



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

SÉRGIO RODRIGO PAES MERLIN

**A FRAGILIDADE DO SISTEMA REPRESENTATIVO NO PROCESSO
DE FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

ASSIS

2012

SÉRGIO RODRIGO PAES MERLIN

**A FRAGILIDADE DO SISTEMA REPRESENTATIVO NO PROCESSO
DE FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do curso de graduação de Direito.

Orientador: Ms. Fernando Antonio Soares De Sá Junior

Área de Concentração: Direito Constitucional

ASSIS

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

MERLIN, Sérgio Rodrigo Paes

A fragilidade do sistema representativo no processo de formação da constituição de 1988/ Sérgio Rodrigo Paes Merlin. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA - Assis, 2012.

p. 50

**Orientadora: Ms. Fernando Antonio Soares De Sá Junior
Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal
Superior de Assis – IMESA**

1. Constituição. 2. Abuso à Reforma Constitucional.

**CDD. 340
Biblioteca da FEMA**

A FRAGILIDADE DO SISTEMA REPRESENTATIVO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

SÉRGIO RODRIGO PAES MERLIN

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação em Direito, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Prof.^o Ms. Fernando Antonio Soares De Sá Junior

Analisador: _____

**Assis
2012**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha esposa Raquel que sem duvida nenhuma é um pilar na minha vida, ao nosso abençoado filho Gustavo, a minha mãe que sempre me deu força e orientação, a minha tia Odília por sua preocupação e dedicação, ao meu pai (*in memoriam*), pois com ele aprendi como verdadeiramente um pai deve ser para educar seu filho, e não posso me esquecer de minha avó Anália (*in memoriam*) que sempre considerei uma grande amiga, estas pessoas sempre estiveram ao meu lado nas lutas do dia a dia e souberam entender as horas destinadas às leituras e à reflexão para feitura desta pesquisa. Também dedico aos meus familiares que me apoiaram durante o tempo que estive estudando.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a DEUS pela transformação que fez em minha vida e por estar ao meu lado nas horas que mais precisei.

Ao meu orientador, Professor Mestre Fernando Antonio Soares De Sá Junior, que não hesitou em compartilhar todo o seu conhecimento e pelo estímulo transmitido durante o trabalho.

A todos os professores que passaram pelo curso transmitindo confiança, conhecimento e experiências, não só para a minha vida profissional como para a dos meus colegas de turma.

A meu tio Artur, com todo carinho, pois, nos momentos necessários, deu-me suporte moral e técnico.

Aos amigos mais próximos que puderam acompanhar a pesquisa e entenderam os momentos de ausência que se fizeram necessários.

Ao São Paulo Futebol Clube, pelas alegrias e por realmente nos dar o conceito do que é verdadeiramente ser um campeão de fato e de direito.

Ao MITO Rogério Ceni por tantas glórias que ajudou o Tricolor do Morumbi a conquistar, além de usar seu espaço na mídia para destacar o valor de ser digno, honesto, justo e que sem esforço e trabalho não conseguimos alcançar nada em nossa vida.

O que segue a justiça e a bondade achará a vida, a justiça e a honra.

Provérbios, 21 : 21

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a titularidade e a legitimidade do Poder Constituinte Originário como ponto de partida para a criação da Assembleia Nacional Constituinte que elaborou e redigiu a Constituição Federal de 1988. Também, posiciona-se a respeito dos limites que devem ser observados para a alteração da Constituição por meio das Emendas Constitucionais. Poder de Emenda que advém do Poder Constituinte derivado previsto e regulado pela Constituição que possibilitam tais reformas por meios institucionais evitando que seja necessário algum tipo de revolução social. Partindo do entendimento que sempre haverá mudanças no corpo social de uma nação, tais modificações na Constituição são necessárias para manter a ordem jurídica já estabelecida e promover a resolução de conflitos previstos no futuro, sendo assim, a Constituição, como outras obras feitas pela mão do homem, não é de todo perfeita podendo apresentar falhas que só poderão ser percebidas com sua vigência, necessitando de aperfeiçoamentos eventuais. A Constituição é rígida e traz mecanismos que dificultam sua modificação, tal processo já prevendo o fato de modificações por meio de Emendas, institui limites ao chamado Poder de Emenda à Constituição, além de outros limites de ordem formal e material. Em um país onde se produzir Emendas virou praxe, é importante que estes limites sejam bem delineados, para que se possa avaliar a validade das atuais e futuras Emendas Constitucionais.

Palavras-chaves: Emendas Constitucionais, Poder Constituinte Originário, Poder Constituinte Derivado, Limitação ao Poder de Emenda à Constituição

ABSTRACT

The aim of this work is to study the propriety and legitimacy of the original Constituent Power as a starting point for the creation of National Constituent Assembly, which drafted and wrote the 1988 Brazilian Constitution. The work also questions the limits that should be observed for making the changes in the Constitution by the Constitutional Amendments. This amendment power comes from the derivative Constituent Power, which is regulated by the Constitution that allows such reforms through institutional means that avoid any form of social revolution. Based on the understanding that there will always be changes in the society, the alteration in the National Constitution is necessary to keep the already established law order and to promote possible future conflict resolution, so the Constitution, like other works the man has made, is not perfect at all and may have mistakes only noticed after its execution, and occasional improvements will have to be done. The Brazilian Constitution is strict and it is very difficult to make occasional changes, so the alteration through amendments is expected. This way, the Constitution establishes limits on called Power Amendment to the Constitution, besides other formal and material limits. In a country in which the production of amendments is a routine, it is important to define those limits very well, in order to assess the validity of current and future Constitutional Amendments.

Keywords: Constitutional Amendments, Original Constituent Power, Derivative Constituent Power, Limits on Power Amendment to the Constitution

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. CONSTITUCIONALISMO.....	13
1.1 ORIGEM.....	13
1.2 NO BRASIL.....	16
2. PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	19
2.1 ELEMENTOS GERAIS.....	19
2.2 ASSEMBLEIA CONSTITUINTE.....	22
3. PODERES CONSTITUCIONAIS.....	27
3.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.....	27
3.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO.....	29
3.3 CONSTITUIÇÃO RÍGIDA, FLEXÍVEL, SEMI-FLEXÍVEL E IMUTÁVEL...32	
3.4 CONSTITUIÇÃO QUANTO À SUA EXTENSÃO E FINALIDADE.....	35
4. CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	37
4.1 HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	37
4.2 O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	41
4.3 O PODER DERIVADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E EMENDAS CONSTITUCIONAIS.....	43
4.4 AVALIAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO PODER DERIVADO.....	46
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49

INTRODUÇÃO

O Poder Constituinte se subdivide em Originário e Derivado. O primeiro com objetivo fundamental de impor nova ordem em determinado território é identificado como portador de certas características como a ilimitabilidade, incondicionalidade, por ser um poder político e não jurídico.

Ocorre que como se verá deste trabalho, a Constituição Federal de 1988 teve sua base de formação jurídica e não propriamente política e ademais foi criada por uma Assembleia Constituinte que não foi totalmente constituída com a função principal de criar uma nova constituição.

Por estes caracteres básicos, propôs o presente trabalho a análise do problema, a Constituição Federal de 1988 é fruto de um Poder Constituinte realmente originário ou não.

Neste norte, procurou-se refletir sobre o Poder Constituinte Originário e o Derivado levando-se em conta suas principais características e formas de expressão para se buscar a resposta a Constituição de 1988 é ou não fruto de Poder Originário?

Note-se que a resposta a esta pergunta influencia diretamente em todo sistema constitucional vigente, pois se fruto de poder derivado toda constituição pode, a princípio sofrer alteração, sem respeito às denominadas cláusulas pétreas, e pior pode até mesmo ser considerada inconstitucional por agressão ao processo de sua formação.

Neste desiderato traçou-se no primeiro capítulo o conceito de constitucionalismo, seu processo histórico de formação e adoção no Brasil.

No segundo capítulo, tratamos do processo de criação das constituições, abordando seus elementos gerais e formas de expressão.

No terceiro capítulo, como a idéia é a de analisar genericamente as reformas do Poder Constituinte Derivado Reformador alterando o desiderato básico com Poder Constituinte Originário, traçamos os conceitos e principais caracteres destes

poderes, bem como trouxemos breve classificação das constituições quanto a viabilidade de mudanças de suas normas.

O quarto e último capítulo tratou dos poderes conceituados genericamente no capítulo anterior, correlacionados à Constituição Federal de 1988 e buscando fomentar através de argumentos e debate, a principal questão, o Poder Reformador deturpando o Poder Originário.

O texto apresenta um tema desafiador, prolixo, escondido por detrás de todas as formalidades constitucionais de reforma, porém acessível a qualquer agente do direito eis que escrito em linguagem simples de um graduando que pretende fazer com que seu leitor passe a discutir a verdade escondida atrás das cortinas.

CAPÍTULO 1. CONSTITUCIONALISMO

1.1 ORIGEM

Quando nos pronunciamos a respeito do constitucionalismo queremos adentrar em uma das raízes do direito que é o direito constitucional, ao abordarmos o tema constitucionalismo nos referimos à afirmação de direitos fundamentais e limitação do poder, porque sem limitação de poder não há como materializar tais direitos fundamentais.

O processo histórico já mostrou isso a muitos anos atrás e continua mostrando até os dias de hoje, basta observar países que não há limitação do poder e que todo poder esteja voltado ou concentrado na mão de algum "tirano" mostrando que os direitos fundamentais dos cidadãos não são respeitados. Neste sentido, é certa a conceituação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que afirma ser o constitucionalismo: “Um movimento político e jurídico que tem como escopo estabelecer regimes constitucionais, ou seja, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas.” (FERREIRA, 2009 p.7)

Assim, o constitucionalismo é um movimento jurídico e político que busca a afirmação dos direitos fundamentais e a limitação do poder por parte do Estado e de seus governantes, isso se dá através de uma constituição escrita. Muitos o consideram como uma proposta, uma filosofia, como um ideal, no entanto, de qualquer modo que seja considerado, o importante é entender que está relacionado com disciplina do exercício do poder e a afirmação de direitos básicos das pessoas. Com esta visão Norberto Bobbio o define assim: “Constitucionalismo é a técnica da liberdade ou a técnica jurídica que assegura aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e coloca o Estado em determinada situação na qual se torna impossível violá-los.” (RICCITELLI, 2007, p.42)

O constitucionalismo percorreu toda história e chega até os dias de hoje com toda a força no sentido de afirmar que as pessoas devem ser respeitadas na sua dignidade, que as pessoas titularizam direitos, e que o poder não pode ser exercido pelos

governantes de maneira desmedida, este vem a ser o ideal constitucionalista, limitar o exercício do poder, disciplinando de que maneira ele é exercido, afirmando também direitos fundamentais aos indivíduos de uma nação.

Formalmente o constitucionalismo surgiu em 1787 com a Constituição norte-americana, se desenvolvendo com a própria idéia de um Estado democrático de direito, ou seja, havia a necessidade de algo superior para reger todo ordenamento jurídico, uma Constituição escrita, gerando a própria Constituição do país. Uma constituição que deveria não só obrigar o legislador, o executivo, o próprio poder judiciário a julgar de acordo com a Constituição, mas também e principalmente uma constituição que trouxesse uma declaração de direitos, ou melhor, garantias e direitos individuais para proteção do indivíduo principalmente em relação ao Estado. Essa origem se firmou a partir de 1791 com a Revolução Francesa, podendo-se dizer que esta foi uma contribuição para o constitucionalismo norte-americano que de início, ostenta-se que a constituição dos Estados Unidos não previa uma declaração de direitos, até que as 10 (dez) primeiras emendas surgiram por inspiração de Thomas Jefferson que havia sido embaixador americano na França na época da Revolução Francesa, com isso nós brasileiros, até os dias de hoje, conseguindo juntar os fatos que marcaram a história e que trouxeram tais benefícios referentes a direitos fundamentais e limitação de poder para caracterizar o que chamamos de constitucionalismo.

Sendo assim, uma constituição que obrigatoriamente tem normas que organizam os poderes, faz uma separação entre estes poderes seja no parlamentarismo, seja no presidencialismo e que organiza a própria forma de Estado, Federação, Estado Unitário, Estado Regional, envolvendo uma série de questões ligando os pólos centralizados ou descentralizados de poder, além disso, a necessidade desta constituição estabelecer outras normas de compatibilização da relação entre Estado e indivíduo, essa ideia central do constitucionalismo só foi possível a partir do entendimento de que toda a norma constitucional tem supremacia em relação ao ordenamento jurídico. Enfatizando que o constitucionalismo só pode existir com a supremacia das normas constitucionais isso significa, que nenhum ato normativo, nenhuma ato de autoridade, nenhuma lei, nada abaixo da constituição pode com ela ser incompatível, daí a ideia de supremacia da constituição faz surgir em

substituição, ou melhor, uma evolução do estado democrático de direito, surgindo o chamado Estado Constitucional.

No entanto, devemos frisar que o marco histórico do constitucionalismo se deu na Inglaterra com a Magna Carta Libertatum de 1215, escrita pelo rei João Sem Terra. Fato este que tinha de um lado alguns cidadãos como barões, pessoas proprietárias de terras insatisfeitas com o exagero, isto é, a quantidade de poder entregue ao soberano, o monarca, o rei João Sem Terra.

Temos então na Inglaterra, desta época o crescimento desta insatisfação popular e uma tentativa de dialogo com o poder executivo, com o rei e de limitar o rol de poder que estava entregue para este monarca e de assegurar direitos aos cidadãos. Sendo a Carta Magna de 1215 o registro histórico, como sendo o marco temporal que deu início a esta grande caminhada constitucional.

Considera-se que com a Magna Carta houve o rompimento entre Estado e Igreja, que na época impunha também suas regras para ostentação de um pseudo-poder sendo beneficiada, com crescimento de seus domínios em diversas partes do mundo ocidental, com o rompimento vê-se também o “poder” da Igreja definhar sendo limitados apenas no que diz respeito à suas posses. Dá-se ênfase a entrega de direitos voltados à propriedade privada em uma tentativa de impedir que o monarca exercendo o seu arbítrio avance contra direitos de propriedades além, de procurar assegurar o devido processo legal e liberdades básicas, elementares como o direito de livre locomoção.

E com a Magna Carta que se barrou o poder desenfreado do executivo e iniciou um comportamento estatal por meio de uma regra voltada para assegurar direitos e garantias aos cidadãos. Esta carta foi um marco uma inspiração que motivou o mundo, conquistando todos os Estados denominados Estados Constitucionais. Posteriormente à Magna Carta de 1215, temos o surgimento de inúmeros documentos tentando esmiuçar o nível, o patamar de direitos entregue aos cidadãos e de limitação do poder entregue a Executivo.

1.2 NO BRASIL

Para entender como o constitucionalismo chega ou tem reflexos no Brasil, devemos nos posicionar na história e nos relatos que se sucederam através dos tempos, e começamos pelo ano de 1808, justamente porque neste ano a Corte Portuguesa veio ao Brasil fugindo das terríveis forças de Napoleão Bonaparte, que na época impondo toda sua fúria contra os ingleses pressionava o príncipe Dom João VI para que este aprisionasse os ingleses que estavam em Portugal e os expulsasse, além de fechar os portos para que estes não tivessem mais como desembarcar em Portugal. No entanto, Dom João VI não queria de modo algum tomar tal iniciativa, ora porque Portugal sempre fora aliada histórica da Inglaterra.

Por sua vez, a Inglaterra também pressionou Dom João VI, para que este resistisse às pretensões de Napoleão ou seria a própria Inglaterra que o derrubaria do poder. Sem muitas alternativas, Dom João VI partiu para o Brasil trazendo consigo sua esposa Carlota Joaquina, sua mãe a rainha, Maria I “a louca”, por conta de seus gritos insanos, pela falta de equilíbrio mental que a abateu além de outros familiares e principalmente o jovem Pedro, que viria a se tornar Dom Pedro I, primeiramente desembarcaram em Salvador, depois, passando algum tempo e conhecendo melhor o lugar onde chegaram se instalaram no Rio de Janeiro.

Ao Brasil, a corte portuguesa trouxe inúmeros benefícios, foram elaboradas várias leis, foi também nesta época criado o banco do Brasil, houve estruturação das forças armadas, realmente o Brasil passou por uma evolução significativa. Com o falecimento da mãe e rainha em 1818, Dom João VI se torna rei, com isso, no ano de 1821 é pressionado pelos portugueses, para que retorne a Portugal.

Com a elaboração da Constituição norte-americana em 1787, e da Constituição francesa de 1791, dá-se ênfase ao Estado democrático de direito e o movimento denominado constitucionalismo se espalhando por toda a Europa, primeiramente na Espanha, com a Constituição de Cádiz, e depois em Portugal, os portugueses que lá estavam também queriam uma Constituição e já estavam elaborando tal Constituição, por isso, exigiram a volta do rei, não tendo escolha Dom João VI deixa o Brasil, país o qual já estava mui ambientado e de que gostava muito, retornando

às suas raízes, porém, ao chegar a Portugal, os portugueses não deixaram o rei sequer descer do navio, a não ser por uma condição, a de assinar a Constituição portuguesa que já havia sido elaborada durante a viagem de volta do rei fazendo assim que Portugal se tornasse uma monarquia constitucional e não mais uma monarquia absolutista.

No Brasil, ficou o filho mais velho do rei Dom Pedro I, príncipe regente do Brasil, que não queria retornar a Portugal, episódio que fica conhecido na história como o dia do FICO, decisão esta que fez com que pai e filho entrassem em atrito, com o rompimento Dom Pedro passa a ser o principal ideólogo da independência política do Brasil, sendo conhecido desde então como Patriarca da Independência fato que ocorreu em 7 de setembro de 1822, assim, Dom Pedro sabia que era necessário que houvesse uma Constituição no Brasil.

Neste momento, nasce o constitucionalismo pátrio, e a Constituição brasileira se torna realidade dois anos depois em 1824 com Dom Pedro I, outorgada é claro, imposta por Dom Pedro I agora Imperador. Desta maneira, temos o constitucionalismo que espalhado por todo o mundo tem seus reflexos também no Brasil com a criação de uma Carta Magna que mudaria os rumos do país. Sendo pressionado por parte de muitos agentes da alta sociedade que faziam parte da burguesia e tinham interesse numa norma superior que também os beneficiasse o então Imperador deveria recusar fidelidade à Constituição portuguesa, por isso, em 3 de junho de 1822, Dom Pedro convoca a primeira Assembleia Constituinte Brasileira, com a rejeição por parte de José Bonifácio, que no entanto, acaba aceitando-a pois via que mesmo com a independência a realidade brasileira não teve alteração significativa. Os pobres continuaram pobres e talvez nem se deram conta do que havia acontecido, e aqueles que estiveram ao lado de D. Pedro e o apoiaram com poder, foram muito favorecidos dentro do novo Governo que se levantava.

Com tal ênfase histórica que se moldou o constitucionalismo no Brasil, país que viu governos promulgarem e outorgarem constituições, e por força de muitas lutas e revoluções de um povo cansado da tirania e dos regimes absolutistas que beneficiavam apenas àqueles que procuravam favorecer as autoridades em todos os

sentidos e que hoje temos a Carta Magna de 1988. Já podendo buscar amparo em um novo movimento que se fortaleceu com o fim da 2ª guerra mundial, por conta dos tratados internacionais chamado, neoconstitucionalismo.

CAPÍTULO 2. PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

2.1 ELEMENTOS GERAIS

A história das Constituições reflete as formas de organização social. A idéia de que é necessário haver uma constituição surge quando se descobre que o poder absoluto está concentrado na mão de uma única pessoa e que conseqüentemente esta pessoa tem poder de “vida ou morte” sobre toda a sociedade, era a chamada monarquia absoluta, inclusive, quando se pensando em “direito divino”, pois se achava que o rei era um representante de Deus na Terra, desta forma, são reconhecidas pela doutrina jurídica e política algumas formas de surgimento de uma nova ordem constitucional e, conseqüentemente, social.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho e sua obra Curso de Direito Constitucional (FERREIRA FILHO, 2009, pág. 25-26), destaca que para haver a formação de uma nova ordem jurídica que mude os rumos de uma sociedade deve haver o rompimento com a ordem jurídica anterior.

Contudo, este rompimento não deve ser feito de forma brusca, havendo confronto entre as partes envolvidas, refuta-se que não é necessária uma revolução social, no aspecto de luta armada, mas tão somente a vontade soberana popular de romper com um regimento que não traz eficácia aos seus direitos e garantias fundamentais.

Desta maneira, tem-se que a Constituição de 1988 parte de um consenso social, que eclodiu na ruptura de uma ordem jurídica prejudicial à sociedade, sendo proveniente do Poder Constituinte Originário.

E será que no processo para a construção da nova ordem vigente no Brasil nos primórdios dos anos 80, houve esta ruptura com a ordem jurídica anterior?

Apesar de a primeira vista não ter sido concebida de forma pura, leva-se em consideração relatos de que houve a manifestação popular.

O povo que atravessava momentos críticos dentro da sociedade e não enxergava mudanças para a melhoria das condições sociais estava cansado de tempos

politicamente obscuros, buscou e de certo modo conseguiu romper com o seguimento político anterior que era de extrema esquerda e que apenas trazia benefícios a uma minoria que servia os interesses de tais governantes.

Compartilhando desta dinâmica, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que o Poder Constituinte Originário pode vir a manifestar-se quando a Constituição anterior perdeu a eficácia, deixando de ser, assim, uma verdadeira Constituição.

Mas as Constituições anteriores a de 1988 tinham alguma eficácia em relação às necessidades sociais?

A resposta é não, nunca foi eficaz, todavia, existia uma Carta soberana e deveria ser respeitada, porém melhorada. Deste modo nos permitimos dizer que a perda de eficácia do ordenamento jurídico anterior estabeleceria um vazio, e isto conseqüentemente representaria uma revolução, porém, jurídica, com a quebra, o rompimento da Constituição anteriormente estabelecida. (Curso de Direito Constitucional, 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág.25-26)

Explica então, o referido professor que há, entretanto, Constituições não precedidas de revolução:

“(...) Algumas, como a Constituição francesa de 1958, são fruto de reforma da Constituição anterior, estabelecidas de acordo com as normas (pelo menos formais) da Constituição anterior, mas que, por resultarem numa ampla, completa, profunda reformulação, se intitulam de (nova) Constituição. Outras são concedidas por um Estado colonizador a Estão que se liberta da colonização. É o que fez a Grã-Bretanha em favor de suas antigas colônias, em numerosas oportunidades.” (FERREIRA FILHO, 2009, pág.25-26)

Porém, nem sempre a Constituição reflete o que a sociedade pensa, até porque nem toda Constituição é criada por processo democrático. Ademais, os doutrinadores não tratam propriamente de elementos vinculados ao processo de construção de uma constituição, mas sim a elementos da própria constituição que servem para normatização e estruturação do Estado Maior.

Desta forma, uma Constituição que tem por finalidade estruturar o Estado e delimitar seu Poder de atuação, são organizadas por normas de conteúdos diversos, como ensina o nobre Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes e co-autores, na obra Curso de Direito Constitucional (MENDES 2009, p. 13) que classifica as normas constitucionais em cinco grandes grupos: elementos orgânicos, elementos limitativos, socioideológicos, de estabilização constitucional e elementos formais de aplicabilidade.

Os elementos orgânicos da constituição são aqueles que tratam a respeito da organização da estrutura do Estado e dos Poderes, do sistema de governo, das forças armadas, da segurança pública, tributação e orçamento, neste sentido, temos também os elementos limitativos que consolidam os direitos e garantias fundamentais, com exceção dos direitos sociais.

E o porquê de serem chamados elementos limitativos? Pelo simples fato, de os direitos fundamentais limitarem a atuação do Estado frente aos indivíduos.

Também entram nesta categoria os elementos sócio-ideológicos que traduzem o compromisso da Constituição Federal entre um Estado liberal individualista e um Estado social intervencionista, justamente nesta categoria que teremos os chamados direitos sociais e ao lado destes direitos sociais teremos as normas que tratam da ordem econômica, financeira e ordem social.

Já os elementos de estabilização constitucional propõem as soluções de conflitos, a defesa do Estado e da constituição, tendo a normas que regularizam a jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade, a intervenção dos Estados e Municípios, as normas de defesa do Estado e Instituições democráticas.

Referindo-se às normas que tratam da aplicação da constituição, temos os elementos formais de aplicabilidade. Neste sentido, temos o preâmbulo da Constituição, todavia, vale salientar que jurisprudência do STF declara que o preâmbulo não possui força normativa, assim sendo não é obrigatória sua repetição nas Constituições Estaduais.

Apesar de não possuir força normativa, se torna um elemento formal de aplicabilidade, trazendo princípios acerca da aplicação da Constituição, as regras de promulgação, as normas transitórias que constituem o ADCT e a norma do

parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que diz que as garantias e direitos fundamentais tem aplicação imediata.

Com enorme clareza fica evidente que a Constituição Federal de 1988, manteve firmemente o propósito a ela estabelecido, trazer equilíbrio à sociedade que em um tempo não muito distante via suas classes separadas por abismos, pelo fato de direitos e garantias fundamentais não serem respeitadas pelas autoridades em detrimento daqueles que eram titulares de um Poder que “constituía” o governo e seus governantes.

Quem de melhor maneira fundamenta os melhoramentos e a certeza de que a Constituição Federal cumpre seu propósito é Gilmar Mendes e co-autores que ressaltam:

“Assim fazendo, não apenas se manteve nos limites de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada, como prestou significativa colaboração para colocar em evidência que a nossa experiência constitucional está em sintonia com a experiência das demais sociedades políticas do nosso tempo, profundamente marcadas pela preocupação em consolidar a idéia de que toda Constituição, para responder às exigências da sua época, há de ser compreendida não apenas como a Lei Fundamental do Estado, mas também como o principal instrumento de construção da sociedade do porvir.” (MENDES 2009, p. 14)

2.2 ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

A Assembleia Nacional Constituinte entre 87 e 88 era para ser a reunião de efetivos representantes do povo para a criação de uma nova Carta Constitucional, sendo extremamente tal condição sob pena de não se criar uma nova ordem constitucional, já que haveria vício de ilegitimidade.

A Constituinte foi elaborada, mas não levada a sério, os senadores e deputados que redigiram a nova Constituição não representavam o povo e neste determinado momento eleitoral, não foram eleitos para exercer tal atividade, no entanto, permaneceram acumulando estas duas funções, de legisladores e de constituintes,

pois, estavam amparados pela Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969 em seu artigo 216 e 217 que ostentavam o seguinte:

“Art. 216 - Nas eleições de 15 de novembro de 1982, os deputados serão eleitos exclusivamente pelo sistema proporcional e seu número, por Estado, será estabelecido pela Justiça Eleitoral, proporcionalmente à população, com o reajuste necessário para que nenhum Estado tenha mais de sessenta ou menos de oito deputados, nem sofra redução no respectivo número fixado para a legislatura iniciada em 1979. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982)

Art. 217 - O disposto no item II do § 2º do art. 152 não se aplica às eleições de 15 de novembro de 1982. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982)

[“Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

II - é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985) cada um deles. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)
§ 2º Os eleitos por Partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos Partidos remanescentes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)”]

Art. 2º A presente Emenda entrará em vigor no dia 30 de outubro de 1969.”

Desta maneira, a população não teve a chance de discutir a formação de tal Assembléia Constituinte, tendo seu direito mais uma vez lesado por uma determinação criada durante o regime da ditadura militar.

Trazidos à tona tais fatos é certo afirmar que a Constituição perdeu sua eficácia por conta de não ter havido total representatividade do povo que lutava pela democracia? E o Estado Maior que se formará estaria na eminência de uma “queda”?

Realmente ocorreram fatos, como a efetivação de deputados e senadores que já faziam parte do governo anterior e atuaram na elaboração da Constituição sem serem eleitos para tal, o que não condiz com a seriedade de como realmente deveria ter sido elaborado o pleito constitucional sobrevivendo dúvidas a respeito de que a nova Magna Carta de 88 seria uma reforma constitucional.

Apesar de alguns erros terem sido apontados no processo de construção da Constituição, a Carta de 1988 é um marco histórico se firmando como um verdadeiro elo entre governo e povo, fazendo com que o brasileiro se habituassem com a “liberdade” que tanto buscara e que hoje em dia o faz enxergar dentro na Carta Magna não só uma simples “folha de papel”(LASSALE, 2004, p. 48) como dizia Ferdinand Lassale em sua obra O que é uma Constituição ? Mas dentro da realidade que vivemos a Constituição se efetiva como mecanismo de solução para os conflitos que ferem nossos direitos e garantias fundamentais.

Diante de tais fatos, a Constituição como texto máximo do nosso ordenamento jurídico, não pode ficar distante daqueles que são realmente seu próprio titular. No que diz respeito às transformações sociais, justifica-se a mudança do texto constitucional. Com isto, não existe cláusula pétrea que resista ao povo soberano. Nesse sentido, o povo pode alterar a Constituição que ele próprio se impôs, porém, o povo que é titular da soberania e do poder constituinte que origina que inicia uma nova ordem jurídica, não é uma entidade concreta, muito menos uma pessoa certa ou mesmo uma coletividade determinada.

É desta forma que podemos afirmar que a Carta Maior que rege o Brasil sofre de vício de representatividade não só no momento atual, mas também desde o período “negro” que viveu o país em anos atrás, como ostenta Paulo Bonavides:

“Durante 21 anos – de 1964 a 1985 – não houve neste País legitimidade, nem na Constituição escrita nem na Constituição real. Na Constituição escrita não houve porque ela proveio, como já dissemos, de uma usurpação do poder constituinte, padecendo ora as interferências revogadoras e suspensivas do Atos Institucionais, criação pura do arbítrio, ora as reformas ditadas pelo casuísmo que fazia inseguro e movediço o suposto ordenamento constitucional.” (BONAVIDES, 2010, p. 325)

Assim, o que repercute neste trabalho é o fato de Senadores denominados à época “biônicos” terem assumido os trabalhos na Assembleia Constituinte sem terem sido nomeados para tal exercício, deixando o povo brasileiro de certa forma “órfão” de sua representatividade, algo que continua até o momento atual.

Fatos estes que tiveram início no começo de 1980 a luta no país girava em torno da busca pela “verdadeira” democracia, cada cidadão brasileiro já sonhava com a Constituição “Cidadã”, que mudaria os rumos da nação brasileira, independentemente dos interesses em torno do novo momento político nacional que estava por passar, era extremamente necessário que o Direito reconhecesse que os cidadãos poderiam dar ou mudar os rumos de seus destinos além do que, o destino de toda a nação, nestes termos, deveria ser consagrada a soberania popular.

É neste sentido, que se pode afirmar a existência de um debate constitucional acerca do regime político que o Brasil adotava. Essa reivindicação a respeito da consagração da soberania popular para dar novos rumos à nação que conferiu legitimidade à Constituição de 1988, o país estava diante de mudar os fundamentos normativos da sociedade brasileira.

No entanto, um assunto relevante a ser discutido em face da Constituinte de 1987/88, é a justificação da proposta substitutiva revelando que a Assembleia Constituinte criadora da Constituição de 1988 fora estabelecida pela Emenda Constitucional número 26, de 28/11/85. Mas, o que realmente gera incômodo é o fato de a Constituinte de 1987/1988 ter sido prevista por uma Emenda à Constituição de 1967/69.

Tal discussão era de extrema importância, pois, tal fato poderia gerar um novo golpe de Estado. Todavia, com elaboração da Emenda 26/85 fazia-se prova cabal de que a Constituição de 1967/69 não mais nos constituía como Estado de Direito, porque a Emenda 26/85 se baseia em um ato meramente político para dar enfoque principal ao que realmente importava, que era a elaboração da Carta Magna pela Casa Constituinte, retirando todo o poder do ordenamento jurídico anterior.

Deste modo, nasce o tão sonhado e esperado regime democrático institucionalizado por meio de um documento, a Emenda Constitucional de número 26, sendo esta apenas uma opção política para aquele oportuno momento.

Diante disso, a maneira como foi convocada a Assembleia Constituinte de 1987/88 não é uma regra à teoria do poder constituinte em todas as suas dimensões.

Porém, nota-se que fora exercida a sua funcionalidade, por meio daqueles que não dispunham de tempo hábil para convocar o povo para decidir mas sim, que por

“representar” a sociedade exerceram um poder institucionalizado no ordenamento jurídico vigente da época.

Sendo assim, a emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, ostenta o seguinte:

“Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte.

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.”

[...]

Deste momento em diante, surge a democracia no país, não tão aproveitada, por um povo que não sabe o significado da liberdade política e social que adquiriu, porém não enfatizada por aqueles que sem nenhum pudor “representaram” o povo em tal pleito.

Sim, o que ocorreu foi um movimento constitucional em prol da democracia, e contra um regime que “escravizava” e manipulava a sociedade por interesse próprio. Todavia, até os dias de hoje são poucos o que buscam solução dentro da Constituição por que tanto lutaram não se sabe se é por desinteresse ou por realmente não conhecerem afundo a Carta Magna de 88, mas é certo que o povo brasileiro ainda é muito imaturo no que diz respeito à democracia e ao exercício do Poder natural que possuem, é por esta razão que os ditos “representantes do povo” não dividem com os mesmos, os assuntos políticos que podem mudar o rumo da nação e até mesmo o destino dos próprios brasileiros.

CAPÍTULO 3. PODERES CONSTITUCIONAIS

3.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Para ter um bom entendimento do que vem a ser o poder constituinte, primeiramente devemos nos ater à fase histórica que manifesta o que idealizou tal fundamento, isso se dá por volta do século XVII não havia a preocupação de quem seria o elaborador das normas constitucionais, mesmo porque não havia Constituições escritas.

No entanto, neste mesmo século houve um movimento racionalista, iluminista, que procurou elaborar uma teoria de como o poder era formado, de como era legitimado, e de quem teria a capacidade de elaborar as normas constitucionais.

A partir desta teoria iluminista podendo assim dizer que surgiu a ideia de como teorizar o poder constituinte. Manuel Gonçalves Ferreira Filho, no livro *O Poder Constituinte*, nos relata que já se falava em Poder Constituinte durante a idade média quando os pactos feudais procuravam estabelecer quem teria o poder de governar, e em que termos o governo deveria ser estabelecido.

Com estas primeiras ideias sobre poder constituinte vindo á tona já no século XVII dá-se ênfase a um movimento muito importante para a teoria do poder constituinte chamado, movimento dos contratualistas.

Estes contratualistas foram pensadores que basearam a ideia da formação do Estado numa espécie de contrato, num pacto social para ser mais exato, e o precursor deste movimento é Rousseau com suas teorias sobre a formação do Estado, com sua principal obra, *O contrato social*, que vem a ser a base principal, tendo a teoria mais adequada sobre a formação de um Estado por meio do acordo de vontade entre as pessoas.

No entanto, temos também como parte deste movimento John Locke na Inglaterra que por volta de 1690 elabora dois tratados sobre o governo civil, em que procurava estabelecer como o governo seria formado e quais seriam as normas básicas de

regência do Estado Inglês daquele período, além da teoria política de Montesquieu em uma de suas obras mais famosas até os dias atuais, chamada *O Espírito das Leis*. Assim, temos os primeiros passos históricos na formação do poder constituinte.

Alexandre de Moraes destaca em seu livro *Direito Constitucional* que foi, foi Emmanuel Siéyès, abade francês do século XVIII, que veio afirmar que o poder para criar uma Constituição Soberana pertencia ao povo (na obra: “O que é o Terceiro Estado?”) (Moraes 2010, p. 26 - 27).

Neste mesmo século XVIII, temos a primeira experiência constituinte sendo esta, com a Constituição norte-americana, que tiveram a necessidade de criar regras escritas para estabelecer com seria a formação do Estado, assim sendo, a constituição norte-americana nasce com o objetivo de colocar por escrito as regras básicas de convivência de Estados federados que se uniram em torno de um único Estado, deixando de ser independentes para serem partes de um Estado Maior.

Relatada a fase histórica referente ao Poder Constituinte originário, chegamos ao entendimento do que vem a ser o poder constituinte que tem por finalidade criar a constituição, sendo o poder fundador, criador da ordem jurídica, sua principal característica é ser iniciador, autônomo, soberano na tomada de suas decisões além de ser incondicionado e ilimitado juridicamente.

Porém, no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais, deixa de ser ilimitado torna-se parcial, com a imposição de alguns limites inerentes aos direitos do ser humano, como tal, direito à vida.

Alguns autores e especialistas em direito constitucional no Brasil dão seu conceitos, fazendo com que tenhamos uma ideia do que vem a ser o poder constituinte originário, e começamos por Alexandre de Moraes que em seu livro, *Direito constitucional* traz o conceito de Poder Constituinte como sendo: “a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado” (MORAES, 2010, pag. 26)

Para Pedro Lenza o poder constituinte: “é o poder de elaborar ou atualizar uma Constituição, através da supressão, modificação ou acréscimo de normas constitucionais”. (LENZA 2006, p. 50)

Dois conceitos diferentes e bem organizados, que possuem uma fundamental relação com o tema porque demonstram como devem ser o processo de criação de uma Constituição e a força motora deste poder constituinte que cria um direito, porém não se vincula a ele, ou melhor, se estabelece acima daquele ordenamento que criou, podendo a qualquer momento, dependendo do momento, estabelecer uma nova ordem jurídica.

E para que tais conceitos saiam do papel, devemos observar que o poder constituinte se manifesta através de duas formas, a outorga e ou através de assembléia nacional constituinte.

A outorgada é aquela Constituição imposta de maneira unilateral por um agente revolucionário. E a promulgada, essa sim, democrática, como algumas constituições que tivemos no passado e a atual “Constituição Cidadã” que vigora há 24 anos.

A doutrina menciona uma divisão entre poder constituinte originário formal, que vem a ser a forma como este poder é instrumentalizado e poder constituinte originário material, aqui o grande interesse é a matéria, ou seja, a normas estruturais e fundamentais e no Estado brasileiro temos a perspectiva de normas estruturais, no entanto a forma como foi gerada esta materialização de normas é muito importante, pois todas as conquistas para o bem comum alcançadas com a constituição de 1988 é fruto do poder constituinte originário.

3.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O Congresso Nacional por meio do artigo 60 da Constituição Federal 1988 pode alterar a Constituição, garantindo uma mutação constitucional.

Nossa constituição é rígida, isto é, necessita de um processo legislativo que dificulte sua alteração, porém, a constituição brasileira não é imutável, permitindo sua alteração por meio de emendas que respeitem, seja o procedimento usado para efetuar tais alterações, sejam as cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, no entanto, permitindo que aconteçam estas alterações, que são praticadas pelo poder

legislativo, para ser mais exato pelo Congresso Nacional, que se utiliza do exercício do Poder Constituinte derivado reformador para promover a renovação jurídica necessária dentro da constituição, e quem delega esta possibilidade é o próprio Poder Constituinte originário.

Desta forma, o Poder Constituinte derivado é o poder de estabelecer normas constitucionais de manutenção da ordem instaurada, dando continuidade a este movimento, podendo também trazer, adaptações a esta ordem já instaurada, visando um novo momento que o Estado pode passar, ou seja, é um poder secundário.

O Poder Constituinte derivado, por ser derivado do originário, é um poder constituído ou segundo algumas doutrinas um poder instituído, secundário, é o Poder que dá continuação àquilo que já está instaurado.

E isso leva a entender que o Poder Constituinte derivado não é um Poder soberano e ilimitado, justamente pelo fato, de ser derivado do Poder Constituinte originário, dessa maneira, deve se reservar aos limites colocados pelo poder que o originou.

Mas, e no caso de alterações na Constituição por meio de das Emendas Constitucionais. Será que pode haver abusos por parte dos legisladores? E quem fiscalizaria tais mudanças?

Tal Poder derivado, não vem a ser um poder de fato, como o originário é, porém, é um poder de natureza jurídica, sendo um poder estabelecido na constituição regente, devendo seguir as regras jurídicas que a própria Constituição estabelece, para ser mais exato, o Poder Constituinte derivado é um poder regulado pelo direito, e assim sendo, esta preso a regras jurídicas expostas na Constituição é por isso, que as normas produzidas pelo poder derivado se submetem a um controle de constitucionalidade.

O Poder Constituinte derivado se divide em três: derivado decorrente, derivado reformador, derivado revisor.

O enfoque principal do Poder Constituinte derivado decorrente, é justamente dar aos Estados membros o poder de auto se organizarem, isso, por meio das leis e principalmente da constituição estadual, no entanto, como é um poder instituído,

secundário deve limitar os princípios e preceitos decorrentes da Constituição Federal, desta maneira, do ponto de vista de hierarquia é que as Constituições dos Estados estão abaixo da Constituição “Matriz”.

Para enfatizar melhor tal situação, não pode-se deixar de citar o fato de os municípios se organizarem por lei orgânica, e por isso sofrem uma dupla vinculação, tendo de respeitar o que estiver vinculado à Constituição Estadual, e à Constituição Federal, sendo assim, parte da doutrina majoritária não admite que o poder constituinte derivado decorrente não se manifeste em âmbito municipal, entendem que seria uma mera competência de organização e não poder constituinte em consequência deste duplo grau de vinculação.

Tal poder será elaborado, praticado pelas chamadas Assembleias Legislativas, não se esquecendo de que o titular do poder constituinte é povo, porém o exercício e praticado por agentes políticos. O poder decorrente está expresso na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 25 e diz que os Estados poderão criar sua constituição e também no artigo 11 do ADCT.

Já o poder constituinte derivado reformador, é o poder utilizado para atualizar o texto constitucional, estas atualizações são feitas por meio de propostas de emendas, as chamadas PECs, porém estas propostas de emendas não são ilimitadas elas sofrem um limite a este poder de reforma, estes limites podem ser do ponto de vista circunstancial ou procedimental, pois, para que uma destas Emendas sejam aprovadas deve ser observado um quórum qualificado de 3/5 (três quintos) dos membros de cada câmara e em dois turnos, um procedimento dificultoso que soem caracterizar a rigidez do texto constitucional de 1988.

Quem exerce este poder é o Poder Legislativo, no caso do congresso nacional, com a elaboração das normas constitucionais federais, as Emendas constitucionais.

E por fim, o Poder Derivado revisor, com previsão no artigo 3º do ADCT. Enquanto no poder reformador se propunha um reforma pontual, aqui a proposta é por uma reforma mais ampla, e podemos observar dentro da própria Constituição Federal de 1988.

E já houve a manifestação deste poder revisor, sendo que tivemos seis emendas de revisão e sua eficácia está esgotada, sendo que não é mais possível um reforma por

meio do Poder Constituinte Derivado revisor e hoje, a única maneira de se reformar o texto constitucional formalmente é por meio de emenda à Constituição.

Do ponto de vista procedimental podemos observar que enquanto o Poder reformador previa uma média de votação dentro das duas câmaras e em dois turnos, o poder de revisão prevê a votação por maioria absoluta em sessão unicameral, e é aqui que muitos autores afirmam que o constituinte perdeu a oportunidade de fazer as grandes reformas necessárias e que vem agora por meio de emendas fazer estas reformas o que é um procedimento muito mais difícil.

3.3 CONSTITUIÇÃO RÍGIDA, FLEXÍVEL, SEMI-FLEXÍVEL E IMUTÁVEL

Ao analisar a Constituição podemos classificá-la no que diz respeito a sua forma de alteração, ou seja, sua mutabilidade e nesta classificação que tem reflexo muito importante na forma de controle de sua supremacia pode-se identificar quatro espécies de constituições as constituições rígidas, flexíveis, semi-flexíveis e imutáveis.

A Constituição rígida como é a nossa Carta Magna de 88, passou a ser uma tradição brasileira republicana, porque desde a Constituição Brasileira Republicana de 1891, todas as nossas Constituições como a de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e a Constituição atual de 1988, todas são rígidas, ou seja, foram feitas por Assembleias Nacionais (gerais) Constituintes ou foram outorgadas pelo poder central de forma não democrática, mas todas estas Constituições para que fossem, ou sejam alteradas, necessitam de um processo legislativo especial, diferenciado, que possua uma maior dificuldade e que exija do Congresso Nacional órgão competente para efetuar tal procedimento algo a mais do que uma simples lei ordinária.

Algo como o que acontece atualmente, pois exige aprovação de em dois turnos tanto na câmara quanto no senado por três quintos dos deputados e três quintos dos senadores, ou seja, é necessário passar por etapas, fases que demandam uma votação por maioria qualificada, pois a ideia de Constituição rígida é exatamente

esta, para sua alteração há a necessidade de que haja um processo legislativo que seja difícil, rigoroso para justamente garantir a permanência do ordenamento jurídico em vigor e a segurança jurídica constitucional, sendo que, se houver alterações na Constituição Federal isso se dará por meio das Emendas Constitucionais.

Por outro lado temos as constituições flexíveis, que geralmente são as Constituições não escritas, ou seja, uma série de leis constitucionais, que acaba caracterizando uma constituição não escrita e para que esta Constituição possa a ser alterada ou mesmo estas leis, não é necessário o mesmo processo legislativo rigoroso, necessário como é o caso da Constituição rígida, neste processo o parlamento se reúne, aprova uma lei de matéria constitucional e acaba alterando a Constituição, não havendo, portanto uma diferenciação entre o processo legislativo constitucional e o processo legislativo ordinário, como exemplo podemos citar a Constituição Inglesa que ao longo dos anos tem sido regida pelo parlamento, e já possui esta tradição de soberania parlamentar.

No meio do caminho temos as Constituições semirrígidas ou semi-flexíveis, nestas, para que parte da Constituição possa ser alterada, exige-se um processo legislativo rigoroso que dificulte tal alteração.

As matérias mais importantes da Constituição a serem discutidas exigem este tipo de processo árduo, no entanto existem outras matérias a serem discutidas, matérias que são formalmente constitucionais, porém, inseridas na pauta governamental e para que possam ser alteradas exige-se o mesmo processo legislativo usado no caso de uma lei ordinária.

Exemplo clássico que podemos enfatizar é a nossa primeira Constituição brasileira da época do império de 1824 em que, para que pudesse ser alterada parcialmente exigia-se a elaboração de emendas constitucionais com processo legislativo mais rigoroso como no caso da Constituição rígida, enquanto que, a outra parcela da Constituição exigia um processo legislativo mais flexível em relação às matérias constitucionais discutidas.

Assim sendo, enfatizar estas diferenças é muito importante porque as Constituições rígidas permitem uma supremacia maior das normas constitucionais e acabam sendo seguidas por formas de controle de constitucionalidade porque, por mais que

se queira não existe Constituição rígida se não houver formas de controle desta rigidez, ou seja, formas de controle de constitucionalidade.

E por fim, a Constituição imutável, que é aquela que não comporta mudanças no texto constitucional, porém, atualmente é uma classificação antiquada para ser usada quando se trata de alguma Constituição, pois hoje em dia nenhum doutrinador, até mesmo pelas mudanças que se vê na sociedade, expansão da internet, e meios de comunicação acessíveis se propõe a colocar em algum livro o que vem a ser constituição imutável, apenas faz uma breve menção, não deixando sem as devidas explicações os seguidores de suas metodologias como faz Kildare Gonçalves Carvalho que retrata a constituição imutável assim:

“Constituições imutáveis são as que se pretendem eternas, pois se fundam na crença de que não haveria órgão competente para proceder à sua reforma. São denominadas também de Constituições graníticas, ou intocáveis” (CARVALHO, 2008, p. 275)

Isso se dá justamente pelo fato de o Direito ter relacionamento com as pessoas e pelo fato destas evoluírem diversificadamente, assim sendo, o Direito também passa a ser evolutivo, existe, portanto a necessidade de as regras acompanharem as mudanças pré-estabelecidas com a evolução humana.

Com isso, é pouco provável que encontremos tal Constituição imutável formando o ordenamento jurídico de algum país, por isso se diz que estas Constituições são exceções no mundo jurídico.

Diante desta exposição pudemos compreender como se dá a formação da Constituição por meio do exercício de Poder Constituinte tanto originário como derivado e que o processo para sua modificação e alteração não é tão simples.

No entanto, atualmente já nos acostumamos a ouvir que a Constituição sofre diversas alterações em seu texto, sem mesmo saber se realmente são necessárias tais mudanças.

E se as modificações por meio das Emendas Constitucionais visam alcançar o dinamismo com que a sociedade se transforma, procurando dirimir futuros conflitos

criados com acelerado processo de mudanças sociais, ou se apenas servem a interesses de classes sociais que possuem laços estreitos com os governantes.

3.4 CONSTITUIÇÃO QUANTO À SUA EXTENSÃO E FINALIDADE

Em referência à sua extensão e finalidade a Constituição pode ser classificada como sintética isto é, concisa, objetiva e analítica ou prolixa muito extensa.

As Constituições chamadas sintéticas apresentam apenas os princípios fundamentais e estruturais do Estado, e não se aprofundam em outra matéria. Estando limitado somente aos conteúdos considerados gerais e essenciais. Tais Constituições duram mais que as outras, isso, conforme os princípios os quais se norteiam adquirem outras interpretações se adequando aos novos anseios da sociedade pela atividade da Suprema Corte, um exemplo clássico que se pode ostentar é a Constituição norte americana, que vigora há mais de 200 anos.

Por outro lado, as Constituições analíticas abordam todos os assuntos que a Assembleia Constituinte entender como fundamentais, e detalham cada um desses assuntos demasiadamente, e estabelecem regras que deveriam estar nas leis infraconstitucionais, isso é abaixo da Carta Magna.

A Constituição Federal de 1988 é um grande exemplo destes textos demasiados longos, pois, trata com minúcia de diversos assuntos. Assuntos estes, como o que dispões em seu artigo 242, §2º, que estabelece que o “Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.” Esta norma deveria estar disposta como lei infraconstitucional, e não na Constituição Federal, sendo, portanto, norma formalmente constitucional, e de matéria constitucional, o que a faz ocupar espaço dentro da Carta Magna de maneira desnecessária.

Sendo assim, o que realmente caracteriza as Constituições analíticas são o momento histórico em que elas foram constituídas, por exemplo, a Constituição de 1988 se apresenta assim, porque desde 1964 o Brasil permanecia sob um regime obscuro e cruel com aquele que pleiteavam por políticas que beneficiassem o povo este era o regime da ditadura militar, que desde 1967 se impunha por conta de uma

Constituição que fora imposta pelo governo, fazendo com que as garantias individuais e sociais fossem ignoradas, para garantir os interesses da ditadura.

Nestes termos, com a redemocratização do Brasil, o poder constituinte originário, já cansado de tantas barbaridades advindas de governos déspotas, procurou elaborar uma Constituição abrangente, que não deixasse máculas de abusos políticos e disciplinasse tudo quanto fosse possível e não necessário, pois, temia um retrocesso na democracia.

Sem dúvida alguma, os grandes “detalhes” de matérias agregados ao texto constitucional faz com que na prática, a Constituição “cidadã” de 1988 seja modificada, alterada por cada novo governo que toma posse.

CAPÍTULO 4. CONSTITUIÇÃO DE 1988

4.1 HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A primeira constituição brasileira foi a de 1824, outorgada por Dom Pedro I, ou seja, fora imposta pelo imperador, e neste momento, um dos fatores que marcam esta nova constituição é o fato desta prever a monarquia, justamente para que o poder fosse adquirido por sucessão hereditária, e isso foi realmente o que aconteceu no Brasil, Dom Pedro I depois de alguns anos deixou o Brasil para voltar a Portugal e quem assumiu o trono foi seu filho Dom Pedro II, nesta época o Brasil também era um Estado Unitário, não havendo Federações como é composto o Brasil nos dias atuais, sendo assim, possuía um Poder centralizado exercido é claro pelo rei.

Outro fato marcante desta constituição de 1824 é que era a única que tinha ou declarava uma religião oficial sendo esta a religião católica, em todas as outras constituições inclusive a atual de 1988 declara o Brasil como um Estado laico, ou seja, sem uma religião oficial.

Algumas outras características marcaram esta Constituição e não poderiam deixar de serem mencionadas, a primeira, é o fato de que o Brasil império tinha quatro Poderes atuantes e não três como hoje em dia, além dos poderes executivo, legislativo e judiciário como já conhecemos também tinha o Poder Moderador que mantinha uma espécie de controle sobre os demais Poderes e que era exercido pelo rei que titularizava tal Poder Moderador, além do que, previa também o voto censitário, pois só aqueles que possuíam um *status* econômico avantajado poderiam votar, ou seja, era necessário atender requisitos de renda para o exercício dos direitos políticos.

Mesmo tendo todos estes atributos foi a Constituição que mais perdurou, e só teve fim porque houve o golpe militar que instaurou a República no Brasil, acabando com o regime monárquico, fato ocorrido no dia 15 de novembro de 1889, sendo o rei expulso do Brasil juntamente com toda a sua família, incluindo a princesa Isabel que um ano antes assinará a Lei Áurea em 13 de maio de 1888.

Com todas estas mudanças instauradas no Brasil seria necessária a realização de uma nova constituição, sendo esta elaborada em 1891, seria a segunda Constituição brasileira, também conhecida como “Constituição de Rui Barbosa”, isso porque foi o baiano Rui Barbosa que redigiu praticamente todo o anteprojeto da Constituição de 1891.

Sua inspiração viria da Constituição dos Estados Unidos, isso por que mantinha admiração pelo direito norte-americano, prova cabal desta admiração é que, com a Constituição elaborada por Rui Barbosa o Brasil passou a ser chamado de Estados Unidos do Brasil se estabelecendo aqui a influência norte-americana, influência vista mais uma vez no fato de que o Brasil passa a ser uma Federação e não mais um Estado unitário como era no tempo da monarquia de Dom Pedro II, passando então a ser uma republica.

Deste momento em diante o Brasil teria que ter seu governante escolhido pelo povo, para um mandato determinado, com um sistema presidencial republicano, com eleições regulares e com partidos políticos.

Com tantas novidades estabelecidas nesta nova Constituição, não se pode deixar de citar que a partir de 1891 o Brasil adota apenas três Poderes, a famosa tripartição de poderes do Frances Montesquieu, sendo os poderes executivo, o legislativo e o judiciário permanecendo até os dias atuais, desaparecendo de vez o chamado Poder Moderador.

Um dado importante ocorrido com o advento desta segunda Constituição, é que a partir dela surge o controle difuso de constitucionalidade, isso é se determinada lei ferir a ordem constitucional estabelecida, pode ser declarada inconstitucional.

No entanto, a Constituição de 1891 teve um fim, justamente porque este primeiro momento da República brasileira foi tumultuado, o voto era aberto e isso acabava dando ensejo a pressões sobre o eleitor, os derrotados nas urnas nem sempre aceitavam a derrota, casos como estes trouxeram muito tumulto a esta nova era republicana que tomara conta do país.

Diante de tais tumultos, houve no Estado de São Paulo a famosa revolução constitucionalista de 1932, e com isso surge a terceira Constituição brasileira de 1934 que manteve a estrutura principal da Constituição anterior de 1891, porém

aconteceram duas mudanças importantíssimas, uma delas foi o aumento dos Poderes da União em detrimento dos Estados, com os Estados perdendo Poder houve uma diminuição dos poderes do Senado, que quase desapareceu.

A outra novidade importante trazida por esta Constituição de 1934 foi o voto feminino, além de prever os chamados direitos de segunda geração ou direitos de segunda dimensão que são os direitos sociais, os direitos de classes. Percebeu-se então que o Estado tinha de agir, dando condições à saúde pública, à moradia, à educação entre outros amparos à população que crescia desordenadamente e sem perspectivas de um bom futuro.

Porém, depois de um golpe militar, chega ao poder Getúlio Vargas, que não mais querendo deixar o poder, editou e outorgou a nossa quarta Magna Carta, a Constituição de 1937.

Esta Constituição ficou conhecida por um apelido um tanto estranho sendo este a “polaca”, pois foi inspirada na Constituição polonesa da época, passa então a ser uma constituição ditatorial que tem como principais características, um poder exagerado nas mãos da União em detrimento dos Estados, diminuição de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, acabando com o direito à greve, também não se podia mais impetrar mandado de segurança, acabou com a ação popular, além da diminuição dos direitos e garantias fundamentais, também houve a diminuição do controle de constitucionalidade deixando “portas” abertas a eventuais abusos sobre a legislação vigente.

Todavia, o mundo passava por um momento sórdido, mas de extrema mudança em relação às questões políticas, que era a segunda guerra mundial.

Com o fim da guerra a grande vencedora foi a democracia, só que no Brasil nada mudou, desta maneira, com a democracia batendo às portas das nações que foram afligidas pela guerra, fragilizou-se o governo de Getúlio Vargas, que como citado antes, promovia um governo ditatorial, com isso, foram convocadas novas eleições e o Brasil novamente elaborou uma nova Constituição a de 1946.

Esta Constituição de 1946, não traz significativas mudanças ao ordenamento jurídico, porém ressuscita todos os ideais constitucionalistas da Constituição de 1934, afundados pelos devaneios de Getúlio Vargas com a Constituição de 1937.

Há apenas duas mudanças significativas na Constituição de 1946, a primeira é a previsão de que a capital brasileira sairia do Rio de Janeiro e iria para o Distrito Federal, e a segunda mudança é que foi na vigência da constituição de 46 que surge a ADIN, Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Quando tudo parecia caminhar bem com o país, o estado sofre o golpe militar de 1964, acabando com o governo de João Goulart, trazendo novamente como plano governamental a ditadura por parte dos militares, fato gerador de uma nova Constituição.

E assim, surge a Constituição Brasileira de 1967, e como ocorreu em 37 novamente a União passa a ter um poder gigante em relação aos Estados, novamente há a diminuição dos direitos e garantias fundamentais, e ampliou-se a competência da justiça militar, que começou a julgar civis, pessoas que participavam de passeatas pela democracia e foram julgadas pela justiça militar de forma escabrosa, sem critério algum, fatos estes que marcaram esta Constituição.

Constituição que viria a ser alterada dois anos depois com a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 que modificou a Constituição Federal de 1967. Cansado, o povo clama por democracia por meio de um movimento chamado “Diretas Já”.

Chega ao fim a ditadura militar no Brasil por meados de 1985, neste sentido é necessário algo que faça a diferenças em torno deste movimento democrático, com isso, em 1988 é aprovada uma nova Constituição para o Brasil.

A Constituição de 1988 que apagou os rastros da ditadura militar e estabeleceu princípios democráticos no país.

Tal Constituição se torna um marco da redemocratização do Brasil, sendo elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte convocada em 1986, sob a presidência de Ulysses Guimarães, passando a ser conhecida como “Constituição Cidadã”, palavras usadas por Ulysses, porque trazia à tona garantia de diversos direitos aos cidadãos brasileiros tais como, liberdade de expressão, direito de Habeas Corpus, Habeas Data entre outros.

Esta nova Constituição também traz diversas modificações na legislação eleitoral ao estabelecer o voto facultativo para os maiores de 65 anos e para os jovens de 16 e 17 anos além do que, os analfabetos ganhavam o direito de votar o que antes era vedado, uma inovação que pode ser citado é o fato de que a Constituição de 88 trás consigo uma legislação ambiental, além de inúmeras modificações relacionadas às leis trabalhistas e estabelece o crime de racismo sem a cobertura de fiança decretando que todos os brasileiros são iguais e livres.

4.2 O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nos primeiros meses do governo Sarney houve vários debates sobre a convocação de uma Assembleia Geral Constituinte que fosse exclusiva para elaboração da nova Carta constitucional, assim sendo, em novembro de 1986, deputados federais e senadores foram eleitos para exercer ao mesmo tempo as funções de congressistas e Constituintes e foram estes 559 políticos eleitos que elaboraram a lei máxima que rege o nosso país.

O povo, o mais interessado na elaboração da nova Constituição brasileira, não discutiu a formação da Assembleia Nacional Constituinte, havia urgência em elaborar a Carta Constitucional, desta maneira, os Deputados e Senadores que foram eleitos em outro pleito e não para exercer atividade de redigir a Constituição, fizeram parte de tal processo se tornando Constituinte.

Quase nenhum teve a concordância do povo para representá-los na confecção da nova Constituição.

E assim, a eleição de 1986 transcorreu em condições normais, sem a preocupação na regulamentação dos destinos do país e da população, o mais importante era se eleger a todo custo.

Mas, quando se trata de Poder Constituinte Originário, não é necessário que haja a participação efetiva daqueles que realmente são titulares deste direito, qual seja, o povo?

E para enfatizar a participação popular dentro deste processo Constitucional para a formação de uma nova regência jurídica e democrática, houve seguimentos da sociedade brasileira que ajudaram a tecer esta nova Carta Magna, e foram dois, as burocracias estatais e os movimentos sociais.

Foram fundamentais em suas atuações, pois se contestavam durante todo o processo constituinte, proporcionando assim, certo equilíbrio entre o que era proposto durante este processo de elaboração da nova Constituição.

Todavia, utilizaram um mecanismo que foi único na história, sendo uma das características deste processo constituinte, que foi o das “Emendas Populares” e foi através deste mecanismo que os movimentos sociais conseguiram se fazer presentes, conseguindo em torno de quatro milhões de cidadãos assinando tais “emendas” e desta forma se fizeram presentes de modo significativo dentro do processo constituinte brasileiro.

Haja vista, que a sociedade foi em diversos setores, estimulada a contribuir por meio de propostas que deveriam ser formuladas pelos cidadãos brasileiros.

Houve, porém, um estudo a respeito da nova Constituição, se a partida seria dada a partir de um texto constitucional, e neste sentido já havia uma proposta da chamada “Comissão de Notáveis”, instituída pelo então presidente Sarney, que então propôs um texto.

Como a Constituição de 46 era democrática, alguns imaginaram que dela partiria um texto básico, no entanto, preponderou na Constituinte, a ideia de que deveria ser “zerada” uma relação institucional, encerrando assim o período autoritário e reinaugurar uma vivência democrática, sendo assim, se entendeu que uma proposta de texto seria um condicionador, isto é, um limitador porque se queria uma Constituinte soberana, que se criasse a partir de si própria. Assim, o regimento interno, que foi criado por conta da diversidade de partidos político dentro da Assembleia Nacional Constituinte, estabeleceu um mecanismo de auto-geração desta proposta de um novo texto constitucional sem precedentes.

Desta maneira, a Constituinte, que era para ser livre soberana e exclusiva acabou se tornando um Congresso Constituinte, significando que tinha entre os Constituintes

dois terços dos senadores que haviam sido eleitos quatro anos antes da convocação da Assembleia Nacional Constituinte, e não para exercerem tal função Constituinte.

Por isso, passaram a ser chamados de “Constituintes Biônicos”, haja vista o acúmulo de funções de cada um, ficando evidente que apesar de tamanha manifestação popular durante o movimento “Diretas Já”, o esforço da população não foi respeitado, pois não foi permitido que o povo escolhesse seus representantes, isso, para a decepção de todos. Mesmo assim, a Constituição de 1988 foi o grande marco para a consolidação dos direitos do cidadão brasileiro.

E após esta grande mobilização a democracia é “reinaugurada” no Brasil trazendo de volta a esperança a essa nação. Com isso, as primeiras eleições presidenciais foram em 1989 após um longo processo de luta do povo.

4.3 O PODER DERIVADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Se tornando Presidente da República, José Sarney cumpre uma promessa política e conseguindo a aprovação de uma Emenda Constitucional convocando uma Assembleia Nacional Constituinte em 1986.

Esta Assembleia Nacional Constituinte daria margem à Constituição Federal de 1988, o grande problema, é que a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada através de uma Emenda à Constituição de 1967/69, justamente um período negro de autoritarismo de um governo ditador, ou seja, o Poder Constituinte Derivado inaugurou e legitimou um Poder Constituinte Originário.

Fruto desta Assembleia Nacional Constituinte que foi parte eleita pelo povo, compreendido como cidadãos, e parte composta por senadores, eleitos em 1981, mas que ainda cumpriam seus mandatos foi elaborada e promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Determinados doutrinadores entendem que em razão de ter esta emenda limitando a atuação da Assembleia Constituinte, o Poder Constituinte que estaria atuando seria o derivado e não o originário que tem como características a ilimitabilidade.

No que tange a este tema é correto afirmar que, o Poder Constituinte Derivado é limitado, não possuindo poderes para tal. Partindo desta lógica, alguns doutrinadores, e um deles é Manoel Gonçalves Ferreira Filho acreditam que a Constituição Federal de 1988 venha a ser fruto do Poder Constituinte Derivado, e não do Poder Constituinte Originário como veremos:

“A Constituição brasileira em vigor fixa limitações materiais e circunstanciais, além de prever uma revisão constitucional decorridos cinco anos de sua vigência (1993), ou seja, limitações circunstanciais – proibição de emendar a Constituição durante intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (art. 60, § 1º); limitações materiais – proibição de sequer deliberar sobre propostas tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes....”(FERREIRA FILHO, 2009 p. 30)

Na visão deste conceituado autor, não restam dúvidas então, que a atual Constituição do Brasil foi estabelecida por um poder derivado, mesmo havendo a convocação da Assembleia Constituinte, resultando em “reformas” da Constituição anterior. Porém, o mesmo autor declara que e a atual Constituição fora estabelecida, com obediência às normas que eram então vigentes, citando: “... por resultar num texto totalmente refeito e profundamente alterado, deu origem a uma nova Constituição” (FERREIRA FILHO 2009 p.32)

A afirmação é feita, justamente por conta da Emenda de 1969 que trazia ainda a manutenção do Ato Institucional número 5, que permitia ao presidente o fechamento do Congresso Nacional, Assembleias Estaduais e Câmaras Municipais, além de suspender direitos políticos e cassar mandados efetivos.

Outro problema encontrado no que diz respeito à elaboração da nova Carta Magna e que diz respeito diretamente ao povo, refere-se à própria composição da Assembléia Nacional Constituinte de 1986.

Conforme determinado na Emenda Constitucional convocatória da Assembleia Nacional Constituinte, a composição do Poder Constituinte Originário seria formulada pelos senadores e deputados eleitos à época. Ocorre que a eleição dos senadores da república se faz de maneira peculiar.

Cada Estado da República possui 3 senadores que os representa. No entanto, a eleição desses se faz, ora de 2 (dois) ora de 1(um) senador, ou seja, o mandato de um senador da república dura 8 (oito) anos, sendo que de 4 (quatro) em 4 (quatro) anos se substituem ora 2 (dois) senadores, ora 1(um) senador esses denominados como já citado neste trabalho como “senadores biônicos”.

Fica então evidente, um vício de difícil visualização que é o fato de estes “senadores biônicos” não terem sido eleitos pelo povo para compor a Assembleia Nacional Constituinte.

Daí que a Assembleia Nacional Constituinte estaria manchada por um vício de representação e ilegitimidade, já que não seria originado total e efetivamente do povo brasileiro.

A doutrina, em termos gerais, se limita a responder que a Constituição Federal de 1988 rompeu efetivamente com a anterior ordem jurídica, sendo, portanto, uma Constituição Material.

No entanto, igualmente não temos um estudo mais profundo sobre a questão, só restando dúvidas de que a Constituição atual é apenas uma Constituição Formal, fruto do Poder Constituinte Derivado, e não uma Carta Material como se afirma.

Ao contrário, a este raciocínio e entendendo que o Poder Constituinte Originário foi àquele que elaborou a Constituição encontra-se o professor José Afonso da Silva que diz:

“As observações críticas feitas acima a respeito da forma de convocação da Assembléia Nacional Constituinte não devem levar o leitor a confundir minha posição com a de certa corrente de constitucionalistas conservadores

que asseveram que a Constituição de 1988 é obra do poder constituinte derivado, o que significa que não passaria de reforma da Constituição anterior, por ter sido convocada por uma emenda constitucional. Ora, mostramos acima, no texto de 1986, que a Emenda Constitucional 26/85 só tem o nome de emenda constitucional, porque nem sua função, nem seu conteúdo nem as conseqüências de sua aplicação são de emenda constitucional. Se ela convoca uma Assembléia constituinte para fazer nova constituição em lugar daquela que existia é por desconhecer ou ignorar, por ignorância mesmo ou por ideologia, a teoria político-constitucional, que sempre tem como atuação do poder constituinte originário toda vez que representantes do povo, reunidos em Assembléia, fazem uma nova constituição. Isso tem sido assim ao longo da História, como vimos no texto *supra*. No caso da formação da Constituição de 1988, foram convocados os membros da Câmara dos Deputados e do Senado para se reunirem, *unicameralmente*, em Assembléia Nacional Constituinte. *Unicameralmente* significa que não se trata de reunião conjunta da Câmara e do Senado, tanto que a votação da matéria constituinte se fazia como uma Assembléia unitária. Certo que houve um defeito nessa convocação, pois a convocação deveria ter sido de representantes do povo, para compor a Assembléia Constituinte. Convocando membros da Câmara dos Deputados e do Senado, incluindo os senadores biônicos, formou-se antes um Congresso Constituinte, mas, assim mesmo, um órgão de natureza constituinte.” (SILVA, 2000, p.79)

José Afonso da Silva explica que não se tratava a emenda Constitucional 26/85 de efetiva emenda, porque ela não visava manter e atualizar a Constituição de 1967, mas de substituí-la por outra que seria elaborada por um Poder Constituinte inicial (2000, p.79). Este ato tem, portanto, para referido professor sentido revolucionário, que se efetivou com a eleição do Congresso Constituinte.

4.4 AVALIAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO PODER DERIVADO

Para entendermos o Poder Constituinte reformador é necessário antes de tudo entendermos a noção de rigidez constitucional.

Uma Constituição que se quisesse imodificável, fatalmente sucumbiria, pois os diversos seguimentos sociais constantemente mudam, se transformam e esta dinâmica da vida social deveria ser acompanhada pelo ordenamento jurídico em vigor justamente para não haver geração de conflitos entre o texto constitucional e realidade social transformando a Constituição naquilo que Ferdinand Lassale chama de “folha de papel” (2004, p. 48).

Por outro lado uma Constituição não pode ser modificada a todo o momento pelo mesmo procedimento de mudança de uma Lei ordinária, isto sob pena de perder sua força normativa.

Um meio termo entre, que vem a ser um ponto de equilíbrio entre estes dois extremos, uma Constituição imodificável e uma Constituição modificável por procedimentos ordinários, é a chamada Constituição Rígida.

Para modificar tal Constituição deverá ser utilizado um procedimento mais complexo, diferente dos procedimentos usados para modificar leis ordinárias.

O Poder Constituinte de revisão ou reformador é um mecanismo extraordinário de mudança da Constituição, e está previsto no artigo 3º (terceiro) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devendo ser executado uma única vez, tendo sido utilizado nos meses de março e junho de 1994 para reformar a Constituição Federal de 88 se exaurindo, não podendo mais ser utilizado para tal tarefa. Agora, qualquer modificação no texto constitucional deverá ser feito pelo mecanismo ordinário de mudanças que vem a ser por meio de Emendas Constitucionais.

Ocorre, que as modificações na Constituição Federal de 1988 por meios das Emendas se tornaram comum, acarretando um número exagerado de Projetos de Emendas à Constituição por parte dos legisladores, sejam deputados ou senadores.

Para que sejam feitas modificações na Carta Constitucional os Legisladores se utilizam do Poder de Emenda à Constituição Federal, previsto na própria Constituição e que tem como titular o povo, da mesma maneira que titularizam o Poder Constituinte originário. Todavia, este Poder de Emenda quem exercem são os membros do Congresso Nacional, que representam a população.

No entanto, durante a elaboração das Emendas Constitucionais, os parlamentares não estão agindo como legisladores ordinários, que modificam uma lei ordinária por outra maior sem maiores empecilhos, mas sim, exercem uma representação extraordinária, se utilizam de uma função atribuída a eles pela própria Constituição, que vem a ser de legisladores constituintes.

Aqui não se critica o fato de haverem Emendas à Constituição, pois, é algo até necessário quando algumas leis se tornam ineficazes, a crítica é feita a muitos deputados e senadores que se utilizam dos Poderes a eles atribuídos para mudar o texto constitucional, muitas vezes para benefício de certa classe social que não necessita de tanta atenção em detrimento de outras. Além do que, a Constituição Federal ao instituir os poderes estatais estabelece quem tem competência para exercê-lo e de que maneira deve e está autorizado a proceder para exercê-lo, além de, estabelecer os limites necessários de sua atuação.

Desta maneira, Constituição de um país deve ser duradoura, pois, instaurar uma nova ordem jurídica, promulgando uma nova Constituição é algo árduo, necessitando de vários fatores elementos políticos e sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou demonstrar que a representação política vem a ser uma relação entre representante e representado, e deste modo passa a ser fundamental para o chamado exercício da democracia, pois, tais representantes, políticos eleitos para seus respectivos cargos, representam os eleitores, que como sociedade os escolhem para que busquem diminuir os problemas relacionados à sociedade em geral.

No entanto, esta representação política não tem resultado em benefícios à sociedade, ou o povo, termo melhor usado para nominar quem realmente poderia opinar para que ocorressem mudanças significativas nos países, todavia, os congressistas por meio do sistema representativo têm mudado a “cara” do país sem o respaldo popular.

Sendo que, o verdadeiro titular do Poder Constituinte, o povo e que na atualidade, é formada por indivíduos, que fazem parte dos mais diversos seguimentos sociais sendo estes, associações, igrejas, comunidades, personalidades das mais diversas, instituições, como as ONGs, que procuram cada vez mais o contato com membros da sociedade, entres outros, não são chamados para exercerem seu direito de decidirem junto com os políticos os rumos do país.

O Poder constituinte Originário, é com certeza, o poder de constituir e reconstituir ou reformular a ordem jurídica estatal.

Embora se afirme como poder originário não se exerce num vazio histórico ou cultural. Ele não parte do nada e, neste sentido, temos o amparo de determinados princípios que regem nossa ordem jurídica tais como, dignidade da pessoa, justiça, liberdade, igualdade e é através destes princípios que podemos mensurar se realmente o que há na Constituição têm haver com o povo, porém como bem ostenta Manuel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra O Poder Constituinte (FERREIRA FILHO, 2007, pág. 15-16) de que "O povo pode ser reconhecido como o titular do Poder Constituinte, mas não é jamais quem o exerce. Ele é um titular

passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite".

Sendo assim, feita a diferença entre a titularidade e o exercício do Poder Constituinte, sendo o titular o povo, a nação, pessoas de bem que realmente esperam algo da Constituição do seu país e aqueles que literalmente exercem do Poder Constituinte, aqueles que, em nome do povo, criam o Estado, elaborando, editando uma nova Constituição quando se faz necessário.

Nossa Constituição emblematicamente proclama que: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição", porém, de forma intrigante o texto que proclama a necessidade de representantes especificamente eleitos para desempenho do mister foi elaborado por senadores "Biónicos" de canhestra representatividade popular.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* - 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7ª. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 - Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 set 2012.

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27/11/85 - Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em 07 out 2012.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969 - Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em 12 out 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35ª Ed. São

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte* - 5ª ed. São Paulo: Saraiva 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª Ed. rev. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2009.

LASSALLE, Ferdinand, *O que é uma Constituição?* tradução. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica. Editora Líder, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 50.

MENDES, Gilmar Ferreira *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 4ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2010. Paulo: Saraiva 2009.

PEDREIRA, Jorge e Costa, Fernando Dores. *D. João VI: um príncipe entre dois continentes*. Companhia das Letras, 2008.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva 2000/ 4ª triagem 2010.

RICCITELLI, Antonio. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. 4ª ed. ver. Barueri-SP: Manole, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. 1ª ed. São Paulo, Editora Malherios, 2000.