusulas pétreas.

Ademais, conforme explicitado acima, a revisão somente poderia ser efetivada após 5 anos da promulgação da CF, sendo este fato considerado como um **limite temporal** ao poder constituinte revisor (lembre-se o limite temporal é inexistente no poder constituinte derivado reformador).

Por fim, observa-se um procedimento mais simplificado do que aquele previsto para as emendas constitucionais fruto da reforma, a saber: **sessão unicameral** de votação (no qual Deputados Federais e Senadores eram tratados indistintamente como congressistas revisores)

com aprovação pelo **voto da maioria absoluta** dos membros. Assim, o quórum de votação pela maioria absoluta e a sessão unicameral são considerados **limites formais** ao poder constituinte derivado de revisão.

Como esse assunto foi cobrado em prova

CESPE - 2018 - STJ - Analista Judiciário -

Oficial de Justiça Avaliador Federal

A respeito do poder constituinte, do controle de constitucionalidade e da organização dos poderes, julgue o item que se segue.

O poder constituinte originário fixou as condições do exercício do poder de revisão constitucional; contudo, no Brasil, o legislador pode ampliar as hipóteses de revisão, desde que haja autorização popular por meio de plebiscito.

- Certo
- Errado

Gabarito: Errado

4. PODER CONSTITUINTE DIFUSO – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O poder constituinte difuso caracteriza-se por ser um poder também derivado, através do qual se realiza a chamada mutação constitucional. Diversamente do que ocorre com a reforma e a revisão, vistos anteriormente, a mutação constitucional é marcada por ser um **mecanismo informal** de mudança da Constituição, uma vez que não acarreta nenhuma alteração em seu texto, que permanece hígido. Desse modo, verifica-se que a alteração produzida pela mutação é de

ordem interpretativa: o texto da norma segue íntegro, mas se extrai dele um novo sentido; uma nova interpretação.

Segundo **Pedro Lenza**, a modificação produzida pelo poder constituinte difuso se instrumentaliza de modo informal e espontâneo, como verdadeiro **poder de fato**, e que **decorre dos fatores sociais, políticos e econômicos**. Aduz ainda o autor que a mutação e a nova interpretação não poderão macular os princípios estruturantes da Constituição, sob pena de se caracterizar inaceitável interpretação inconstitucional e, portanto, combatida mutação inconstitucional.

Pela didática lição de **Luis Roberto Barroso**: "a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma **mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito**, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo.

Destarte, pondera o Ministro que esse mecanismo de reforma **não é ilimitado**. Segundo ele, sem a limitação das mutações constitucionais, haveria a violação do poder constituinte e até mesmo da soberania popular. A necessidade de adaptação à nova realidade não pode ultrapassar o espírito da Constituição. Para o Ministro "a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: **a)** as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado o afetado; e **b)** a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição."

Como esse assunto foi cobrado em prova

CESPE - 2017 - DPE-AC - Defensor Público**A mutação constitucional:**

- a) é fenômeno reconhecido apenas pela doutrina, uma vez que o STF evita aplicá-la.
- b) ocorre em razão da natureza monossêmica do texto constitucional.
- c) acarreta a alteração da configuração verbal do texto constitucional
- d) decorre da técnica de declaração de nulidade de dispositivos legais pelo controle concentrado.
- e) é justificada pelas modificações na realidade fática e na percepção do direito

Gabarito E

Atenção: Recente julgado do STF relacionado ao tema

Exemplo recente na Jurisprudência do STF diz respeito ao papel do Senado Federal quando da declaração de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle incidental (art. 52, X, da CF/88). O entendimento tradicional até então prevalente aplicava o art. 52, X, da CF/88 em sua literalidade, de modo que, a decisão que declarava incidentalmente uma lei inconstitucional produzia efeitos *inter partes* e não vinculantes. Após declarar a inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, o STF deveria comunicar essa decisão ao Senado e este poderia suspender a execução, no todo ou em parte, da lei viciada:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada

inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

Assim, pela teoria tradicional, o Senado poderia ampliar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF, que passariam de *inter partes* para *erga omnes*. A decisão do Senado de suspender a execução da lei seria, portanto, discricionária. Contudo, recentemente, o STF decidiu que, mesmo se ele declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão também terá efeito vinculante e *erga omnes*.

No julgado, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que é preciso fazer uma releitura do art. 52, X, da CF/88. Desse modo, a nova interpretação do art. 52, X, da CF/88 é a de que quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido, ou seja, pela nova interpretação do art. 52, X, da CF/88 o papel do Senado no controle de constitucionalidade é simplesmente o de, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. A eficácia vinculante, contudo, já resulta da própria decisão da Corte.

Segundo o Ministro Celso de Mello, **o STF fez uma verdadeira mutação constitucional do art. 52, X** com o objetivo de expandir os poderes do Tribunal com relação à jurisdição constitucional, mantendo intacto o texto original do mencionado dispositivo.

(STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Info 886)).

5. PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL

Com o fenômeno da globalização, nota-se a grande intensidade não só de relações econômicas entre Estados, mas também a comunhão de valores constitucionais entre as diferentes nações.

A partir desses ideais de integração, pluralismo, cidadania universal e a tendência mundial de globalização do direito constitucional, surge o conceito de Poder Constituinte Supranacional, destinado a **equacionar uma legítima Constitucional Supranacional, com aptidão para vincular várias nações soberanas através de valores universais** que devem ser observados por toda comunidade.

Nesse contexto, preceitua a professora Nathália Masson que, enquanto o Poder Constituinte clássico relaciona-se com um só Estado soberano e seu povo, o Poder Constituinte Supranacional tem pretensão mais ambiciosa: elaborar uma Constituição Supranacional, à qual os Estados Nacionais estariam sujeitos, extraíndo sua legitimidade dos próprios Estados integrantes do direito comunitário e de seus cidadãos. Dessa forma, o poder constituinte supranacional teria aptidão para estabelecer parâmetros supranacionais de legitimação das Constituições, servindo como mecanismo hábil a solucionar conflitos que envolvessem mais de um Estado soberano, como no caso de conflitos entre constituições; ou aqueles relacionados a direitos humanos.

6. NOVA CONSTITUIÇÃO E A ORDEM JURÍDICA ANTERIOR

O surgimento de uma nova Constituição traz uma série de consequências para o ordenamento jurídico de um Estado. Em regra, a nova Constituição acarreta a revogação da Constituição pretérita. Assim, com a revogação da Constituição anterior, ocasionada pela

apresentação da nova carta constitucional, todos os diplomas até então existentes perdem seu fundamento de validade, que era dado pelo texto constitucional antecedente.

Por conseguinte, diante do vácuo legislativo originado pela instauração de uma nova ordem constitucional, é necessário que os antigos diplomas normativos sejam lidos à luz da nova Constituição, sendo esta a nova fonte de fundamento para tais normas. Trata-se do fenômeno da **recepção** das normas infraconstitucionais pela nova Constituição.

O **requisito básico** para que haja a recepção é justamente o da **não contrariedade material** das normas infraconstitucionais anteriores para com a nova Constituição. Ressalta-se que a recepção pode se dar com o mesmo status ou com um status diferenciado, como por exemplo, o Código Tributário Nacional que foi estabelecido originariamente como lei ordinária e entrou no ordenamento seguinte (Constituição de 1967) como lei complementar e manteve esse status com a CF de 1988.

Mas, e se a norma anterior não guardar compatibilidade com o novo texto constitucional?

Segundo o STF, se o conteúdo da norma infraconstitucional do ordenamento anterior contrariar a nova Constituição estaremos diante da **não recepção (ou revogação)**.

Nesse sentido, entende-se que o nosso ordenamento jurídico **não** adotou a **tese da inconstitucionalidade superveniente**. Por essa teoria, defendida por parcela da doutrina, as normas infraconstitucionais anteriores incompatíveis com o novo ordenamento seriam consideradas inconstitucionais.

Como dito, a teoria da inconstitucionalidade superveniente não é aceita em nosso ordenamento, uma vez que o diploma normativo anterior à nova Constituição e com ela materialmente incompatível não deve ser entendido como inconstitucional, mas, sim, como não recepcionado (revogado). A questão não seria de inconstitucionalidade, e sim de direito intertemporal (recepção/revogação).

Aprofundando o tema

O tema explicado acima trata da acepção tradicional da teoria da inconstitucionalidade superveniente, não adotada no Brasil. Contudo, o STF tem usado essa expressão para explicar situação diversa, numa acepção moderna da teoria da inconstitucionalidade superveniente. Veja importante explicação do Prof.º Marcio André Cavalcante (Dizer o Direito) sobre o tema:

Recentemente, o plenário do STF (ADI 3937/SP) declarou que o art. 2º da Lei federal nº 9.055/95, que autorizava a utilização da crisotila (espécie de amianto), é inconstitucional. E, por isso, considerou que as leis estaduais que proíbem o uso do amianto são constitucionais.

No voto do Min. Dias Toffoli, mencionou-se que houve a inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/95.

A utilização dessa expressão sempre gera uma certa dúvida em muitos leitores. Isso porque a maioria das pessoas conhece a concepção “tradicional” do que seja “inconstitucionalidade superveniente” e pensa que ela é proibida. No entanto, essa expressão possui dois sentidos:

Inconstitucionalidade Superveniente

<p><u>Acepção tradicional</u> (entrada em vigor de uma nova CF e leis anteriores incompatíveis)</p>	<p><u>Acepção moderna</u> (lei que sofreu um processo de inconstitucionalização)</p>
<p>Significa que a lei ou ato normativo impugnado por meio de ADI deve ser posterior ao texto da CF/88 invocado como parâmetro.</p> <p>Assim, se a lei ou ato normativo for anterior à CF/88 e com ela incompatível, não se pode dizer que há uma inconstitucionalidade. Nesse caso, o que existe é a não-recepção da lei pela Constituição atual.</p> <p>Logo, nesse sentido, afirma-se que não existe no Brasil inconstitucionalidade superveniente para se explicar que a lei anterior à 1988 e que seja contrária à atual CF não pode ser taxada como “inconstitucional”.</p>	<p>Significa que uma lei ou ato normativo que foi considerado constitucional pelo STF pode, com o tempo e as mudanças verificadas no cenário jurídico, político, econômico e social do país, tornar-se inconstitucional em um novo exame do tema.</p> <p>Assim, inconstitucionalidade superveniente, nesse sentido, ocorre quando a lei (ou ato normativo) torna-se inconstitucional com o passar do tempo e as mudanças ocorridas na sociedade.</p> <p>Não há aqui uma sucessão de Constituições. A lei era harmônica com a atual CF e, com o tempo, torna-se incompatível com o mesmo Texto Constitucional.</p>
<p>Não é admitida no Brasil</p>	<p>É admitida no Brasil</p>

Para mais informações sobre essa decisão veja o Informativo do STF nº 874 comentado no site do Dizer o Direito.

Atenção

Entende-se que, para que uma norma anterior seja recepcionada pelo novo ordenamento constitucional, seu conteúdo não pode ser contrário ao conteúdo da nova constituição (compatibilidade material). Mas, surge a questão: Uma determinada lei que contrariou o processo legislativo (vício formal) previsto na Constituição sob cuja regência ela foi editada, mas que não fora declarada inconstitucional até o advento da nova Constituição, pode ser recebida pelo nova Constituição se com ela compatível?

Não. A doutrina entende que a lei que possui vício congênito, ou seja, que já nasceu maculada, é impossível de ser corrigida pelo fenômeno da recepção (princípio da contemporaneidade). Nesses termos, nas palavras de Pedro Lenza, “uma lei anterior que nasceu inconstitucional não será "consertada" pela nova Constituição, não será convalidada.” Diante desse entendimento, também não se admite no ordenamento pátrio o fenômeno da "constitucionalidade superveniente”.

Por outro lado, não é necessária a compatibilidade formal com a nova Constituição (apenas a material, conforme já explicitado). Nesse sentido, eventual incongruência formal com a nova ordem não impede a recepção, sendo possível, até mesmo, o recebimento do diploma anterior com nova roupagem, como aconteceu com o CTN.

Outro interessante exemplo é o do atual Código Penal que foi estabelecido como decreto-lei na vigência da Constituição de 1937 e adentrou no atual ordenamento constitucional por lógica de equivalência como lei ordinária, uma vez que CF de 88 (em seu art. 59) não prevê a espécie normativa "decreto-lei”.

Em conclusão, **para que o uma lei anterior seja recepcionada**

pela nova Constituição é necessário observar os seguintes requisitos:

- 1. Estar em vigor no momento do advento da nova Constituição;**
- 2. Não ter sido declarada inconstitucional durante sua vigência no ordenamento constitucional anterior;**
- 3. Ter compatibilidade formal e material perante a Constituição anterior, aquela sob cuja regência a norma foi editada;**
- 4. Ter compatibilidade apenas material com a nova Constituição.**

Aprofundando o tema

E o que aconteceria com uma lei editada por um ente da federação competente para tanto no ordenamento anterior se, com a nova Constituição, a competência legislativa para tal matéria fosse transferida para outro ente?

Segundo Gilmar Mendes, se o tema era antes de competência dos Municípios, por exemplo, e, com a nova Constituição, se torna assunto de competência da União, não haveria a possibilidade de recepção, sobretudo pela impossibilidade prática de se federalizar simultaneamente tantas leis municipais.

Por outro lado, se a modificação de competência for feita de um ente maior para um menor, por exemplo, um tema de competência da União que passa a ser competência dos Estados ou Municípios, o entendimento é pela manutenção da lei da União, admitindo-se que a lei seria estadualizada ou municipalizada.

A seguir, apresentaremos outros fenômenos relacionados aos efeitos das normas constitucionais no tempo:

Desconstitucionalização

O fenômeno da desconstitucionalização ocorre quando as normas da Constituição anterior (Constituição revogada), quando compatíveis com a nova ordem jurídica, são recepcionadas pela nova Constituição mas com status de normas infraconstitucionais, dependendo de dois requisitos básicos:

- não contrariedade ao novo ordenamento
- disposição expressa do Poder Constituinte.

Esse fenômeno não ocorreu no Brasil com o advento da Constituição de 1988. Mas já existiu na Constituição do Estado de São Paulo de 1967, que dispôs expressamente que as normas da Constituição paulista de 1947, que não contrariassem a nova constituição, seriam recepcionadas como normas infraconstitucionais.

Repristinação

Em síntese, a repristinação se dá quando uma norma revogada volta a vigorar em razão da revogação da norma que a revogou.

A repristinação é outro fenômeno da dinâmica constitucional intertemporal e ocorre quando normas infraconstitucionais elaboradas e em vigor sob a base de um ordenamento não são recepcionadas por um novo ordenamento constitucional (ocorrendo a revogação normativa), mas, posteriormente, em virtude de uma nova Constituição, essas normas voltariam a vigorar. Os requisitos para tal possibilidade seriam:

- não contrariedade à nova Constituição

- disposição expressa do Poder Constituinte, já que a repriminção não poderia ocorrer de forma automática.

Recepção material de normas constitucionais

Esse fenômeno consiste na possibilidade de normas de uma Constituição anterior serem recepcionadas pelo nova Constituição ainda com status de normas constitucionais. Nesse caso, os requisitos seriam:

- não contrariedade com as normas da nova Constituição;
- disposição expressa do Poder Constituinte Originário;
- prazo determinado, ou seja, as normas da antiga Constituição só devem permanecer no novo ordenamento ainda com status de normas constitucionais de forma temporária e excepcional.

Como exemplo desse fenômeno, temos o art. 34 do ADCT da CF/88, que dispõe: “O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969, e pelas posteriores.”

Como esse assunto foi cobrado em prova

CESPE - 2017 - DPE-AL - Defensor Público

A relação entre a Constituição e as normas jurídicas (constitucionais ou infraconstitucionais) anteriores não pode ser reduzida a um único fenômeno, além de implicar diferenciados efeitos. Há de se levar em conta o fato de se tratar tanto de uma nova ordem constitucional quanto de uma reforma constitucional que venha a se manifestar em relação ao direito constitucional originário ou mesmo em relação à legislação infraconstitucional. (Ingo Sarlet, *et al.* *Curso de*

Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 187 (com adaptações)).

Entre as situações que podem ocorrer no contexto descrito pelo texto, o Supremo Tribunal Federal (STF) admite a

a) Recepção de lei anterior, desde que materialmente compatível com a nova Constituição.

b) Constitucionalidade superveniente de lei ordinária originalmente inconstitucional, por meio de emenda constitucional posterior.

c) Manutenção de *status* constitucional de norma constitucional anterior, ainda que a nova Constituição seja omissa sobre o assunto.

d) Inconstitucionalidade superveniente de lei anterior em relação a Constituição posterior, para fins de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade.

e) Desconstitucionalização de norma constitucional anterior, ainda que não haja previsão expressa sobre o assunto na nova Constituição.

Gabarito A

Como esse assunto foi cobrado em prova

CESPE - 2018 - PGE-PE - Procurador do Estado

Acerca da teoria do poder constituinte, julgue os seguintes itens.

I - Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente.

II - O poder constituinte derivado reformador, também chamado de poder constituinte difuso, refere-se às mutações constitucionais.

III - Se o conteúdo for compatível, a norma anterior será recepcionada, mesmo que sua forma não seja mais admitida pela Constituição superveniente.

Assinale a opção correta.

- a) Apenas o item I está certo.
- b) Apenas o item II está certo.
- c) Apenas os itens I e III estão certos.
- d) Apenas os itens II e III estão certos.
- e) Todos os itens estão certos.

Gabarito C

É isso, amigo(a) concurseiro(a)! Esperamos que tenha gostado do material. Para mais informações:

Visite o Instagram @cejurnorteconcursos ou o site www.cejurnorte.com.br

Conte com nosso apoio!

Material revisado por André Epifanio Martins (Autor, Promotor de Justiça e revisor de materiais CEJUR NORTE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bernardo Gonçalves Fernandes. Curso de Direito Constitucional. 9ª Edição, 2017, Ed. Juspodivm.

Nathalia Masson. Manual de Direito Constitucional. 4ª Edição, 2016, Ed. Juspodivm.

Marcio André Lopes Cavalcante, site Dizer o Direito.

Pedro Lenza. Direito Constitucional Esquematizado. 21ª edição, 2017, Saraiva.