

Semana 3

Poder Constituinte

A teoria política do Poder Constituinte
A teoria jurídica do Poder Constituinte
A Constituição como pacto e como norma



Retomando alguns pontos centrais da aula passada...

O Constitucionalismo e seus 3 Modelos de Constituição

- ❖ Em um primeiro sentido, toda organização política possui uma **organização geral** e, nesse sentido, uma “constituição”. Constituição, nessa acepção, é o modo de estruturação dessa organização política (sentido do termo nos textos de Aristóteles, por exemplo)
- ❖ O **Constitucionalismo** é um movimento político liberal, e sua teoria política subjacente, que pregavam a instituição de um **governo limitado**, baseado na **soberania popular**, e fundamentado no respeito e **proteção dos direitos**
- ❖ O Constitucionalismo resultou em arranjos políticos e jurídicos bastante diferentes no curso

dos séculos XVII e XVIII:

- ❖ **Inglaterra**: ausência de constituição escrita, soberania parlamentar
- ❖ **França**: presença de constituição escrita, ausência de controle de constitucionalidade, forte separação funcional de poderes
- ❖ **EUA**: constituição escrita, controle de constitucionalidade, checks and balances

Inglaterra



Estados Unidos

- 1765 ○ **Imposto do Sêlo**
Reação do Congresso das 13 Colônias
- 1770 ○ **Levante de Boston**
- 1773 ○ **Boston Tea Party**
- 1774 ○ **Primeiro Congresso Continental**
Philadelphia. George Washington nomeado líder do exército revolucionário em 1775
- 1776 ○ **Declaração da Virgínia** →
12 de Junho - George Mason
- Declaração de Independência**
4 de Julho- Thojas Jefferson
- 1781 ○ **Rendição do Exército Inglês**

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Artigo 2º - Toda a autoridade pertence ao povo e por consequência dela se emana; os magistrados são os seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo.

Artigo 3º - O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração. Todas as vezes que um governo seja incapaz de preencher essa finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e imprescritível de reformar, mudar ou abolir da maneira que julgar mais própria a proporcionar o benefício público.

Artigo 4º - Igualdade, proibição de privilégios e cargos hereditários

Artigo 5º - O poder legislativo e o poder executivo do estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária; e a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros devem estes em tempo determinado, voltar a vida privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; os lugares vagos deverão ser preenchidos pôr eleições, frequentes, certas e regulares

Artigo 14º - A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos.

Artigo 18º - Liberdade de culto.

Estados Unidos

- 1776 ○ **Articles of Confederation**
12 de Julho de 1776 - 15 de Novembro de 1777. Em vigor a partir de 1º de Março de 1781, após ratificação pelos 13 Estados.
- 1787 ○ **Convenção da Filadélfia**
Chamada pelo Congresso em 21 de Fevereiro e instaurada em 25 de Maio. Virgínia (Mdison) and New Jersey Plans. Nova Constituição é aprovada em 17 de Setembro.
- O Federalista**
27 de Outubro (Fed. #1) a 13 de Agosto de 1788 (Fed. # 85)
- 1788 ○ **Constituição dos EUA**
Ratificada pelo número mínimo de Estados - Entrada em vigor
- 1789 ○ **Novo Governo dos EUA**
George Washington - 1º Presidente
- 1791 ○ **Bill of Rights**

- Presidencialismo
- Federalismo
- Bicameralismo
- Impeachment
- Judiciário Federal
- Checks and Balances
- Processo de emenda
- Etc.

"I did not expect, sir, to find the doctrine of the power of the courts to annul the laws of Congress as unconstitutional, so seriously insisted on... I would ask where they got that power, and who checks the courts when they violate the Constitution? Would they not, by this doctrine, have the absolute direction of the Government? To whom are they responsible?"

Senador John Breckinridge (Kentuck) - 11 Annals of Cong. 178-79 (1802)

- 1803 ○ **Marburyv. Madison**

França



Emmanuel Joseph Sieyès (1748–1836) O que é o 3o Estado ?

Capítulo 5:

- ❖ Em qualquer nação livre há apenas um modo de resolver diferenças sobre a constituição. Não é possível recorrer a um grupo de notáveis, mas apenas à Nação ela mesma.
- ❖ Em cada uma de suas partes a constituição não é o produto do trabalho de um poder constituído, mas sim de um poder constituinte. Nenhum poder delegado pode modificar as condições de sua própria delegação.
- ❖ Uma nação não pode alienar ou impedir o exercício de seu direito de querer e, qualquer que seja esse desejo, ela não pode perder seu direito de mudar tão logo seus interesses exijam isso.
- ❖ Ainda que isso fosse possível, nenhuma nação *deveria* submeter-se a restrições de natureza positiva.
- ❖ Representantes *ordinários* do povo devem exercer seu poder de acordo com as formas constitucionais. Representantes *extraordinários* tem todos os poderes que a nação decidir neles investir (...) sendo independentes de qualquer forma constitucional.
- ❖ Os Estados Gerais, mesmo que reunidos, não seriam portanto competentes para decidir nada que tenha a ver com a constituição. Esse direito pertence apenas à Nação.
- ❖ A vontade geral é a vontade da maioria. Não pode nunca ser a vontade da minoria.

Conclusão: um primeiro conceito de Constituição

- ❖ A concepção prevalente, hoje, do que seja uma Constituição, é herdeira de toda essa tradição, mas especialmente de sua vertente norte-americana.
- ❖ Podemos definir a Constituição, nesse sentido, como *"o conjunto das normas fundamentais de uma dada comunidade política, em geral reunidas em um documento escrito e produzidas em um momento constituinte" particular, que servem de fundamento de validade para todas as demais normas jurídicas vigentes nessa comunidade e regulam (i) os processos de produção das demais normas, (ii) a organização e estruturação do Estado e do governo, bem como a forma de aquisição, exercício e distribuição do poder, (iii) os direitos fundamentais dos cidadãos e (iv) seu próprio* processo de mudança
- ❖ As diferentes constituições dos vários países, em seus diversos momentos históricos, normalmente são classificadas de acordo com inúmeros critérios, como:
 - ❖ material / formal
 - ❖ escrita / não-escrita
 - ❖ dogmática / histórica
 - ❖ promulgada / outorgada
 - ❖ flexível / semi-rígida / rígida [super-rígida]
 - ❖ orgânica / dirigente [programática]
 - ❖ Sintéticas / analíticas
 - ❖ Etc.

Agora, o conceito de Poder Constituinte

Poder Constituinte

- ❖ **Conceito Político.** É o poder que toda nação tem, derivado de sua soberania ilimitada, de dar-se qualquer constituição política que deseje, observando apenas seus próprios interesses e os desejos da vontade geral da população (e, conforme a concepção que se adote, os direitos naturais de seus cidadãos, que precedem a própria organização política). É o elemento de onde deriva a legitimidade da Constituição.
- ❖ **Conceito Jurídico.** É o fundamento antecedente e extra-jurídico de validade da Constituição, a razão de seu caráter vinculante, o elemento que a institui juridicamente como norma fundamental da nação, de onde deriva a validade de todas as outras normas.
- ❖ É, portanto, o ponto de ligação entre o direito e a política constitucional.
- ❖ **Poder Constituinte Originário.** É o poder, emanado da soberania, de dar-se uma nova constituição, independentemente de qualquer forma estabelecida.
- ❖ **Poder Constituinte Derivado.** É o poder de emendar a Constituição, nos termos e nos limites estabelecidos por ela mesma.
- ❖ **Limitações:** temporais, formais e materiais

Isso importa juridicamente?

Richard Kay

Poder e Autoridade Constituinte

- ❖ A constituição moderna é "formal", é uma "peça legislativa", o produto de uma decisão do povo em certo momento e, como tal, um ato de vontade que se torna direito positivo vigente.
- ❖ O Poder Constituinte não outra coisa que o "legislador" da Constituição. Mas o que isso tem a ver com sua efetividade, sua autoridade, sua perenidade?
- ❖ É possível falar em um "momento extraordinário", em uma "política constitucional" que se diferencie da política "ordinária"?
- ❖ Qual o contexto político e social favorável à elaboração de uma constituição? Que processos constituintes produzem constituições mais efetivas?
- ❖ *A maior parte dos processos constituintes modernos foi conduzida dentro de um arcabouço jurídico pré-estabelecido ! Será que isso pode ajudar a confirmar sua autoridade?*
- ❖ O titular do Poder Constituinte é o povo. Mas quem é o povo? Como ele é representado? Deve haver uma Assembleia Constituinte apartada? O povo é uma só vontade ou um arranjo de várias vontades?
- ❖ Uma constituição perene não é uma contradição? Como é que uma constituição segue sendo aceita ao longo do tempo?

Conclusão ?

- ❖ A elaboração de uma constituição é um exercício sofisticado e delicado de *engenharia institucional*
- ❖ Envolve também um *acordo sensível* entre diferentes interesses sociais, diferentes camadas da população, diferentes ideologias políticas (livre mercado, intervencionismo estatal, centralismo político, federalismo, liberdade individual, solidariedade social, etc., etc., etc.)
- ❖ No mundo moderno, novas constituições não surgem a partir de um *vazio institucional*. Ao contrário, são exercícios de reforma que precisam dialogar com elementos anteriores por vezes muito enraizados na sociedade e na política.
- ❖ Os *processos constituintes*, para serem bem sucedidos, precisam levar em conta e dialogar com todos esses fatores sensíveis, tomando decisões difíceis sobre diversos temas, incluindo a própria *abrangência e rigidez* da Constituição.

As Cláusulas Pétreas na Constituição Brasileira

CF 1988 – Artigo 60

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 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.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será 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.

CF 1988 – Artigo 60

- ❖ (ADI 939): Inconstitucionalidade da instituição de tributo federal sobre Estados e Municípios
- ❖ (ADI 939): Inconstitucionalidade da instituição de imposto em violação ao princípio da anterioridade tributária
- ❖ (ADI 2.885): Inconstitucionalidade de alteração na legislação eleitoral faltando 7 meses para a eleição (princípio da anterioridade eleitoral)
- ❖ (ADI 3.105): Inconstitucionalidade da instituição de tratamento previdenciário distinto para servidores da União, de um lado , e dos demais entes federativos, do outro.
- ❖ (ADIs ADIs 4357 e 4425): Inconstitucionalidade do novo regime de pagamento de precatórios instituído pela EC 62/2009)

} Isso é bom ?