**A NATUREZA JURÍDICA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO SOB A PERSPECTIVA JUSPOSITIVISTA E JUSNATURALISTA\***

*Ana Cássia Rodrigues da Silva\*\**

*Márcia Regina Mourão da Silva\*\*\**

**Sumário:** Introdução; 1 Conceito do Poder Constituinte Originário; 2 Tipos de poder constituinte originário; 3 Finalidade; 4 Natureza na perspectiva Jusnaturalista e Juspositivista; 5 Formas de Expressão; 6 Características; 7 Limites do poder constituinte originário; Conclusão. Referências.

**RESUMO**

Este artigo aborda as questões relacionadas ao Poder Constituinte Originário acerca da sua natureza, sob a perspectiva das visões Jusnaturalista e Juspositivista, que servirão como base para analisar a capacidade do mesmo em elaborar e determinar a observância de uma Constituição, discutindo-se a sua titularidade e legitimidade política, bem como os limites de atuação deste poder.

**Palavras-chave:** Poder Constituinte Originário. Jusnaturalista. Juspositivista. Legitimidade.

**INTRODUÇÃO**

Considerando a teoria do Poder Constituinte desenvolvida por Sieyés, enfatizou-se neste trabalho discussões relevantes acerca do Poder Constituinte Originário, dando o seu conceito, tipos de constituinte originário, bem como a sua finalidade.

A abordagem principal consiste na natureza do poder constituinte originário, utilizando-se das duas correntes principais: jusnaturalista que defende a existência de um direito eterno e imutável, sustentando que o poder constituído originário estar subordinado aos princípios do direito natural; e a concepção juspositivista a qual não admite a existência de outro direito, senão aquele posto pelo Estado, “devendo ser tratado como uma questão de fato, fora da dimensão dos valores” (BONAVIDES, 2007, p. 146).

Foram analisados ainda, os limites do poder constituinte originário, averiguando-se seu livre arbítrio, com as devidas restrições para estabelecer uma nova ordem jurídica, por meio de um novo texto constitucional; as formas de expressão e características desse poder que dá origem a uma constituição.

**1 CONCEITO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO**

O Poder Constituinte originário é também conceituado como um poder fundador, criador ou inaugural constituinte, um modo de legitimação do poder político da nação, ou nas palavras de Luís Carlos Hiroki MUTA, “é a manifestação política, direta e imediata, da vontade popular e soberana, pela qual se funda um novo Estado e se cria a Constituição necessária à sua organização” (MUTA, 2007, p. 9).

**2 TIPOS DE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO**

Dois são os tipos de Poder Constituinte Originário:

O *fundacional* (denominado ainda histórico) seria verdadeiramente o poder constituinte originário, que cria a 1ª Constituição do Estado nacional. No Brasil, este poder fundacional consiste naquele que elaborou a nossa 1ª Constituição outorgada em 1824.

O *pós-fundacional* é aquele que cria todas as outras Constituições do Estado nacional, rompendo com as normas constitucionais fixadas anteriormente, é o caso das nossas Constituições de 1891 a 1988.

**3 FINALIDADE**

É um poder responsável pela escolha e formalização do conteúdo da nova ordem jurídica (Constituição), criando um novo Estado, diferente do que vigorava, rompendo por completo com a ordem jurídica anterior, limitando o poder estatal e preservando os direitos e garantias individuais.

Consideramos o pensamento de Alexandre de MORAES, segundo o qual:

O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.

A ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificado pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo (MORAES, 2006, p. 22).

Destarte, poder constituinte originário é um poder constituinte iniciador porque é o que cria a Constituição, sendo essa a lei maior de todo Ordenamento Jurídico. Em termos da atual realidade brasileira, esse poder constituinte originário se manifestou em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da nossa Constituição Federal.

Além de designar a nova Constituição Federal, outra finalidade do poder constituinte originário, segundo José Afonso da SILVA é constituir um poder constituinte reformador conforme estabelece:

A Constituição, como se vê, conferiu ao Congresso Nacional a competência para elaborar emendas a ela. Deu-se, assim, a um órgão *constituído* o poder de emendar a Constituição. Por isso se lhe dá a denominação de *poder constituinte instituído* ou *constituído.* Por outro lado, como esse seu poder não lhe pertence por natureza, primariamente, mas, ao contrário, deriva de outro (isto é, do poder constituinte originário), é que também se lhe reserva o nome de *poder constituinte derivado,* embora pareça mais acertado falar em *competência constituinte derivado* ou *constituinte de segundo grau.* Trata-se de um problema de técnica constitucional, já que seria muito complicado ter que convocar o constituinte originário todas as vezes em que fosse necessário emendar a Constituição. Por isso, o próprio poder constituinte originário, ao estabelecer a Constituição Federal, institui um *poder constituinte reformador,* ou *poder de reforma constitucional,* ou *poder de emenda constitucional* [...] (SILVA, 2007, p. 64 e 65).

**4 NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO**

**4.1 PERSPECTIVA JUSNATURALISTA**

A teoria do poder constituinte originário aborda duas perspectivas para definir a natureza do mesmo, fundamentando esse poder como sendo uma força que se impõe como tal, ou seja, um poder de fato, ou um poder que deriva de regra jurídica anterior ao Estado que funda (FILHO, 2002).

Os Jusnaturalistas entendem que o Direito não se reprime àquelas normas positivadas validamente produzidas pelo Estado, existindo um Direito anterior, o que faz do Poder Constituinte Originário um poder de direito.

A essa questão Manoel Gonçalves Ferreira Filho assinala que:

[...] O Direito não se resume ao Direito positivo. Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este. Deste Direito natural decorre a liberdade de o homem estabelecer as instituições por que há de ser governado. Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito FILHO (2002, p. 23).

Assim o direito deve ser compreendido em uma concepção maior. No sentido de alcançar determinas pretensões naturais que decorrem de uma racionalidade superior, cumprindo ao direito positivo validar, reconhecer e que mesmo não havendo reconhecimento nas normas positivistas não se perde o caráter jurídico.

Nessas pretensões naturais, racionalidade superior encontra-se a autodeterminação dos povos. Todo povo tem o direito de se constituir. Nesse sentido, o Poder Constituinte originário nada mais é do que a materialização da autodeterminação dos povos, que materializa um direito natural que se concebe.

Discorrendo acerca da legitimidade do poder constituinte originário Ferreira FILHO (2002, p. 24) afirma que “Se todo poder, em última análise, repousa no consentimento, na aceitação dos governados, pode-se dizer que a soberania e, portanto, o Poder Constituinte originário pertence ao povo [...]”

O poder constituinte originário é um poder jurídico, mas jurídico não no sentido de direito positivo e sim natural, um poder que cria toda a norma jurídica (ordem).

Ressalta (MUTA, 2007) que o poder constituinte originário é um poder que dar origem ao ordenamento jurídico, a partir do qual se funda a Constituição Federal, tornando jurídico todos os demais poderes e órgãos, titularizados constituídos.

Sieyès (1999, p. 21-24 *apud* BARROSO, 2009, p. 109) na sua teoria preleciona:

[...] O poder constituinte da nação - consiste na capacidade de instituir, a qualquer tempo, uma nova ordem - encontra-se fora e acima do poder constituído, vale dizer, do sistema jurídico positivo, das instituições de poder existentes. Qualificava-se, assim, como inalienável, permanente e incondicionado, não se subordinando ao Direito preexistente. Seu fundamento de legitimidade e, consequentemente, seu limite de atuação, situava-se em um Direito superior, o direito natural, no qual se colheu justificação para a superação do *Velho Regime* e a afirmação das liberdades e direitos burgueses. Nessa perspectiva, o poder constituinte é um poder de direito, fundando não no ordenamento vigente, mas no direito natural, que existe antes da nação.

**4.2 PERSPECTIVA JUSPOSITIVISTA**

Inicialmente, vale ressaltar que os positivistas compreendem o Direito como um conjunto de normas postas e legisladas pelos órgãos estatais competentes. Assim, para o Direito Positivo, tudo o que não está positivado não integra ao direito, e sim a outra ordem fenomenológica.

A natureza do Poder Constituinte originário fundada pela concepção juspositivista, baseia-se no que fora acima referido, ou seja, se o Direito é um complexo de normas produzidas validamente pelo Estado de acordo com os seus órgãos capazes, com os procedimentos previstos e, considerando que a Constituição é a primeira lei positiva do Estado, tudo o que existe antes dela, não pode integrar ao Direito.

Destarte, se a primeira lei, a qual inaugura a ordem jurídica é a Constituição, então o poder que lhe antecede não pode ser um poder jurídico, é um poder meramente político, uma categoria de fato e não jurídica.

Segundo FERREIRA FILHO (2002, p. 23) “Para quem entende que o Direito só é Direito quando positivo, a resposta é que o Poder Constituinte é um poder de fato, no sentido de que se funda a si próprio, não se baseando em regra jurídica anterior”.

Sob essa perspectiva, o Estado está organizado a partir da Constituição Federal, assim o Poder Constituinte é um poder que antecede o próprio Estado.

Seguindo essa concepção BARROSO ressalta que:

[...] o positivismo jurídico, que, ao contrario do jusnaturalismo, não reconhece a possibilidade de um Direito preexistente ao Estado. Como o poder constituinte cria – ou refunda – o Estado, sendo anterior a ele, trata-se de um *poder de fato,* uma força política, situada fora do Direito (metajurídica, portanto) e insuscetível de integrar o seu objeto. Nesse particular, tanto o normativismo kelseniano, com a tese da norma fundamental pressuposta, como o decisionismo de Carl Schmitt, pelo qual a Constituição é uma vontade política com força para se impor, conduzem ao mesmo resultado: o de que o poder constituinte é um fato pré-jurídico, externo ao Direito BARROSO (2009, p. 109).

**5 FORMAS DE EXPRESSÃO**

Não existe uma forma pré-concebida de se expressar o poder constituinte originário. Este já se manifestou de diversas maneiras. Assim ocorre grande revolução social, a partir de transição política pacífica, da conquista de um determinado território ou parte do reconhecimento de alguém que dominava a soberania daquela comunidade.

O que é primordial se identificar é que quando da atuação do poder constituinte originário, está havendo naquele momento a criação de uma nova ordem jurídica a partir da criação de uma nova Constituição.

Assim o poder constituinte originário pode se manifestar de uma maneira arbitrária ou de uma maneira democrática. Quando age de forma arbitrária origina-se a Constituição Federal que se denomina Outorgada; já democraticamente a Constituição Federal se dá de forma Promulgada. Deste modo, toda vez que há a criação de uma nova ordem jurídica, da elaboração de uma nova constituição haverá manifestação do poder constituinte originário.

A diferença em uma Constituição Federal que foi outorgada está na legitimidade, porque não se expressa a partir de um consentimento popular, assim sendo, o poder constituinte originário institui uma nova constituição que não se terá legitimidade, pois de acordo com o pensamento de Alexandre de MORAES (2006, p. 23) “A outorga é o estabelecimento da Constituição por declaração unilateral do agente revolucionário, que autolimita seu poder. (Exemplos: Constituição de 1824, 1937 e Ato Institucional nº 1, de 9-4-1964)”.

No que tange às Constituições Federais promulgadas essas são elaboradas a partir de um poder constituinte que se expressa democraticamente, através de uma Assembleia Nacional Constituinte ou Convenção, compostas por representantes do povo, é o que Alexandre de Moraes vem salientar:

A *assembleia nacional constituinte,* também denominada *convenção,* nasce da deliberação da representação popular, devidamente convocada pelo agente revolucionário, para estabelecer o texto organizatório e limitado de Poder. (Exemplo: Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988) (MORAES 2006, p. 23).

Conforme se vê acima, a última expressão do poder constituinte no nosso país se deu através de assembleia constituinte, onde todos os aspectos para a realização do ato foram respeitados e legalmente cumpridos, corroborar essa afirmação Luís Roberto Barroso confirma que:

No Brasil, a convocação da assembleia constituinte que elaborou a Constituição de 1988 se deu por via de emenda constitucional à Carta de 1967-1969. Com efeito, a Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, previu como seriam escolhidos os constituintes, quem instalaria a assembleia constituinte e em que data, chegando a dispor, até mesmo, acerca da forma e do quórum de deliberação a ser adotado.

Com efeito, além de ditar as regras de instalação da assembleia constituinte, não é incomum que o poder que a convocou procure influenciar os próprios trabalhos de elaboração constitucional, pela imposição de normas [...] (BARROSO, 2009, p. 111).

**6 CARACTERÍSTICAS**

Para diferenciar-se dos poderes constituídos, o poder constituinte originário possui características tradicionais, embasadas no juspositivista, assim, o mesmo é marcado por ser um poder *inicial*, pois é a partir dele que se origina a Constituição, base do ordenamento jurídico vindouro, determinando a ruptura do Direito anterior posto numa comunidade; é *ilimitado* no sentido de ser autoridade máxima para conduzir o processo constituinte, não se sujeitando a qualquer vontade política; por último, o poder constituinte originário é *incondicionado*, vez que não está estabelecido em regra alguma a sua maneira de manifestação.

SIEYÈS como adepto à corrente jusnaturalista (*apud* NOVELINO, 2010, p. 75), na sua teoria acrescenta que o poder constituinte se caracteriza por ser ainda:

I) *incondicionado* juridicamente pelo direito positivo, apesar de sua submissão aos princípios do direito natural; II) *permanente,* por continuar existindo mesmo após concluir a sua obra; e III) *inalienável,* por sua titularidade não ser passível de transferência: a nação nunca pede o direito de querer mudar sua vontade”.

**7 LIMITES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO**

O juspositivista, corrente adotada pelo Brasil, considera o Poder Constituinte originário como sendo uma expressão de um fato social, visto como um poder sem limites, autônomo, sem condições impostas, nem restrições estabelecidas por normas jurídicas, com total capacidade e liberdade de iniciar a nova ordem constitucional, de acordo com seu entendimento.

O Poder Constituinte originário que cria a Constituição, não está preso a limites formais, pois o mesmo é fundamentalmente político ou extrajurídico (BONAVIDES, 2007).

Nessa linha BARROSO (2009, p. 104) salienta que:

[...] ao contrário dos atos infraconstitucionais e infralegais, que se sujeitam a um controle de validade em face da Constituição e das lei, a atuação do poder constituinte não é limitado pela ordem jurídica preexistente. Diante disse, só possível aferir se ele é legítimo ou não, vale dizer, se corresponde aos valores civilizatórios e às aspirações de justiça, segurança e bem-estar da coletividade política.

Tal entendimento de que o poder constituinte originário tem autoridade suficiente para designar textos constitucionais, é entendida de forma diversa pela corrente jusnaturalista, a qual assegura a existência de limites matérias a serem lembrados, evitando com isso alegações de ilegitimidade (NOVELINO, 2010).

Dos limites materiais impostos ao poder constituinte originário, inclui a observância dos valores que são frutos do direito natural, ou seja, a consideração dos direitos fundamentais de caráter divino, respeitando à dignidade da pessoa humana, restringindo com isso a intervenção da atuação abusiva da vontade do Estado.

Conforme Marcelo NOVELINO (201, p. 75) sintetiza:

A necessidade de observância e respeito por parte do poder constituinte aos direitos fundamentais conquistados por uma sociedade e sobre os quais haja um consenso profundo (“efeito *cliquet*”) também é conhecido como *princípio da proibição de retrocesso.* Hipótese de violação deste princípio seria a consagração da pena de morte, além do caso de guerra declarada previsto na atual Constituição (CF, art. 5º, XLVII, *a*), em uma Constituição futura.

**CONLUSÃO**

Elaborar ou estabelecer uma Constituição consiste a função do Pode Constituinte originário, instaurando uma nova estrutura jurídica do Estado, fazendo com que haja o rompimento do antigo ordenamento jurídico.

Nos Estados adepto à forma de governo como sendo a Democracia, (caso Brasil), a titularidade do poder constituinte originário emana do povo, vez que provém da soberania popular.

Uma vez manifestado esse poder, não há possibilidades do mesmo se esgotar, haja vista ser um poder permanente e que se origina da vontade do povo. Assim sendo, sempre existe divergência dessa vontade, carecendo de necessárias mudanças nas normas constitucionais estabelecidas, por ser um direito que consiste a todos componentes do Estado Democrático de Direito.

No tocante às percepções juspositivista e jusnaturalista, esta refuta a visão daquela, alegando a limitação do constituinte originário, vez que existe a ideia das normas do Direito Natural, onde as mesmas devem prevalecer, quando da criação de um novo texto constitucional, assegurando os princípios sociais de garantia e proteção dos direitos humanos.

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUTA, Luiz Carlos Hiroki. **Direito Constitucional**: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.