

Turma e Ano: Turma Regular Master A

Matéria / Aula: Direito Constitucional – Aula 02

Professor: Marcelo Leonardo Tavares

Monitor: Beatriz Moreira Souza

1. Poder Constituinte Derivado

O poder constituinte derivado subdivide-se em REFORMADOR E DECORRENTE. Ambos possuem as mesmas características.

PODER CONSTITUINTE DERIVADO

- REFORMADOR

- DECORRENTE

1.1 [Poder constituinte derivado reformador:](#)

É o poder de alterar as instituições do Estado mediante um processo formal de modificação das normas constitucionais.

1.1.1 [Características:](#)

Poder secundário:

Tem natureza de poder de direito com previsão constitucional. Ele deriva da constituição. Existem dois fundamentos na CF\88. Sendo eles o art. 60 da CF (no que se refere as emendas constitucionais) o art. 3º do ADCT.

Poder limitado:

Existem limites materiais no que concerne a sua manifestação.

Vide art. 60 , § 4º da CF.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

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

A constituição veda normas com tendência a **abolir** as clausulas pétreas, porém isto não significa que elas não possam ser alteradas. Por esse motivo o termo clausula imutável não é adequado, pois elas podem ser alteradas.

Neste contexto, o professor indaga se a redução da maioria penal seria inconstitucional? Em sua opinião não seria, pois isso não resultaria a abolição da proteção ao menor. Ocorreria apenas um constrangimento.

Ele frisa que nem tudo que está no rol art. 5º da CF/88 são clausulas pétreas que não possam ser diminuídas. O importante é que seja protegido o núcleo.

É ressaltado que as cláusulas pétreas não são imutáveis. Elas admitem constrangimento. ¹

Curiosidade: A própria existência das cláusulas pétreas pode ser objeto de controvérsia. Thomas Jefferson, por exemplo, afirmava que os americanos do XVIII não poderiam estabelecer os pensamentos do homem do século XXI e, portanto, era contra a presença de cláusulas dessa natureza na Constituição norte americana.

Condicionado:

Existem vários condicionamentos formais ao poder constituinte derivado reformador.

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

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

II - do Presidente da República;

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

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

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

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

1.2. Poder constituinte decorrente:

É o poder de organizar as entidades federadas em um estado federado. Também é secundário e limitado. A principal previsão é do art. 25 da CF/88. Ressalta-se que apesar dos municípios se organizarem por meio da Lei Orgânica Municipal, eles não são titulares do poder constituinte decorrente.

Há uma controvérsia maior sobre a natureza da lei orgânica do Distrito Federal, pois o DF, em muito se assemelha aos estados, porém a doutrina majoritária entende que ele também não é titular do poder constituinte decorrente.

Pergunta => Qual seria o poder mais limitado? O reformador ou decorrente.

O poder decorrente é o mais limitado, pois o reformador está limitado apenas pelas cláusulas pétreas enquanto o decorrente é limitado por quatro ordens de princípios.

1- cláusulas pétreas: se a constituição da republica deve limitar as cláusulas pétreas, portanto a constituição dos estados também tem.

2-princípios constitucionais sensíveis (art. 34,VII).

¹ Entendimento José Afonso da Silva: Sustenta que as cláusulas pétreas somente podem ser alteradas para melhorar a proteção ao indivíduo.

Art. 34, VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

3- princípios constitucionais gerais ou impositivos: Estes são impostos a todas as entidades federativas.

A constituição, em determinados momentos, impõem expressamente o limite a determinados princípios.

Ex.: Caput do art. 37 da CF/88

4- princípios constitucionais extensíveis: eles se caracterizam por serem impostos à União, porém por interpretação são estendidos aos estados. Isto se denomina simetria.

Exemplo: Vide art. 61, 1º da CF/88.

A CF dispõe sobre a iniciativa privativa do presidente, logo ,por interpretação, deve ser observado para o governador. Se uma constituição do estado der a Assembleia legislativa a competência para propor lei haverá inconstitucionalidade.

Não existe uma relação pré-ordenada dos princípios extensíveis. O STF, na medida em que é provocado acerca do assunto, vale-se da interpretação para determinar quais são estes princípios.

Exemplo: O Exercício do cargo de conselheiro do TCE deve observar o que a Constituição estabelece para o cargo de ministro do TCU. O STF afirmou que a composição do TCE deve guardar simetria com o estabelecido pela Constituição para organização do TCU.

Destaca-se que o STF não pode alargar muito o rol de princípios extensíveis, pois isto feriria a prerrogativa de auto-organização dos estados.

As organizações dos estados não podem ser constringidas. Os traços culturais regionais devem ser previstos na legislação.

O professor afirma que temos um Estado Federal que na prática não é, para ele, na prática, estamos mais perto da organização de um Estado Unitário e isto ocorre porque a União não que delegar poderes.

2. Temas relevantes em matéria de poder constituinte

Supremacia da Constituição:

A aceitação que a Constituição é a carta que cria o Estado e o institucionaliza nos leva ao princípio da Supremacia da Constituição, uma vez que ela vai constringer o exercício dos poderes constituídos. Este princípio decorre da aceitação da natureza primária do poder constituinte originário.

Filtragem constitucional:

A filtragem constitucional é um instituto da hermenêutica que faz com que a interpretação de normas infraconstitucionais passe pelo filtro moral dos princípios constitucionais.

Na hermenêutica positivista, a interpretação da norma ocorre pela subsunção através da aplicação da premissa maior que é a lei sob a premissa menor concreta – fato.

Já na hermenêutica pós-positivista existe o fenômeno da filtragem constitucional. O caminho é mais longo. **A lei é aplicada ao fato através do filtro moral dos princípios constitucionais.**

A lei para ser aplicada ao fato deve ser interpretada conforme a constituição. A interpretação conforme, antes de ser uma técnica de controle da constitucionalidade, é um fenômeno da hermenêutica. Toda lei deve ser interpretada conforma a constituição.

Recepção:

É a continuidade da vigência da lei editada antes da constituição desde que compatível materialmente com esta, passando a sofrer os influxos da filtragem constitucional. Uma lei recepcionada passa a ter fundamento de validade na nova constituição e não na anterior, por isso passa a sofrer a influencia dos princípios da nova constituição.

Ocorre uma mudança no seu fundamento de validade. Indaga-se se também é possível mudar a sua natureza. A maioria dos autores mais antigos afirmam que há mudança na natureza jurídica quando a nova CF exige, por exemplo, um quórum qualificado.

Para Manoel Ferreira Filho, a recepção pode ensejar a mudança da natureza jurídica formal da norma – Manoel Ferreira Filho.

A nova lei passa a sofrer as influencias de um novo padrão de princípios. É muito perigoso justificar a aplicação de um lei da década de 1970 com um precedente do STF julgado em 1985 (Um STF anterior à CF\88).

A lei de 1970 ainda está em vigor, porém com influencia dos princípios da CF\88. Logo, ela pode ter alterações em sua interpretação.

Um erro grave é interpretar uma lei de 1975 como ela sempre foi, pois coisas que não eram cogitadas em um julgamento em 1985 podem ser cogitadas agora, MESMO PARA AFIRMAR QUE ELA CONTINUA EM VIGOR.

Obs.: A filtragem constitucional também ocorre na recepção.

A recepção é um fenômeno da lei no do tempo. Atua na vigência, porém possui como pressuposto a validade material. O professor Jorge Miranda define recepção da seguinte maneira: “*Na recepção a lei continua em vigor por causa de sua validez.*” Ela continua em vigor, pois é válida. O raciocínio é o mesmo do controle de constitucionalidade.

A análise de validade de uma lei anterior a constituição é exatamente igual a análise de validade de uma lei posterior. Dentro da análise do fenômeno de recepção há um raciocínio do controle de constitucionalidade. O pior que pode acontecer para uma sociedade é interpretar uma lei como ela sempre foi.

Vantagens do fenômeno da recepção:

- economia legislativa;
- segurança jurídica.

Desconstitucionalização:

É a recepção como norma infraconstitucional do dispositivo de uma constituição anterior. O Brasil não aceita esse fenômeno.

Jorge Miranda sustenta que isso somente é possível para normas formalmente constitucionais. As normas materialmente constitucionais da constituição anterior não podem ser objeto de desconstitucionalização. Elas são revogadas e ponto.

Repristinação de norma constitucional:

É a retomada da vigência de uma norma revogada por um a norma revogada. Se a norma que revogara a outra também foi revogada, ela perdeu, inclusive, a capacidade de a ter revogado. O que faz com que a primeira ganhe vigência novamente.

Const1

Const2

Const3

A constituição 2 revogou a 1 e a constituição 3 revogou a 2.

Se a repristinação fosse aceita as normas da constituição 1 que fossem compatíveis com a constituição 3 voltariam a ter vigência.

OBS.: Em controle de constitucionalidade é aceito o efeito repristinatório, o que não é repristinação!!

Relação do direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada com a constituição.

O STF já decidiu que o direito adquirido não prevalece diante do poder constituinte originário, haja vista este ser ilimitado. A **nova constituição deve respeitar o direito adquirido para não gerar o caos, mas não tem que.**

Exemplo: Vide art. 17 do ADCT.

O STF frustrou a aplicação do art. 17 do ADCT sob alegação de que a CF não impôs limites e critérios claros a respeito do tema. Portanto, não haveria como reduzir remuneração.

Porém, para efeitos de aula é categórico: não existe direito adquirido em face da nova constituição.

A discussão ficou para o exercício do poder constituinte derivado reformador. A locução do art.5º, XXXV é tradicional. Ela está presente nas constituições brasileiras desde 1934. Somente foi interrompida em 1937.

Antes da CF\88, o termo lei era interpretado, realmente, como lei. Isto significa dizer que antes da CF\88 há precedentes do STF, principalmente, do Moreira Alves, no sentido de que a emenda pode desrespeitar direito adquirido. Não há direito adquirido em face de emenda, porque a previsão é: A LEI NÃO PODE PREJUDICAR.

Após a CF\88, o Supremo levou 20 (vinte) anos para decidir a questão. Esta foi debatida no MS 24875. Com uma votação de 6 x 5, o STF afirmou que a emenda constitucional não pode desrespeitar direito adquirido com sede na constituição. **O STF não julgou se as emendas podem desrespeitar direito adquirido com previsão legal.**

Caso do MS24875: A EC41, além de impor os subsídios dos ministros do STF como teto de remuneração, também dispôs qual seria o subsídio do supremo. Ela fixou um determinado valor. A questão é que havia ministros aposentados no STF que recebiam acima do subsídio fixado pela EC\41. O presidente do STF, como autoridade administrativa, determinou a redução dos valores de proventos dos ministros aposentados que recebiam acima do teto de subsídios. Esse foi o objeto do MS. A alegação consistia que a EC41 não poderia ferir o direito adquirido.

Como a questão remuneratória está protegida pelo principio de irredutibilidade de remuneração que é previsto a CF, o **STF afirmou que se o direito adquirido tem base constitucional ele não pode ser desrespeitado por emenda constitucional.**

Obs.: O direito adquirido com base na constituição prevalece sob emenda constitucional.

No meio acadêmico a ampla maioria sustenta que EC não pode desrespeitar direito adquirido nenhum. **Nem aquele baseado na lei.**

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Fixa o conceito e o objeto da constituição. A constituição pode ser analisada sobre diversos aspectos.

A contribuição da sociologia para a teoria da constituição é afirmar que a Carta Maior é feita para sociedade. Não adianta haver dispositivos que não tenham nenhum tipo de afinidade com a cultura do povo. Porque ou ela será imposta pela força ou será desrespeitada.

Os autores importante são Ferdinand Lassale² e Karl Loewenstein

Com base nas considerações de Ferdinand Lassale, Karl Loewenstein construiu uma classificação de constituição com base na efetividade, ou seja, quanto ao grau de respeito público.

Na ciência política, a constituição é vista como a institucionalização de decisões sociais de poder. **Ela é o ato que institucionaliza decisões sobre o poder.**

Carl Schmitt afirma que a constituição é a decisão política fundamental. A partir desse conceito se constrói a definição de normas formalmente e materialmente constitucionais. O autor alemão, sustentava, como supramencionado, **que a constituição é decisão política fundamental. Logo, tudo o que está na constituição que não é decisão política fundamental é mera lei constitucional.**³

Visão jurídica para o conceito de constituição: Destaca-se a obra de Hans Kelsen. Ele afirmou que a constituição é norma fundamental que serve de paradigma para as demais normas do fundamento jurídico. Para o autor a constituição é norma.

Definição de Constituição:

A constituição e o conjunto de normas fundamentais do Estado que serve de fundamento para os demais atos jurídicos e onde são adotadas as principais decisões políticas. (como norma e como decisão).

Próxima aula – classificação das constituições.

² Ferdinand Lassale definiu constituição como o somatório das forças reais de poder.

³ Leis formalmente constitucionais.