



## PODER CONSTITUINTE, ORIGINÁRIO E DERIVADO.

### Perspectiva histórica:

O prestígio jurídico que a Constituição possui atualmente resulta de fatos e ideais que se sucederam ao longo da História.

Na Europa, a Revolução Francesa assumiu a tarefa de superação total do Antigo Regime absolutista, momento em que foi elaborado o panfleto “O que é o Terceiro Estado?” de Sieyès, através do qual surge a ideia da existência de um poder constituinte originário, superior aos demais poderes constituídos. A consequência desse entendimento foi a mudança da perspectiva de titularidade do poder: os governantes deixam de ser os titulares do poder, sendo, à luz de Sieyès, seu verdadeiro titular, o poder constituinte. A partir disso surge a compreensão de que o poder constituinte originário é o poder de criar e recriar o Estado.

Além disso, à época da Revolução, a soberania popular passou a ser levada a níveis extremos, havendo, então, o problema de como esse poder seria manifestado, isto é, como o povo se faria ouvir, uma vez que o Parlamento passou a ser a expressão da força soberana popular e não podia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição. A Constituição, portanto, não tinha uma proteção efetiva.

Tal situação perdurou até o contexto da Segunda Guerra Mundial, em que o Parlamento se mostrou débil diante da quantidade de abusos perpetrados contra os direitos humanos, perdendo seu destaque. Os horrores do totalitarismo reacenderam a busca pela primazia da dignidade da pessoa humana contra os abusos dos poderes estatais.

A Justiça Constitucional passa, então, a um papel de grande importância, na medida em que os motivos de perigo para a democracia eram ínfimos, vindo a ser o instrumento protetivo da Constituição. Com a democratização dos países europeus, a Constituição passa a ter efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, e o Poder Constituinte passa a ser a voz da soberania popular, não podendo mais sofrer usurpação de sua competência.

Nos Estados Unidos, por outro lado, a força normativa da Constituição já é reconhecida desde o século XIX. Lá, não havia maiores preocupações com o Poder Executivo, mas sim com a força desmesurada do Poder Legislativo. O caminho buscado é justamente o de equilíbrio entre os poderes. Isso colaborou para que se encontrasse na Constituição um instrumento de limitação dos poderes, tornando-se viável a ideia de supremacia da Constituição sobre as leis.

### Conceito e classificação:

Conforme é possível extrair dos fenômenos históricos e segundo as lições da professora Ana Paula de Barcellos:

*O Poder Constituinte Originário é, a rigor, **um fenômeno político**, de um poder político, e não propriamente jurídico. Trata-se exatamente do **momento em que o poder político se transforma em norma jurídica fundamental**. A observação histórica ilustra o ponto: movimentos políticos – idealmente democráticos – surgem na sociedade manifestando sua insatisfação e postulando a substituição de uma Constituição por outra. Até esse momento, trata-se apenas de política, a rigor. No momento em que esse movimento é vitorioso e consegue transformar suas pretensões políticas em uma nova Constituição, aquilo que era debate político – por exemplo, o sistema de governo a ser adotado, direitos a serem garantidos, políticas a serem*



previstas desde logo – se transforma em norma constitucional. (BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional)

A definição presente em quase todos os manuais de Direito Constitucional no país é de que se trata de um poder ao qual incumbe **criar ou elaborar uma Constituição** (Poder Constituinte Originário); **o processo informal de modificação do significado da Constituição sem que haja alteração formal de seu texto** (Poder Constituinte Derivado Reformador); e **complementar uma constituição**, estruturando a Constituição dos Estados-membros (Poder Constituinte Decorrente).

Para melhor compreensão, observe o esquema:

Nos dizeres de Daniel Sarmento:

*“Um dos conceitos centrais do Direito Constitucional é o de poder constituinte. Trata-se do poder de criar a Constituição e de fundar ou refundar o Estado e a ordem jurídica. A expressão “poder constituinte” é também empregada para designar o poder de modificar a Constituição, bem como o de elaborar, nos Estados federais, as constituições estaduais. Estes últimos são tidos como expressão do chamado poder constituinte derivado, que se subdivide, respectivamente, em poder de reforma da Constituição e poder constituinte decorrente.”*

A **titularidade do Poder Constituinte**, conforme a doutrina moderna, **pertence ao povo**. Vale destacar, entretanto, que o grande teórico francês, o abade de Chartres, Emmanuel Joseph Sieyès, por meio do panfleto intitulado “O que é o terceiro Estado?” supramencionado, apontava como titular do poder constituinte a nação, porém, a adoção de tal titular apresenta uma problemática: o conceito de nação é extremamente cultural e facilmente manipulável.

De acordo com Pedro Lenza, *nação* pode ser definida como “o conjunto de pessoas nascidas em um território, ladeadas pela mesma língua, cultura, costumes, tradições, adquirindo uma mesma identidade sócio-cultural”. Por sua vez, entende-se por *povo* “o conjunto de pessoas que fazem parte do Estado – o seu elemento humano, unido ao Estado pelo vínculo jurídico-político da nacionalidade”

### Poder Constituinte Originário

**Definição:** É aquele que visa produzir uma nova Constituição dentro de um Estado, **rompendo por completo** com a ordem jurídica anterior.

#### Espécies de Poder Constituinte Originário:

Embora existam outros critérios, costuma-se classificar o Poder Constituinte Originário em material e formal.

Poder Constituinte Originário	
Material	Formal



É aquele responsável pela escolha do **conteúdo** a ser consagrado nas normas constitucionais.

É aquele responsável pela **formalização** do conteúdo escolhido pelo Poder Constituinte Originário Material. Feita a escolha do conteúdo, é necessária a formalização ou consagração do mesmo em normas jurídicas. Nesse momento, atua o Poder Constituinte Originário.

#### Formas de expressão:

a) **Outorga:** declaração unilateral do agente revolucionário.

b) **Assembleia Nacional Constituinte ou convenção:** nasce da deliberação da representação popular.

#### Características do Poder Constituinte Originário:

a) **inicial:** seu exercício inaugura uma nova ordem constitucional, que substitui a anterior. Portanto, dá um novo fundamento de validade ao direito e ao Estado;

*“O poder constituinte é concebido como inicial porque “funda” a ordem jurídica e institui o Estado, rompendo com o passado. (...) Esse argumento político se traduz, em termos normativos, na hierarquização das normas que compõem o ordenamento jurídico. O direito se estrutura como um sistema hierarquizado em que a norma inferior retira seu fundamento de validade da norma superior. Como o poder constituinte é inicial, a Constituição ocupa o ápice da ordem jurídica. Ela funda o ordenamento jurídico, mas não tem fundamento de validade em qualquer outra norma positiva. A ideia de que o poder constituinte é inicial não é, portanto, cronológica, mas estruturante. É por isso que, aprovada a Constituição nova, as normas infraconstitucionais com ela compatíveis são recepcionadas, recebendo um novo fundamento de validade.” (SARMENTO)*

b) **autônomo:** cabe apenas a ele escolher a ideia de Direito que irá prevalecer. Como o Poder Constituinte Originário está acima de todos os outros poderes, ele não estaria limitado ou subordinado a nenhuma escolha de conteúdo, ao menos em princípio;

c) **incondicionado:** não se submete a nenhum tipo de condição jurídica prévia, seja de forma, seja de conteúdo. Como está acima de todos os outros poderes, o Poder Constituinte Originário não está obrigado a observar nenhum tipo de formalidade ou conteúdo preexistente;

*“O poder constituinte costuma ser caracterizado ainda como incondicionado (...) Isto não significa, evidentemente, que não possam ser editadas regras prévias à elaboração da nova Constituição, definindo o seu procedimento, o que, aliás, é bastante comum nos processos constituintes. A Assembleia Constituinte de 87/88, que produziu a atual Constituição, por exemplo, foi convocada por meio da Emenda Constitucional 26/85, que atribuiu poderes constituintes ao Congresso Nacional, determinando que ele funcionaria unicameralmente; que a sua sessão de instalação deveria ser presidida pelo Presidente do STF; e que o texto final teria de ser aprovado, em*



*dois turnos de votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia. Este procedimento foi efetivamente observado. Mas a incondicionalidade do poder constituinte significa que ele pode romper com as regras que lhe foram antes impostas e deliberar de outra maneira, sem que isso implique invalidade da sua obra.”*  
(SARMENTO)

**d) latente:** poder inativo, mas apto a se manifestar a qualquer momento. Depois de elaborada a nova Constituição, o PCO não deixa de existir. É um poder, portanto, permanente, perene, ainda que esteja inativo;

**e) instantâneo:** uma vez convocado, o PCO manifesta-se imediatamente. Após a elaboração da Constituição, retorna ao estado de latência;

**f) inalienável:** o PCO é do povo e com ele permanece; e

**g) ilimitado:** sobre essa questão, há interessante discussão doutrinária entre juspositivistas e jusnaturalistas. Ambos estão de acordo que o Poder Constituinte pode substituir a ordem constitucional anterior por uma nova (ideia de ruptura). Portanto, a possibilidade de o Poder Constituinte Originário revogar qualquer norma do direito positivo anterior, inclusive as constitucionais, é um ponto de concordância entre ambas.

A divergência se coloca na existência ou não de uma ordem de valores suprapositivos, superiores ao direito positivo, que poderia limitar o exercício do poder constituinte originário. Para os jusnaturalistas, existe a crença de que o direito natural constitui uma ordem de valores suprapositiva. Essa superioridade significa que são princípios de justiça universais que condicionam a validade de qualquer norma de direito positivo, inclusive as constitucionais originárias, fruto do PCO. Então, caso uma norma constitucional viole o direito natural, ela, ainda que fruto do PCO, será inválida, tendo em vista que viola o direito natural, que é superior até mesmo ao PCO. Já para os juspositivistas, não há nada superior ao direito constitucional que o vincule normativamente. Costuma-se dizer, então, que o poder constituinte originário é **ilimitado juridicamente**.

***O poder constituinte é concebido como ilimitado, por não estar sujeito a limites jurídicos, especialmente às prescrições da ordem jurídica passada. (...) A ausência de limitação jurídica não afasta a existência de limites impostos pela realidade. O poder constituinte não pode decidir o impossível: não pode mudar a órbita dos planetas. Quem exerce, de fato, o poder constituinte tampouco pode desconsiderar as expectativas do seu titular. Uma assembleia nacional constituinte não deve, se pretende ver efetivada a sua obra, ignorar os “fatores reais de poder” e os valores compartilhados pela comunidade. De nada adianta que o constituinte declare, por exemplo, abolida a propriedade privada se não há base material ou cultural para que essa providência possa se converter em realidade. Não há dúvida, portanto, que a elaboração do texto constitucional é condicionada pela realidade que lhe é subjacente. O texto constitucional que desconsidere esses elementos tende a se converter em mera “folha de papel”, como temia Lassalle. O que se afirma com a atribuição de***



***caráter ilimitado ao poder constituinte é exclusivamente que esse poder não se submete a restrições jurídicas, eis que expressão da soberania. (SARMENTO)***

*“Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará **sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de direito que traz em si (...)**. O poder constituinte é também um poder de direito. Ele está fora e acima do Direito posto preexistente, mas é limitado pela cosmovisão da sociedade – suas concepções sobre ética, dignidade da pessoa humana, justiça, igualdade, liberdade – e pelas instituições jurídicas necessárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático” (BARROSO)*

### **TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS**

Versão especialmente conhecida da tese da limitação do PCO, proposta por Otto Bachoff, para quem há “normas constitucionais originárias inconstitucionais”, ou seja, normas que formalmente compõem o texto constitucional originário, mas que não são válidas por violarem o direito supraconstitucional.

De acordo com essa teoria, existem determinados temas que a Constituição pode estabelecer livremente, os quais constituem livre espaço de manifestação volitiva. Além desse espaço, contudo, há valores suprapositivos, que devem ser reconhecidos e respeitados pela Constituição. Sendo assim, a norma constitucional originária contrária a esses valores será inválida. Dessa forma, teríamos a denominada norma constitucional inconstitucional.

O STF enfrentou essa questão por ocasião da definição do número de Deputados a serem eleitos por cada estado, tendo sido alegado que, proporcionalmente, o voto de um estado teria peso maior que o de outro. Alegou-se, assim, que o processo de eleição, da forma estabelecida no art. 46 da CRFB, violaria a igualdade, matéria de cláusula pétrea, constituindo, portanto, valor suprapositivo.

**O STF não admitiu essa teoria**, tendo entendido que:

**1º)** não há hierarquia entre as normas constitucionais, sendo que a hierarquia é pressuposto para o controle;

**2º)** o STF é guardião da CRFB em relação aos poderes instituídos, e não fiscal do Constituinte Originário; e

**3º)** cláusulas pétreas são limites ao Poder Reformador; não são valores suprapositivos que condicionam o PCO. Problemas de conflito entre normas constitucionais originárias são resolvidos através de técnicas de hermenêutica, mais especificamente da ponderação de valores, até mesmo em virtude do princípio da UNIDADE da Constituição.

*“A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna “**compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição**” (art. 102, caput), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se despreste a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição” (ADI nº 815/DF)*

Sarmento menciona ainda uma ADI em que se impugnava o art. 14, §4º, da Constituição Federal, que estabelece a **inelegibilidade do analfabeto**. O preceito seria inválido por estabelecer



tratamento discriminatório, incompatível com os princípios da igualdade e da dignidade humana. Como a regra do art. 14, §4º, compõe o texto constitucional desde a origem, o STF se negou a apreciar a ADI, classificando a hipótese como de carência da ação (ADI-AgR nº 4.097). Desta forma, **o STF considera-se incompetente para analisar a constitucionalidade de normas constitucionais originárias.**

***Em resumo...***

O poder constituinte originário é:

- Inicial
- Autônomo
- Incondicionado
- Latente
- Instantâneo
- Inalienável
- Ilimitado\*

**Poder Constituinte Originário X direitos adquiridos:**

A jurisprudência do STF se firmou no sentido de **não reconhecer a invocação de “direitos adquiridos”** que sejam contrários à Constituição em vigor. Ou seja, dado o caráter ilimitado e incondicionado do PCO, pode a Constituição nova retroagir inclusive atingindo direitos adquiridos.

De tal forma, apenas o Constituinte pode criar exceções ou regras de transição, se entender como melhor tal situação.

*A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio Texto Constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. [ADI 248, rel. min. Celso de Mello, j. 18-11-1993, P, DJ de 8-4-1994.]*

*Não há direito adquirido contra disposição normativa inscrita no texto da Constituição, eis que situações inconstitucionais, por desprovidas de validade jurídica, não podem justificar o reconhecimento de quaisquer direitos. [RE 172.082, rel. min. Celso de Mello, j. 12-12-1995, 1ª T, DJE de 13-2-2009.]*

**#APROFUNDANDO: Retroatividade das normas constitucionais**

Conforme explicado pelo Ministro Moreira Alves em seu voto na ADI 493, podem ser elencados **3 graus de retroatividade de uma nova norma no ordenamento jurídico:**

- **Retroatividade MÁXIMA ou RESTITUTÓRIA:** quando a lei ataca fatos consumados, podendo prejudicar inclusive a coisa julgada.





- **Retroatividade MÉDIA:** quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela. Aqui a lei pode atingir, por exemplo, prestações vencidas, mas não adimplidas de um contrato.

- **Retroatividade MÍNIMA ou TEMPERADA:** quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor.

Em relação às **leis infraconstitucionais**, tem prevalecido o entendimento de que não poderia haver nenhum grau de retroatividade, em virtude do princípio da segurança jurídica e do art. 5º, XXXVI, que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesse sentido, confira-se paradigmático julgado do STF:

*“Em nosso sistema jurídico, a regra de que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por estar inserida no texto da Carta Magna (art. 5º, XXXVI), tem caráter constitucional, impedindo, portanto, que a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, retroaja para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, ou que o Juiz a aplique retroativamente. E a retroação ocorre ainda quando se pretende alcançar os efeitos futuros de fatos passados que se consubstanciem em qualquer das referidas limitações, pois ainda nesse caso há retroatividade — a retroatividade mínima” (RE nº 188.366, Rel. Min. Moreira Alves. DJ, 19 nov. 1999).*

Assim, conforme explica Sarmiento *“se, no ordenamento brasileiro, uma nova lei proibir determinado tipo de cláusula num contrato de trato sucessivo, ela não poderá incidir nem mesmo sobre os efeitos pendentes e futuros dos contratos celebrados anteriormente à sua edição. Considera-se que tais efeitos consubstanciam direitos adquiridos, que devem ser salvaguardados da aplicação da nova lei. Só os contratos celebrados após a vigência da lei superveniente serão colhidos pelos respectivos efeitos.”*

Já em relação às **normas constitucionais**, o tratamento é diferente. Primeiramente, em relação ao PCO, é praticamente incontroverso que **o grau de retroação pode inclusive ser MÁXIMO**. Nesse sentido, confirmam-se as lições de Sarmiento:

*“É entendimento doutrinário praticamente incontroverso, endossado também pela jurisprudência do STF, que o poder constituinte originário não é obrigado a respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, podendo até mesmo dispor sobre o passado. Esta posição pode ser fundamentada na concepção tradicional do poder constituinte como juridicamente ilimitado. Contudo, não é preciso adotar a tese da ilimitação do poder constituinte originário para avaliar tal conclusão. É possível entender, como nós, que existem limitações jurídicas ao exercício do poder constituinte originário, mas não situar dentre elas o respeito a todos os direitos adquiridos ou judicialmente reconhecidos no passado. Na verdade, o reconhecimento de um limite tão amplo para o poder constituinte esvaziá-lo-ia excessivamente, subtraindo qualquer possibilidade do povo e das gerações futuras de romperem com um passado do qual queiram se libertar. Esta seria uma posição teórica profundamente conservadora, por suprimir qualquer caminho jurídico — inclusive o mais radical dentre eles — para alteração do status quo.*



Portanto, **o poder constituinte originário pode suprimir direitos adquiridos e desconsiderar atos jurídicos perfeitos ou a coisa julgada**. É o que ocorreu na Constituição de 1988, por exemplo, com os benefícios antes atribuídos a servidores ativos e inativos, e que já haviam se incorporado ao seu patrimônio jurídico. **Como dispõe o art. 17 do ADCT**, “os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

Contudo, essa retroatividade precisa ser **EXPRESSA**: a própria norma constitucional precisa dizer que irá afetar efeitos já consumados, como o fez o art. 17 do ADCT. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência controvertem quanto a solução a ser dada no caso de a Constituição ser **OMISSA**. Em outras palavras, **havendo omissão do constituinte quanto à retroatividade, qual será o grau de retroação da norma constitucional?**

Uma 1ª corrente (Barroso) sustenta que, no silêncio da Constituição, presume-se que as suas normas não prejudicam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. Para essa corrente, seria paradoxal que numa ordem constitucional preocupada com a proteção da segurança jurídica e com a contenção do arbítrio estatal, se adotasse, como regra, a possibilidade de que a incidência da própria Constituição vulnerasse direitos lícitamente conquistados ou situações já juridicamente cristalizadas.

Já uma 2ª corrente (Gilmar Mendes) defende que a nova Constituição atinge, em regra, efeitos futuros de atos que lhe são anteriores (“retroatividade mínima”), independentemente de previsão expressa, não estando essa incidência limitada pelo respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada. Para essa corrente, é verdade que o poder constituinte pode prever tanto a aplicação da Constituição sobre o passado, como excepcionar da sua incidência direitos adquiridos ou outras situações já consolidadas. **Mas, diante da sua omissão, prevaleceria, como regra geral, a incidência imediata da Constituição, com retroatividade mínima**. Essa é a corrente atualmente adotada pelo STF, no sentido de que a **regra é a incidência imediata com retroatividade mínima dos preceitos constitucionais**:

“EMENTA: Pensões especiais vinculadas a salário-mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do artigo 7.º da Constituição de 1988. **Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima)**. Salvo disposição expressa em contrário — e a Constituição pode fazê-lo —, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média). Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 140.499/GO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 09.09.1994, p. 23444)

Assim, para o STF, **as normas constitucionais editadas pelo constituinte originário devem ser aplicadas aos efeitos futuros de atos ocorridos antes da promulgação do texto constitucional, a não ser em casos de ressalva expressa feita pela própria Constituição** (pois, como vimos, o PCO pode, expressamente, estabelecer até mesmo retroatividade máxima).





***E em relação às normas editas pelo poder constituinte DERIVADO? As Emendas Constitucionais também podem expressamente prever retroatividade máxima? E havendo omissão da emenda, qual o grau de retroação?***

Embora o tema não seja pacífico, entendemos que deve ser aplicada a mesma lógica: não havendo previsão expressa, grau de retroatividade mínimo da emenda constitucional. Lembrando que, quando o grau de retroatividade é mínimo, apenas as prestações jurídicas futuras de negócios jurídicos celebrados no passado é que serão atingidas.

***Exemplo hipotético:*** O Estado do Rio de Janeiro celebrou, em janeiro de 2014, um contrato com uma empresa privada, mas não pagou nenhuma das prestações ainda, quando os juros moratórios eram de 6% ao ano. Uma emenda constitucional foi promulgada no mês 04 de 2014, prevendo juros moratórios de 12% ao ano. Neste caso, as prestações dos meses 01, 02, 03, do contrato, ainda que não tenham sido pagas, não serão afetadas por essa emenda (pois nesse caso a retroatividade seria média, o que não é admitido, como regra). Desta forma, as prestações 01, 02, 03 estão sujeitas a juros de 6% ao ano. Por outro lado, as prestações posteriores à emenda e ainda referentes a este contrato serão sim afetadas, por conta do grau de retroatividade mínimo, de modo que a elas se aplicará o percentual de 12% ao ano. A retroatividade só seria média (afetaria as prestações 1, 2 e 3) se a emenda assim determinasse expressamente, pois a regra é a retroatividade mínima (só as prestações futuras do contrato).

***Veja que o precedente do STF que mencionamos acima, ao tratar da possibilidade de o constituinte prever expressamente a retroatividade média ou máxima, não fez distinção entre o fato de a alteração advir de obra do PCO ou do PCD. Assim, por essa lógica, tanto no caso de norma originária da Constituição, quanto no caso de alteração por emenda, seria possível prever a retroação média ou máxima.***

#### **Teoria da recepção X teoria da inconstitucionalidade superveniente:**

Todas as normas elaboradas antes da nova Constituição e que com ela forem incompatíveis serão revogadas, por ausência de recepção. *A contrario sensu*, a norma infraconstitucional que não contraria a nova Constituição será recepcionada. Verifica-se, então, que nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição e incompatíveis com ela, não haverá inconstitucionalidade, o que haverá é a **não recepção**, sendo a lei anterior **revogada** pela nova Constituição.

O STF no bojo da ADI nº 02 decidiu, então, por adotar a tese da não recepção de normas anteriores incompatíveis com a Constituição nova. A não recepção portanto atua no plano da existência da norma, já que sua consequência é a revogação da norma anterior incompatível. Veja a ementa:

***CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da Inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura.***



**A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as.** Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.(ADI 2, Relator(a): PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001)

Pelo exposto, predomina o entendimento de que **o STF não admite a tese da inconstitucionalidade superveniente.** Em caso de compatibilidade, haverá recepção das normas infraconstitucionais e **em caso de incompatibilidade, haverá revogação por inexistência de recepção.**

*“A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade” (ADIQO-7/DF, Rel. Min. Celso de Mello)*

Por isso, o STF firmou o entendimento de que a análise da compatibilidade dessas normas com a nova Constituição não pode se dar no bojo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contudo, cabe destacar que a jurisprudência tem admitido o ajuizamento de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) em face de leis anteriores à Constituição.

*“A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade in abstracto — orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 — 95/993 — 99/544) — foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988.*

De forma didática, Pedro Lenza sintetiza o tema:

*“Por todo o exposto, fica claro que o STF não admite a teoria da inconstitucionalidade superveniente de ato normativo produzido antes da nova Constituição e perante o novo paradigma. Nesse caso, ou se fala em compatibilidade e aí haverá recepção, ou em revogação por inexistência de recepção.*



*Estamos diante do denominado **princípio da contemporaneidade**, ou seja, uma lei só é constitucional perante o paradigma de confronto em relação ao qual ela foi produzida.”*

**#APROFUNDANDO:**

Alguns autores, como Pedro Lenza, admitem **2 hipóteses excepcionais de inconstitucionalidade superveniente**:

(I) quando há mutação do parâmetro constitucional. Neste caso, a redação do dispositivo da Constituição não é alterada, mas o seu sentido interpretativo muda, surgindo, então, uma nova norma jurídica.

*Exemplo*: lei que proibia a união estável homoafetiva e que, durante muito tempo, encontrou fundamento na CF/88, especialmente na hoje ultrapassada (literal) leitura do art. 226, § 3.º, que dispõe, para efeito da proteção do Estado, ser reconhecida a união estável entre o **homem** e a **mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Assim, no exemplo, em um primeiro momento, a referida lei, que só admitia a união estável entre o homem e a mulher, era considerada constitucional. Com a evolução da sociedade e do entendimento da Corte, passou-se a admitir a união estável entre pessoas do mesmo sexo, especialmente ao se fazer uma releitura do art. 226, § 3.º, à luz da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e do art. 3.º, IV, que prescreve, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o de promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A lei, então, que nasceu constitucional, tornar-se-ia inconstitucional em razão da mudança no sentido interpretativo do parâmetro de constitucionalidade.

II – quando há uma mudança no substrato fático da norma: neste caso, não se tem uma alteração no parâmetro da Constituição, mas nos novos aspectos de fato que surgem e que não eram claros no momento da primeira interpretação.

*Exemplo*: **amianto** - em um primeiro momento, o STF pronunciou-se no sentido de se declarar a constitucionalidade da lei federal que admitia o uso controlado de uma das modalidades do amianto (asbesto branco). Em momento seguinte, em razão da mudança no substrato fático da norma, referida disposição se tornou inconstitucional, passando a norma por um **processo de inconstitucionalização**. Conforme destaca Lenza, seja na primeira interpretação, seja 22 anos depois, quando houve a mudança de entendimento, a Constituição sempre proibiu substâncias que fizessem mal à saúde ou ao meio ambiente. O que se observou foi um novo diagnóstico do potencial de violação à saúde, inclusive em razão dos avanços tecnológicos e de pesquisa. Sobre o tema, vale destacar trecho do voto do Min. Dias Toffoli:

*“as percepções dos níveis de consenso e dissenso em torno da necessidade ou não do banimento do amianto não são mais os mesmos observados quando da edição da referida norma geral (Lei n. 9.055/95, acrescente-se). Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se naquela época na possibilidade do uso controlado dessa substância, hoje (22 anos depois, acrescente-se), o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que*



*detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador” (ADI 3.937, j. 24.08.2017, fls. 15 do voto do Min. Dias Toffoli)*

### **Tese da impossibilidade da CONSTITUCIONALIDADE superveniente**

Uma lei anterior que tenha nascido inconstitucional não pode ser “consertada” pela nova Constituição. Para que uma lei seja recepcionada, precisa preencher os seguintes requisitos: estar em vigor no momento do advento da nova Constituição; não ter sido declarada inconstitucional durante sua vigência no ordenamento anterior; ter compatibilidade formal e material com a Constituição sob cuja regência ela foi editada e ter compatibilidade somente material com a nova Constituição.

#### **#APROFUNDANDO: Direito Constitucional Intertemporal.**

Vimos anteriormente que a lei anterior à Constituição que seja com ela incompatível será não recepcionada e, portanto, revogada (de acordo com o STF). Para que uma lei seja recepcionada, então, a doutrina e o STF indicam que, em suma, deverão estar preenchidos os seguintes **requisitos**:

- A lei deve estar em vigor no momento do advento da nova Constituição;
- A lei não pode ter sido declarada inconstitucional durante a sua vigência no ordenamento anterior;
- A lei deve guardar compatibilidade formal e material frente à Constituição sob cuja regência foi editada.
- A lei deve guardar compatibilidade somente material com a nova Constituição.

Vejamos alguns exemplos, para entender melhor:

#### **I. Lei “A”, de 1978, editada em conformidade com a Constituição de 1967, mas que guarda incompatibilidade material com a CRFB de 1988.**

A legislação infraconstitucional anterior, que é incompatível com a nova Constituição, deverá ser **REVOGADA**, por ausência de recepção. Em outras palavras, com o advento da nova Constituição, a lei anterior materialmente incompatível não será recepcionada, ao passo que a legislação infraconstitucional compatível poderá ser recepcionada. Não se fala aqui em inconstitucionalidade superveniente, uma vez que a não recepção significa **REVOGAÇÃO** da norma incompatível. **De acordo com o STF, o Brasil NÃO adotou a tese da INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE, como já estudamos.** Assim, a Lei “A” não será recepcionada pela nova Constituição, devendo ser **REVOGADA**.

#### **II. Lei “B”, que observou o procedimento formal de aprovação previsto na Constituição de 1967, sob cuja égide foi editada, mas que não se mostra compatível com as regras formais de processo legislativo previstas pela CF88 para a espécie.**

Nesse caso não haverá problema, uma vez que a compatibilidade formal da lei deve ser aferida somente diante do parâmetro da época. Desta forma, se uma determinada lei foi elaborada com o quórum de lei ordinária (admitido na CF anterior), mas a nova CF passou a exigir quórum de lei complementar, não haverá inconstitucionalidade e nem revogação,



podendo a norma inclusive ser recepcionada com o status de lei complementar. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o CTN.

- III. **Lei “C”, de 1974, que fere o processo legislativo previsto na Constituição de 1967, mas que, até o advento da Constituição de 1988, nunca fora objeto de controle de constitucionalidade.**

Como a compatibilidade formal deve ser aferida diante do parâmetro da época, a lei “C” possui um vício congênito de inconstitucionalidade e, portanto, insanável. Ainda que na nova Constituição o procedimento fosse compatível, não haveria convalidação do vício originário, sendo certo que **o ordenamento jurídico brasileiro também não admite o fenômeno da CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE.**

Nas palavras de Paulo G. G. Branco: *“uma vez que vigora o princípio de que, em tese, a inconstitucionalidade gera a nulidade — absoluta — da lei, uma norma na situação em tela já era nula desde quando editada, pouco importando a compatibilidade material com a nova Constituição, que não revigora diplomas nulos”.*

O mesmo raciocínio se aplicaria à hipótese de uma lei ser materialmente incompatível com a CF67 e tal disposição passar a guardar disponibilidade material com a CF88. Como o vício de inconstitucionalidade é congênito e insanável, a nova Constituição também não teria o condão de saná-lo (Exemplo: a “CF” anterior dizia “não pise na grama” e a lei editada trazia um comando autorizativo para pisar na grama. Ainda que nova CF venha autorizar que se pise na grama também, a lei será inconstitucional, uma vez que a Constituição sob cuja égide foi editada não permitia tal conduta).

- **(IV) Lei federal “E”, de 1973, tratando de matéria de competência elencada como privativa da União pela Constituição de 1967. No entanto, a referida competência é transferida aos Estados pela CRFB de 1988, sendo que o Estado do RJ, no exercício desta competência, edita uma lei em sentido contrário à lei federal de 1973.**

Como visto, o fenômeno da recepção deve ser analisado pelo conteúdo (análise material), e não pela forma. O CTN, por exemplo, foi recepcionado com status de lei complementar, ainda que tenha sido criado como lei ordinária. No mesmo sentido, se uma lei é editada pela União seguindo a competência firmada na constituição passada e essa competência é transferida aos Estados pela nova constituição, também haverá recepção.

Isso porque, com relação aos elementos formais (competência e procedimento), aplica-se o **princípio do “tempus regit actum” ou da contemporaneidade:** aplica-se a norma constitucional em vigor no momento da edição da norma.

**No entanto, se, no segundo exemplo, o Estado editar uma lei própria, irá revogar a lei federal naquele Estado. Seria uma lei estadual revogando lei federal, já que a nova Constituição atribuiu essa competência aos Estados. Mas, nesse mesmo exemplo, se outro Estado não edita a sua norma, continua valendo a lei federal para ele.**



Nas palavras de Lenza, “é possível, também, uma mudança de competência federativa para legislar, ou seja, matéria que era de competência da União pode perfeitamente passar a ser de competência legislativa dos Estados-Membros (como exemplo, citamos a instituição de região metropolitana que, na atual Constituição, passou a ser de competência estadual)”.

Se, por outro lado, a Constituição anterior atribuía a competência aos Estados e a nova Constituição atribuiu a competência à União, a doutrina diverge. Uma parte da doutrina entende que as leis estaduais devem continuar valendo até que sobrevenha a lei federal, que fará uma revogação em bloco. Outros autores entendem que deve haver a automática não recepção das normas estaduais (Guilherme Peña).

Em síntese, recapitulando, para que uma lei seja recepcionada pela nova Constituição, deverá preencher os seguintes requisitos:

- estar em vigor no momento do advento da nova Constituição;
- não ter sido declarada inconstitucional durante a sua vigência no ordenamento anterior;
- guardar compatibilidade formal e material frente à Constituição sob cuja regência foi editada.
- guardar somente compatibilidade material com a nova Constituição.

**CUIDADO!** O fato de uma norma ter sido recepcionada, não significa que essa norma deve ser interpretada pelo judiciário da mesma forma que era antes. É o que Barbosa Moreira e Barroso criticam, usando a expressão “**interpretação retrospectiva**”. O judiciário deve fazer a chamada **FILTRAGEM CONSTITUCIONAL** (passar todo o direito pelo “filtro” da Constituição): é o dever do intérprete de promover uma releitura de todo o direito à luz da nova Constituição. Essa releitura pode ou não acarretar uma mudança de interpretação. Um exemplo é o do DL que previa a prisão civil na alienação fiduciária em garantia, que o STF fez uma interpretação conforme para excluir a interpretação que a permitisse.

#### **#EXCEÇÃO:**

Parte da doutrina admite **uma hipótese excepcional de constitucionalidade superveniente**:

No julgamento da ADI 2.240 e da ADO 3.682, pelas quais se possibilitaria, artificialmente, a “correção” do processo de criação do município Luís Eduardo Magalhães, que havia sido criado sem a observância dos requisitos do art. 18, §4º para a criação de Municípios, notadamente a ausência de lei complementar federal. Neste caso, estaríamos diante do fenômeno da constitucionalidade superveniente por decisão judicial, o que não se verificou, pois o prazo fixado pelo STF na ADO 3.682, para se corrigir o vício congênito da lei estadual que criou o novo município, não foi observado pelo Congresso. No entanto, a convalidação dos vícios de inconstitucionalidade se deu pela malfadada EC n. 57/2008, que seria uma hipótese excepcional de constitucionalidade superveniente por decisão política do parlamento (através da edição de uma emenda constitucional). Pela referida Emenda, foram convalidados os Municípios “inconstitucionais” criados até então, sem a lei complementar federal disciplinando o procedimento de criação (que até hoje não foi editada):

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96:

*"Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação."*





### Repristinação constitucional:

*Quando uma Constituição é revogada, os atos normativos com ela incompatíveis, e que não tenham sido oportunamente afastados do ordenamento jurídico, voltam a subsistir, caso não conflitem com a nova ordem constitucional? E no caso de normas infraconstitucionais incompatíveis com preceitos da Constituição alterados ou suprimidos por emenda constitucional superveniente: haverá repristinação?*

A repristinação constitucional é o fenômeno pelo qual as normas infraconstitucionais elaboradas e em vigor sob a égide de um ordenamento constitucional não são recepcionadas por um novo ordenamento, mas, posteriormente, em virtude de uma nova Constituição, voltariam a vigorar.

Como regra geral, **o Brasil adotou a impossibilidade do fenômeno da repristinação, salvo se a nova ordem jurídica assim se pronunciar de forma expressa.** Assim, como regra, a resposta aos questionamentos anteriores seria negativa. Nos dizeres de Sarmento:

*Os atos normativos incompatíveis com a Constituição não são apenas anuláveis, mas nulos de pleno direito. Se eles foram produzidos de forma incompatível com a Constituição que vigorava à época da sua edição, não chegaram a se incorporar validamente ao ordenamento jurídico, pouco importando se o vício que ostentavam era de natureza material ou formal. O fato de não terem sido expurgados da ordem jurídica no momento em que vigorava a Constituição sob cujo pálio foram gerados não tem o condão de convalidar o seu vício de origem. **É claro que uma nova Constituição pode conferir validade à norma que era inconstitucional no regime pretérito. Mas, no silêncio do constituinte, não se deve presumir que ele tenha querido fazê-lo. A solução não deve ser diferente quando se tratar de não recepção. A revogação da Constituição que não recepcionou determinado ato normativo não basta para que este, automaticamente, recobre a vigência perdida.** Para os que, na linha da jurisprudência do STF, consideram que a não recepção equivale à revogação, a hipótese seria de repristinação, no seu sentido técnico, e esta também não se presume, dependendo de previsão expressa (art. 2º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil).*

*(...) **No Brasil, o STF não admite a figura da repristinação constitucional tácita.** Ademais, a Corte vem afirmando, de forma reiterada, que “o sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente”. Assim, **se uma norma é editada de forma contrária à Constituição, a superveniência de emenda constitucional com ela compatível não lhe convalida o vício de origem.**”*

### Desconstitucionalização e Recepção material de normas constitucionais:



A desconstitucionalização é o fenômeno por meio do qual as normas da Constituição anterior permanecem em vigor no novo ordenamento constitucional, mas com o status de normas infraconstitucionais.

A tese da desconstitucionalização não foi adotada pelo Brasil. No entanto, é possível que ocorra, desde que haja previsão expressa na nova Constituição e as normas da Constituição anterior sejam com ela compatíveis. **No entanto, frise-se: trata-se de um fenômeno excepcional, uma vez que a regra é que a Constituição anterior seja automaticamente revogada com o advento da nova Constituição.**

Além da desconstitucionalização, a doutrina menciona ainda a chamada “RECEPÇÃO MATERIAL DE NORMAS CONSTITUCIONAIS”, que consiste na possibilidade de a norma de uma constituição anterior ser recepcionada pela nova constituição, mas aqui com status de norma constitucional.

Como exemplo, cite-se o art. 34, caput, e seu § 1.º, do ADCT da CF/88, que determinam, expressamente, a continuidade da vigência de determinados artigos da Constituição anterior, com o caráter de norma constitucional, no novo ordenamento jurídico. Contudo, trata-se de uma vigência por prazo certo (temporária) e em caráter precário.

Ademais, assim como na desconstitucionalização, o fenômeno da recepção material só será admitido se houver **previsão expressa** na nova Constituição. Caso não haja, as normas da Constituição anterior, conforme visto, são automaticamente revogadas.

#### **Recepção provisória: a lei “ainda” constitucional e a inconstitucionalidade progressiva**

Trata-se da manutenção provisória de normas anteriores à Constituição e incompatíveis com ela, em hipóteses em que a sua supressão possa acarretar danos maiores aos bens jurídicos constitucionalmente tutelados do que a sua preservação por algum tempo. Nos dizeres de Sarmento:

*“Do ponto de vista formal, a nova Constituição instaura imediatamente um novo regime jurídico-político no país. Contudo, sob o ângulo prático, é evidente que determinadas alterações impostas pela nova ordem constitucional demandam tempo para se realizarem. Esse **descompasso entre o plano normativo-constitucional e a realidade** pode justificar a manutenção provisória de normas anteriores à Constituição e incompatíveis com ela, em hipóteses em que a sua supressão possa acarretar danos maiores aos bens jurídicos constitucionalmente tutelados do que a sua preservação por algum tempo.”*

Exemplo paradigmático é o art. 68 do Código de Processo Penal: tal dispositivo atribuía ao Ministério Público a legitimidade ativa para ajuizar ações civis de reparação de dano *ex delicto* quando a vítima fosse pobre. Nesse caso, o STF entendeu que tal competência fora outorgada pela Constituição de 88, com exclusividade, à Defensoria Pública, o que afastaria, a princípio, a recepção da norma em questão. Contudo, sensível às consequências práticas dos seus julgamentos, o STF considerou que até a efetiva instalação das defensorias públicas da União e dos Estados, a referida norma deveria continuar vigorando, sob pena de denegação do acesso à Justiça aos mais carentes.



*“A alternativa radical na jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex nunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição — ainda quando não se cuide de preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado —, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. Será considerado ainda vigente: é o caso de São Paulo, como decidiu o Plenário no RE 135.328.71”*

De acordo com Sarmiento, o caso envolve as chamadas “**situações constitucionais imperfeitas**”, em que as normas se situam em **um estágio de trânsito entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade**. Uma dessas hipóteses relaciona-se ao fenômeno da **inconstitucionalidade progressiva**: o decurso do tempo e a alteração das circunstâncias fáticas subjacentes à norma fazem com que ela, tida originariamente como válida, torne-se posteriormente inconstitucional. Daí porque a vigência da norma é temporariamente mantida, sendo, porém, condicionada a algum termo ou condição.

O professor destaca, valendo-se das lições de Gilmar Mendes, que “as situações constitucionais imperfeitas” não se configuram apenas com a instauração de nova Constituição, na análise da recepção de normas anteriores. **O fenômeno pode dar-se também em relação às leis aprovadas após o advento da Constituição, em hipóteses em que se verifique significativa alteração na realidade fática subjacente à norma, ou em que esteja em curso um processo de mutação constitucional que, ao alterar o sentido da Constituição, se reflita no julgamento sobre a validade de quaisquer atos normativos infraconstitucionais.”**

Sarmiento menciona ainda o HC 70.514-6,74 em que se discutiu a validade de preceito da Lei nº 7.871/89, que, alterando a Lei nº 1.060/50, atribuíra **prazo em dobro para recorrer à Defensoria Pública**. O STF entendeu que, em princípio, a Defensoria Pública não deveria ter prazo maior para recurso do que a sua parte adversa no Processo Penal — o Ministério Público — que conta com prazo simples. Porém, afirmou que, enquanto a Defensoria, em cada Estado, não estivesse, em termos organizacionais, em pé de igualdade com o Ministério Público, a diferença de tratamento poderia subsistir.

### Poder Constituinte Derivado

Também denominado instituído, constituído, secundário ou de segundo grau. Ele é criado pelo Poder Constituinte Originário e delimitado pela Constituição, devendo obedecer às regras colocadas e impostas pelo Originário, sendo, nesse sentido, **limitado e condicionado**. Tem como subespécies: o PCD Reformador e o PCD Decorrente.



### Poder Constituinte Derivado Reformador:

Conforme a doutrina majoritária, a reforma é um gênero que apresenta duas espécies: a **revisão** (reforma geral ou global do texto, artigo 3º do ADCT) e as **emendas** (reformas pontuais do texto, artigo 60 da CRFB). Ambas são mecanismos legítimos de alteração do texto constitucional.

ADCT, Art. 3º - 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.

CRFB, Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

- **Poder Constituinte Derivado de Reforma via **revisão****

Também chamado de Poder Constituinte Derivado revisor, é fruto do Poder Constituinte Originário, estando, portanto, a ele vinculado. É um poder jurídico condicionado e limitado às regras instituídas pelo Originário.

O artigo 3º do ADCT determinou que a revisão se realizasse 05 (cinco) anos após a promulgação da Constituição, pelo voto da maioria **absoluta** dos membros do Congresso Nacional, em **sessão unicameral**.

Os limites materiais estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário são os estabelecidos nas cláusulas pétreas do artigo 60, §4º, da CRFB, quais sejam: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

A competência revisional do artigo 3º do ADCT resultou na elaboração de 06 (seis) emendas constitucionais de revisão.

**A doutrina majoritária rejeita a tese de ser possível uma emenda constitucional propiciar uma nova revisão.**

Importante! Não devemos confundir emenda com revisão.

	EMENDAS CONSTITUCIONAIS (ART. 60 DA CRFB)	REVISÃO CONSTITUCIONAL (ART. 3º DO ADCT)
QUÓRUM	3/5	MAIORIA ABSOLUTA
VOTAÇÃO	2 TURNOS EM CADA CASA	SESSÃO UNICAMERAL



LIMITE TEMPORAL	NÃO HÁ LIMITE TEMPORAL	SÓ PÔDE SER EDITADA 5 ANOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CRFB
-----------------	------------------------	---

- Poder Constituinte Derivado de Reforma via emendas
- Limitações:

**a) Limite temporal:** A limitação temporal impede que a Constituição seja alterada durante um determinado período de tempo. Define que a reforma da Constituição está limitada a ocorrer após um lapso temporal. Isso não ocorre na nossa Constituição, só ocorreu na Constituição do Império, de 1824.

Assim, o entendimento amplamente majoritário é no sentido de que **não há limitação temporal na CRFB/88 para as emendas constitucionais**. Neste sentido, o art. 60, §5º, é referido por esta corrente como uma limitação **formal**.

*§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.*

**OBS:** Cuidado neste ponto com o art. 3º ADCT já estudado acima. É muito comum que haja confusão entre a limitação temporal e a revisão. O referido dispositivo prevê a revisão constitucional após 5 anos da promulgação da CRFB. Alguns autores entendem isso como limitação temporal. Mas não o é porque a limitação temporal impede a reforma, ou seja, impede a emenda e não a revisão.

**b) Limitações circunstanciais:** Impedem a alteração da Constituição via emendas em situações de extrema gravidade, nas quais a livre manifestação do Poder Reformador possa estar ameaçada. Não diz respeito ao tempo que poderá perdurar a limitação, pois a reforma está condicionada a uma determinada situação, da qual não se tem conhecimento do lapso temporal. Essas circunstâncias estão previstas pelo art. 60, §1º:

- Intervenção federal (art. 34);
- Estado de Defesa (art. 136); e
- Estado de Sítio (art. 139).

**c) Limitações formais:** Impõem a observância de certas formalidades e procedimentos para que a Constituição possa ser alterada. Vejamos:

#### c.1 - Iniciativa:



A CRFB/88 é rígida, ou seja, possui um procedimento de alteração de suas normas mais difícil do que o procedimento ordinário, destinado à elaboração de leis. Isso significa que a iniciativa para a elaboração de emendas será mais rigorosa, somente a possuindo (art. 60, I a III):

- Mínimo de 1/3 dos membros da Câmara ou do Senado;
- Presidente da República; e
- Mais de 50% das Assembleias Legislativas, desde que, cada uma, vote a favor da apresentação da proposta pela maioria relativa de seus membros.

**c.2 - Discussão, votação e aprovação:** Para a aprovação de uma Emenda, a CRFB/88 exige 2 turnos de votação em cada casa do Congresso Nacional e um quórum qualificado de 3/5 dos respectivos membros:

*§ 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.*

Como não há sanção nem veto, da aprovação a proposta segue para a promulgação.

**c.3 - Promulgação:** A promulgação é feita, conjuntamente, pelas mesas da Câmara e do Senado (art. 60, §3º).

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

**c.4 - Art. 60, §5º:** Tendo sido a PEC rejeitada, a matéria só poderá ser objeto de nova proposta na sessão legislativa seguinte. Consoante já exposto, entende-se majoritariamente que este dispositivo traz uma limitação formal.

*§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.*

**d. Limitações materiais:** Impedem a alteração de determinados conteúdos consagrados na Constituição. As limitações materiais se consubstanciam nas chamadas **cláusulas pétreas**.

**d.1) cláusulas pétreas explícitas (art. 60, § 4º, da CRFB):**

I - a forma federativa de Estado

(como a cláusula pétrea não é uma garantia de absoluta inalterabilidade, não é qualquer transferência de competências entre os entes que trará violação à cláusula pétrea (Ex: uma EC que tirasse alguns tributos da competência da união). A EC será inconstitucional quando violar o núcleo essencial desses princípios. Nesse sentido, o núcleo essencial do princípio federativo é a autonomia política dos entes, que não pode ser suprimida pela EC.)

II - o voto direto, secreto, universal e periódico





(para a doutrina majoritária, não está incluído o voto obrigatório).

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

*Art. 60, § 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.*

**d.2) cláusulas pétreas implícitas:** A doutrina costuma invocar algumas cláusulas pétreas implícitas, ou seja, que não são referidas expressamente como tais pelo texto constitucional. No direito brasileiro, poderíamos considerar como cláusulas pétreas implícitas a “república”, o “presidencialismo”, os princípios fundamentais do art. 1º e 4º, bem como as próprias normas que tratam do poder de reforma. Neste ponto temos a chamada tese da “DUPLA REFORMA”.

Tal tese advém de Portugal e lá ocorreu em 1989. A dupla reforma é o modo indireto/oblíquo/reflexo de atentado às cláusulas pétreas. Partindo do art. 60 §4º, quando impossibilita a reforma sobre esses pontos, poderia cogitar duas reformas: abolir a cláusula pétrea e depois dispor ao contrário daquilo que a cláusula pétrea dispunha.

A doutrina majoritária entende que a dupla reforma é inconstitucional, (contra: Manoel Gonçalves). Isso porque a reforma do art. 60 §4º possui uma limitação material implícita, um imperativo lógico, que é a própria impossibilidade de supressão de tais limites. Ademais, permitir que o poder reformador disponha sobre os seus próprios limites implicaria negar a força vinculante desses limites. Assim, seria inconstitucional emenda para revogar cláusula pétrea.

#### **#APROFUNDANDO: Constitucionalismo abusivo**

A expressão “constitucionalismo abusivo” foi concebida por David Landau, para designar o fenômeno pelo qual os instrumentos de reforma ou de modificação constitucional são usados para perpetuar quem está no poder e debilitar os controles democráticos.

Seria o caso, por exemplo, de um líder democraticamente eleito que comece a usar os instrumentos de reforma a seu favor, moldando a Constituição para permanecer no poder ou diminuir o controle democrático sobre seu governo.

A expressão também tem sido usada por alguns constitucionalistas brasileiros em sentido “lato”, como sinônimo de “legalismo autocrático”, quando o chefe de governo se utiliza de instrumentos previstos na Constituição, como Medidas Provisórias e Decretos, em desacordo à principiologia constitucional. Neste sentido, confira trecho do voto do Min. Barroso, no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 622, a qual analisou a constitucionalidade do Decreto nº 10.003/2019, que dispõe sobre a composição e o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda.

*“O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua*



*inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático.*

*13. Esse fenômeno tem recebido, na ordem internacional, diversas denominações, entre as quais: “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”. Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder.*

*O resultado final de tal processo tende a ser a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições. Nessa linha, as cortes constitucionais e supremas cortes devem estar atentas a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma estratégia mais ampla de concentração de poderes, violação a direitos e retrocesso democrático. (...)”.*

- **Limites imanentes X transcendentés:**

Existem outras classificações atinentes aos limites ao poder de reforma constitucional. **Daniel Sarmento** menciona os limites *imanentes* ao sistema constitucional e os limites *transcendentés* a ele.

Limites **imanentes** são aqueles positivados expressa ou implicitamente na própria Constituição. Já os limites **transcendentés** são os que têm sede em outro plano, como os valores suprapositivos, ou as obrigações assumidas na esfera internacional. Quanto aos limites transcendentés, eles nem sempre são aceitos. Mas, como Sarmento sustenta que existem limites até para o poder constituinte originário, admite, por conseguinte, que os mesmos também vinculem o poder reformador.

Para o autor, essa classificação não tem grande aplicabilidade prática hoje no Brasil, pois “os limites já contidos na Constituição de 88, interpretados de maneira adequada, já vedam as reformas constitucionais de inspiração autoritária que as limitações transcendentés, se admitidas, poderiam impedir.”

- **Limites absolutos X relativos:**

Outra classificação abordada por Sarmento.

Os limites **absolutos** não seriam superáveis sem ruptura da ordem constitucional. Já os **relativos** poderiam ser ultrapassados, por meio de procedimentos ainda mais complexos do que os necessários à reforma. Este debate tem conexão com a discussão a propósito da possibilidade de “dupla revisão” na Constituição.



De acordo com o professor, os limites ao poder de reforma são juridicamente vinculantes, podendo ser objeto, inclusive, de proteção judicial, por meio do controle abstrato ou concreto de constitucionalidade

### **Poder Constituinte Derivado Decorrente**

É aquele responsável pela elaboração das Constituições **no âmbito dos Estados-Membros**, ou pela sua modificação.

Dentro de uma Federação, há os entes federados. Geralmente, uma Federação é composta pela União e pelos Estados-Membros. Os Municípios constituem entes federativos exclusivos do Brasil. Cada Estado-Membro tem sua própria Constituição, a ser elaborada pelo Poder Constituinte Decorrente.

O entendimento majoritário na doutrina brasileira é no sentido de que o Poder Constituinte Decorrente só existe no âmbito dos estados-membros e do Distrito Federal. Para a maioria dos autores, como a Lei Orgânica Municipal não serve como parâmetro para controle de constitucionalidade, **não haveria, no Município, um Poder Constituinte Decorrente.**

O Poder Constituinte Decorrente é um poder constituído que encontra limites na Constituição Federal. **Ele só é constituinte em relação à Constituição do Estado-Membro.**

Portanto, possui uma **dupla natureza**: é constituído pela Constituição Federal, nela encontrando limites; e, ao mesmo tempo, é constituinte em relação à Constituição do Estado-Membro.

O Poder Decorrente apresenta alguns **limites**, na classificação de José Afonso da Silva:

**a. Princípios constitucionais sensíveis:** encontrados no art. 34, VII, da CRFB. Se forem violados, ensejam intervenção federal.

*Art. 34 - A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:  
VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.*

**b. Princípios constitucionais estabelecidos:** são normas espalhadas pelo texto constitucional, responsáveis por organizar a Federação. Ex.: artigos 21 e 39 a 41.

Esses princípios são de caráter proibitório ou mandatório, pois tanto podem proibir como ordenar algo ao Estado-membro. Podem, ainda, ser de natureza expressa, implícita e decorrente do sistema constitucional adotado.

**c. Princípios federais extensíveis:** são normas centrais comuns à União, Estados, DF e Municípios. Referem-se a limitações que foram dispostas para a União, mas que devem ser **observadas por simetria** pelos demais entes federativos. Vê-se, então, que os princípios constitucionais extensíveis estão relacionados ao chamado PRINCÍPIO DA



SIMETRIA (Exemplo: normas sobre o processo legislativo, que devem ser aplicadas por simetria aos Estados, de acordo com o STF).

#### **Limites à reforma das Constituições Estaduais:**

Além dos limites que vimos acima, o STF, invocando o “princípio da simetria”, já consolidou o entendimento de que as regras que disciplinam a **reforma de cada Constituição estadual** devem se espelhar, no que couber, naquelas que cuidam da alteração a Constituição Federal, sob pena de inconstitucionalidade. **Neste sentido, afirmou, por exemplo, que o Estado-membro não pode criar procedimento mais difícil do que o previsto pela Constituição Federal para emenda da sua Constituição, invalidando preceito de carta estadual que estabelece o quórum de 4/5 para aprovação de reforma no seu texto.**

Na mesma linha, o STF considerou inviável a criação, no plano estadual, do procedimento de revisão constitucional, que permitiria a alteração do texto constitucional estadual com o assentimento da maioria absoluta dos membros da assembleia legislativa. O quórum de deliberação para reformas às constituições estaduais, segundo o STF, deve ser, necessariamente, de 3/5 dos deputados estaduais, em duas votações sucessivas, sendo a emenda promulgada pela própria Assembleia Legislativa, sem submissão do seu texto à sanção ou veto do governador.

#### **Poder Constituinte Difuso (Mutação Constitucional)**

Algumas vezes, por força da evolu o da situa o fática na qual a norma incide, ou por força de uma visão jurídica nova que passa a sobrelevar na sociedade, a Constitui o muda sem que suas palavras mudem.

Assim sendo, podemos conceituar a muta o constitucional como **o processo informal de modifica o do significado da Constitui o sem que haja altera o formal de seu texto**. Nas precisas palavras do Professor UADI LAMMÊGO BULOS, "o poder constituinte difuso   a força invisível que a altera a Constitui o, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer".   chamada também de Poder Constituinte Difuso.

- Aten o para não confundir!

Muta�o Constitucional	Reforma Constitucional
Alter�o <b>informal</b> do significado da Constitui�o: altera�o do contexto sem alterar o pr�prio texto.	� um processo <b>formal</b> de altera�o da Constitui�o atrav�s de emenda ou revis�o.

Saliente-se que há limites para a muta o constitucional. Conforme explica o autor Paulo Gonet Branco, **a nova interpreta o deve encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior.**

No STF temos inúmeros exemplos de muta o constitucional:

**HC 82959** → Progressão de regime prisional em crime hediondo. O STF passou a entender que a pena individualizada não   somente a pena quantificada e qualificada, mas também a pena acompanhada. O regime integralmente fechado vai contra a pena individualizada, sendo que deve ser entendido como inicialmente fechado.



**MS 26602** → Infidelidade partidária passou a ser um vetor ético e princípio jurídico. O art. 55 CRFB/88 continua tendo a mesma redação, mas não é exaustivo e sim exemplificativo.

**ADPF 132** → Trata da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A norma inconstitucional é a mesma, mas agora dá a interpretação da existência de união entre pessoas do mesmo sexo com as mesmas consequências jurídicas que existem a casais heterossexuais. No art. 226 §3º CRFB/88, entenda-se união estável heteroafetiva e homoafetiva.

**Ação Penal 470** → Mutação do art. 55 §2º CRFB/88. Perda do mandato pelo STF não relegando à Casa Legislativa nos casos de condenação penal quando a elementar do tipo for a improbidade administrativa.

**Importante!** Em julgado noticiado no Informativo 886 (caso do amianto), alguns ministros entenderam que o art. 52, X CRFB/88 teria sofrido mutação constitucional, de forma que o papel do Senado nas ações de controle difuso seria apenas o de dar publicidade à decisão do STF (abstrativização do controle difuso). O tema não é pacífico.

É importante destacar que a mutação, e consequentemente a nova interpretação, **não poderá afrontar os princípios estruturantes da Constituição**, nem ser contrária ao próprio texto constitucional, sob pena de vício de inconstitucionalidade. Não é possível haver o que alguns autores denominam de “MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL”, ou seja, a mutação que contraria o próprio texto da Constituição.

Para finalizarmos esse estudo das mutações constitucionais devemos destacar uma sistematização proposta por Barroso, na qual o autor procurou identificar os mecanismos de mutação constitucional. São eles:

**1. Por interpretação, que pode ser judicial ou administrativa:**

- no caso da interpretação **judicial**, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o STF vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que havia fixado antes, sem que tenha havido qualquer alteração do texto da CF.

- Essa interpretação também pode ser realizada no âmbito administrativo. O Ministro Barroso dá como exemplo a Resolução n. 7 do CNJ que, ao reconhecer novas perspectivas aos princípios da impessoalidade e moralidade, deu novo sentido às restrições ao nepotismo.

**2. Por atuação do legislador:** através desse mecanismo o legislador atua para procurar alterar o sentido já dado a alguma norma constitucional.

**3. Por via de costumes constitucionais:** apesar de reconhecer não ser pacífica a existência de costumes em países que contam com Constituição rígida e escrita, Barroso entende que certas práticas reiteradas ensejam mudanças no sentido interpretativo da Constituição. O exemplo citado pelo Ministro é a possibilidade de o chefe do poder executivo negar a aplicação de lei que de modo fundamentado considere inconstitucional.



**Obs.:** o costume *contra legem* ou *contra constitutionem* não é admitido (ex: nepotismo, conduta que era amplamente adotada no Judiciário antes da Res. 7 do CNJ)

### **Poder Constituinte Supranacional**

O poder constituinte supranacional é aquele que busca estabelecer uma **Constituição supranacional legítima**, a partir de um conjunto de Estados que se inter-relacionam em um **processo de integração econômica e política**. É a discussão que envolve, por exemplo, a União Europeia e, em menor escala, o Mercosul.

Nas palavras de Maurício Andreiuolo Rodrigues, o poder constituinte supranacional:

*“faz as vezes do poder constituinte porque cria uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados ou adere ao **direito comunitário de viés supranacional** por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Da mesma forma, e em segundo lugar, **é supranacional, porque se distingue do ordenamento positivo interno assim como do direito internacional**”.* (Maurício A. Rodrigues, Poder constituinte supranacional: esse novo personagem, p. 96, apud Kildare G. C., Direito constitucional, p. 276-277)

Trata-se de importante processo que, segundo Marcelo Neves, muitas vezes encontra-se relacionado com o fenômeno do TRANSCONSTITUCIONALISMO, em superação ao tradicional “constitucionalismo provinciano”, permitindo a solução de conflitos de direitos fundamentais e/ou institucionais que repercutem em ordens jurídicas distintas. O exemplo clássico apontado pelo autor é a análise de compatibilidade da Lei de Anistia com o texto da CRFB/1988, que o STF entendeu plenamente recepcionada no julgamento da ADI 4869, decisão a qual foi posteriormente questionada na Corte Interamericana de Direitos Humanos, à luz dos tratados internacionais sobre a matéria, notadamente o Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse sentido, chega-se a falar em uma tendência à “globalização do direito constitucional”, que se verifica no direito europeu a partir da progressiva constitucionalização do direito comunitário na União Europeia, de modo a se estabelecer relações dialógicas institucionalizadas, para que sejam empreendidas soluções comuns, evitando-se contradições políticas e/ou jurídicas (como ocorrido no caso da Lei de Anistia).

Vale mencionar que Daniel Sarmento até reconhece a existência desse fenômeno da constitucionalização comunitária, mas não reconhece nele um “poder constituinte”. Vejamos:

*“Existe, sim, um processo de “constitucionalização” do Direito Comunitário europeu, pelo qual este vem ganhando características sui generis, que se aproximam daquelas tradicionalmente atribuídas às constituições estatais. Porém, não há como vislumbrar, pelo menos até o momento, a existência de um verdadeiro poder constituinte europeu, sobretudo no sentido democrático, de um poder constituinte do povo.”*  
(SARMENTO)