



C O N C U R S O



CHEGOU A SUA VEZ!

2022

AULA 05

Prof. Nathalia Masson



**Direito Constitucional – Poder
Constituinte Originário**

Analista Judiciário – TJDFT

Sumário

SUMÁRIO	2
PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.....	3
(1) INTRODUÇÃO	3
(2) NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE.....	6
(3) TITULARIDADE.....	8
(4) ESPÉCIES	10
(5) EXERCÍCIO.....	12
(6) AS CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	13
(7) O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E OS DIREITOS ADQUIRIDOS	21
(8) QUESTÕES RESOLVIDAS EM AULA.....	24
(9) OUTRAS QUESTÕES: PARA TREINAR.....	30
(10) RESUMO DIRECIONADO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

(1) Introdução

Olá, futuro **Analista do TJDFT**! Pronto para nossa aula nº 05 de Direito Constitucional? Estou entusiasmada em lhe ensinar o tema que está reservado para este encontro. Sabe por quê? Bom, vou listar algumas características positivas:

- (i) É um assunto interessante (você já deve ter se feito perguntas acerca do surgimento das Constituições e do Poder responsável por essa tarefa. Nessa aula, trarei as respostas!);
- (ii) Não temos artigos a serem memorizados (ou seja, você nessa aula buscará a compreensão do assunto; entenderá o tema, ao invés de 'decorar');
- (iii) Não teremos decisões do STF que vão desatualizar facilmente essa aula (dessa forma, se você estudar este tema corretamente, 'bem estudado', só precisará fazer as revisões usuais, sem se preocupar se aquilo que você aprendeu já está ultrapassado, se o STF modificou o entendimento).

Tudo isso posto, hora de trabalharmos! Vamos lá, vencer juntos mais este tópico do seu edital!

Começo com a seguinte pergunta: já ouviu falar no Poder Constituinte Originário (PCO), caro aluno? Este é um poder extremamente importante para o estudo da nossa disciplina "Direito Constitucional", pois ele é, justamente, o responsável pela elaboração da Constituição (lembrando que a Constituição é justamente a norma superior a todas as demais, sendo o documento que inicia a ordem jurídica de um país).

E por que tal poder é intitulado como "constituente"? Ora, como ele é o poder que constitui (que cria) todos os demais (e não é criado por nenhum outro), ele é assim nomeado exatamente para revelar toda sua potência criadora e fazer jus à sua atribuição. Qual? A de *criar um novo Estado (sob o aspecto jurídico), a partir da apresentação de um novo documento constitucional!*

Note, nas questões abaixo, que essas primeiras informações sobre PCO já podem ser exigidas em uma prova:

Questões para fixar

[CONSULPLAN - 2018 - TJ-MG - Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção] Em relação ao Poder Constituinte, julgue a assertiva:

O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade.

Comentário:

Assinalou a assertiva como verdadeira? Ótimo, pois está correta. Realmente o poder constituinte originário tem por tarefa criar a Constituição do novo Estado, para organiza-lo/estrutura-lo. É, portanto, um poder 'criador', sendo que o produto do seu trabalho, a Constituição, é a base do ordenamento jurídico, ou seja, é o documento que inaugura juridicamente um novo Estado e ocasiona a ruptura total com a ordem anterior.

Gabarito: Certo

[NUCEPE - 2018 - PC-PI - Delegado de Polícia Civil - Adaptada] Sobre o Poder Constituinte, julgue a assertiva:
O Poder chamado de Originário é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, provocando uma ruptura com a ordem jurídica anterior.

Comentário:

O poder constituinte originário é, de fato, o poder responsável pela elaboração da Constituição, norma jurídica superior que inicia a nova ordem jurídica (rompendo com a anterior). A assertiva, portanto, é verdadeira.

Gabarito: Certo

Falemos agora, sobre o **surgimento** do PCO. Esse poder sempre existiu, pois desde os primórdios das organizações políticas ele esteve presente. Isso significa dizer que desde a *antiguidade*, em todos os atos sociais de fundação e estruturação de uma comunidade, até mesmo aquelas mais primitivas e arcaicas, tivemos a manifestação do poder originário. Afinal, mesmo nas sociedades mais antigas, já era necessário definir um conjunto de regras que iriam reger aquele corpo social, e o PCO era justamente o responsável por fazer isso. Claro que os preceitos que dirigiam a vida daquela comunidade não estavam, ainda, organizados em normas escritas. Afinal, as primeiras constituições escritas são muito recentes, pois só surgiram no final do séc. XVIII (nos EUA, em 1787; na França, em 1791).

A teorização do PCO, todavia, é bem mais **recente**. Isso quer dizer que o poder já existia no inconsciente dos indivíduos (já sabíamos, desde a pré-história, que regras estruturantes precisavam ser definidas para que aquela comunidade pudesse funcionar e se diferenciar das demais), mas ainda não havia uma existência jurídica e racional deste poder.

Eis que no século XVIII, às vésperas da Revolução Francesa (que aconteceu em 1789) um abade francês, chamado Emmanuel Joseph **Sieyès**, publica um panfleto (que o tornou mundialmente conhecido) cujo título era *Qu'est-ce que le tiers État?* ("O que é o terceiro Estado?").

Considera-se que Sieyès foi o precursor dos estudos sobre o poder originário porque nesta obra (que, inclusive, foi um dos estopins da Revolução Francesa), o abade apresentou as reivindicações do Terceiro Estado contestando as vantagens dos nobres e do alto clero. Composto pelos não integrantes dessas duas classes privilegiadas (nobreza e alto clero) o que, portanto, incluía a burguesia, o Terceiro Estado era o responsável pelas atividades de produção que culminavam na formação da riqueza do país. No entanto, era completamente alijado do processo político. Sem privilégios e sem participação

nas decisões, o Terceiro Estado (a rigor, a burguesia) passou a reivindicar seu papel na conformação política do país, tendo como seu principal defensor o abade francês.

Em seu panfleto/manifesto, Sieyès identificou que a formação de uma sociedade política passava por três fases:

- Na **1ª**, haveria somente a *reunião* dos indivíduos.
- Na sequência, num **2º** momento, estes sujeitos começariam a se *organizar e debater*, ainda que forma rudimentar, as melhores fórmulas para satisfazerem suas necessidades básicas comuns.
- Mas, como os componentes desse grupo vão se tornando muitos e se espalhando por territórios cada vez mais amplos, fica inviável a manifestação direta de cada integrante sobre todos os assuntos. É nesse contexto que surge a **3ª** fase, na qual passa a ser necessária a delegação das decisões a alguns poucos indivíduos que, *representantes* legítimos dos demais, vão decidir por todos.

Precisamente no momento em que esta 3ª fase de uma sociedade é alcançada, o autor defende ser essencial a organização desse corpo de indivíduos por uma Constituição. Esta, segundo o abade francês, deveria ser criada pelo poder constituinte, titularizado pela nação, entidade que sintetizaria a unidade política do povo, e que, em sua percepção, existiria antes de tudo e seria a origem de tudo. A **nação**, enquanto titular do poder originário, seria soberana “para ordenar o seu próprio destino e o da sua sociedade, expressando-se por meio da Constituição”.

Segundo Sieyès, portanto, a Constituição seria produto dos trabalhos do poder constituinte originário e estruturaria os poderes (constituídos) do Estado, se diferenciando destes por sua superioridade e capacidade criadora.

Bom, caríssimo aluno, agora que já foram apresentadas as noções históricas que inicialmente delimitaram o poder constituinte e inspiraram os atributos que, ainda hoje (depois de mais de duzentos anos!) são associados ao PCO, te convido a acompanhar, nos itens seguintes, os aspectos mais importantes (e com mais incidência em provas) que envolvem o estudo deste tema.

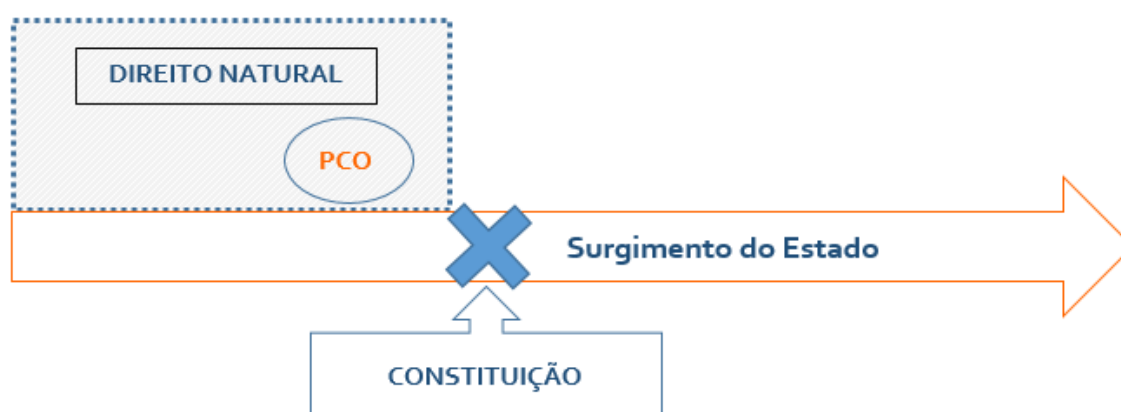
Antes, todavia, quero chamar novamente sua atenção para as particularidades desse encontro: o tema que estudaremos nessa aula é puramente doutrinário – o que significa que não farei apontamentos sobre artigos específicos da Constituição, tampouco acerca de manifestações do STF. Simplesmente vamos entender como a doutrina apresenta o PCO (natureza, titularidade, espécies,

características...) e, no transcurso dessa conversa, avaliaremos juntos como cada um desses tópicos tem sido explorado nas provas (e, claro, como podem ser cobrados em seu concurso). Vamos avançar!

(2) Natureza do Poder Constituinte

A natureza do PCO vai variar de acordo com a concepção adotada para explicar e entender o Direito. Explico melhor: na **filosofia do direito**, existem duas grandes teorias que se contrapõem: a juspositivista e a jusnaturalista. A natureza do poder originário vai variar de acordo com a teoria que adotemos.

A primeira escola que disputa a natureza do poder é a **jusnaturalista**, que o considera um poder de direito, haja vista admitir a existência de um direito natural (decorrente da natureza humana e dos ideais de Justiça), anterior ao direito positivo. Nesses termos, mesmo que o poder originário venha antes da formação do Estado, existiria uma base normativa, que é o direito natural, capaz de lhe dar fundamentação jurídica e permitir que o classifiquemos como um poder de direito. Veja se o esquema lhe ajuda a compreender mais facilmente:



Notou que o PCO vem antes do Estado, já que o Estado só surge depois que a Constituição é apresentada? Mas, ainda assim, mesmo aparecendo antes do Estado, o PCO teria (para os jusnaturalistas) natureza de poder de direito, porque retiraria sua fundamentação jurídica de um direito que antecede o Estado, que é o direito natural.

Veja o que Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz sobre o tema:

O Direito não se resume ao Direito positivo. Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este. Deste Direito Natural decorre a liberdade de o homem estabelecer as instituições

por que há de ser governado. Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de Direito¹.

Em contraposição, a filosofia central do pensamento **juspositivista** é baseada na regra de que não há Direito antes do Estado. Assim, se o PCO cria o Estado (que, por sua vez, é quem cria o Direito) é impossível ter uma base normativa que fundamente o PCO, já que ele é anterior ao próprio Direito. Por isso, o PCO é considerado um Poder Político (extrajurídico) que se funda em si mesmo. É um poder de fato, que nem integra o mundo jurídico nem possui natureza jurídica. Consideramos ser esta a melhor leitura da natureza do PCO.

Aliás, vale destacar que a maioria da doutrina pensa dessa forma, isto é, concorda que a tese que melhor explica a natureza do PCO é a positivista. Veja o que diz Uadi Lammego:

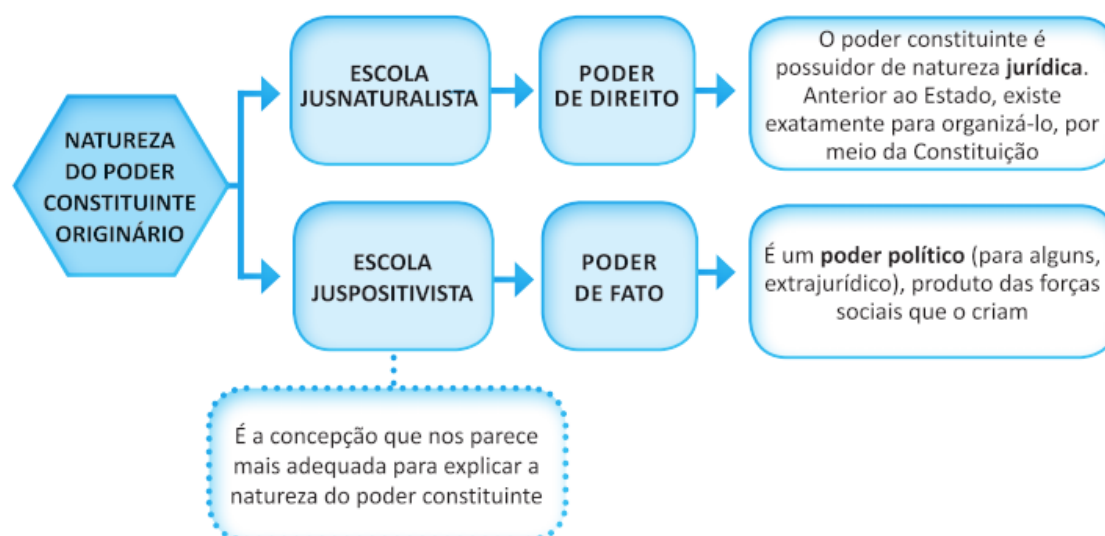
O poder constituinte originário é um poder de fato. Sua natureza, pois, é fática. Não é um poder jurídico, sujeito aos desígnios do mundo do Direito, e sim metajurídico ou extrajurídico. Brota das relações político-sociais, porque seu fundamento reside nas necessidades econômicas, culturais, antropológicas, filosóficas e, até, religiosas, da vida em sociedade. O poder constituinte originário não tem como referencial nenhuma norma jurídica que o precedeu. Posta-se acima do plano legislativo; afinal, é a produção legiferante do Estado que se lastreia nele. Resultado: o ordenamento jurídico nasce a partir do momento em que ele cria a constituição. Então o poder constituinte originário é um poder preexistente à ordem jurídica, sendo desnecessário haver preceitos normativos para regulamentá-lo².

Informações teóricas apresentadas, veja o esquema³ abaixo, que estrutura esses detalhes referentes à natureza do PCO:

¹. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 27ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23

². BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 394 e 400.

³. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 118.



E, agora, vejamos como o tema pode ser exigido em uma prova:

Questão para fixar

[FUNDEP - 2015 - TCE-MG - Auditor/Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas - Adaptada] Sobre o poder constituinte, analise a proposição a seguir:

Sendo um poder de fato ou político, o poder constituinte originário não tem natureza de poder jurídico.

Comentário:

Pode assinalar a assertiva como verdadeira. A corrente positivista defende exatamente o que foi colocado no item: o PCO é um poder político ou de fato.

Gabarito: Certo

(3) Titularidade

O titular do poder constituinte é aquele que o detém, estando apto a elaborar os contornos normativos de um Estado. Em suma, é quem vai definir o conteúdo, as regras e a estrutura organizacional daquela ordem jurídica (daquele Estado).

No transcorrer dos vários séculos da **Idade Média**, a titularidade pertenceu aos **soberanos**, compreendidos como verdadeiras reencarnações de entidades divinas. E, como os reis eram vistos como divindades poderosas, eles podiam conformar sozinhos todo o aparato estatal, livres de quaisquer limitações (por isso fala-se que, na época, vigorava o absolutismo).

Às vésperas da Revolução Francesa, quando Sieyès publicou o panfleto intitulado “O que é o terceiro Estado?”, a formulação clássica da titularidade do poder constituinte como pertencente à **nação** surgiu. Nesse sentido, o autor rompeu com a legitimação dinástica do poder, típica das

monarquias absolutistas e, associando o conceito de “nação” ao de Terceiro Estado, afirmou ser aquela o legítimo titular do poder constituinte, apta a criar uma Constituição que organize o Estado de acordo com a vontade nacional.

Modernamente, todavia, o conceito de “nação” – de matriz fortemente sociológica – foi substituído pelo de **povo** – um conceito substancialmente jurídico⁴ –, na titularidade do poder constituinte.

Poder constituinte passou a significar, portanto, **poder do povo**.

Cuidado com essa mudança na titularidade do PCO, pois isso é objeto frequente de questionamento em prova. Veja só:

Questões para fixar

[UEPA - 2015 - PGE-PA - Procurador do Estado] Sobre o Poder Constituinte, julgue a assertiva:

Para a Teoria Clássica do Poder Constituinte de Emmanuel Joseph SIEYÈS, o titular do Poder Constituinte seria o povo.

Comentário:

O item é falso, visto que para a Teoria Clássica do Poder Constituinte, formatada pelo abade francês Emmanuel Joseph SIEYÈS, o titular do Poder Constituinte seria a nação (a ideia de a titularidade do PCO pertencer ao povo veio depois).

Gabarito: Errado

[FAUEL - 2018 - Prefeitura de Paranavaí - PR - Procurador do Município] Acerca do Poder Constituinte, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, julgue o item:

O abade Sieyès foi o primeiro a sistematizar a doutrina do poder constituinte, em sua obra “O que é o Terceiro Estado?”, que influenciou fortemente a Revolução Francesa. Nessa obra, a titularidade do poder constituinte passou a ser atribuída ao povo – ou à nação, como preferia o padre Sieyès – abandonando-se, desse modo, as visões que atribuíam ao monarca ou a Deus a titularidade do poder.

Comentário:

Essa é uma questão clássica sobre a titularidade do poder constituinte. Durante vários séculos na Idade Média o poder constituinte pertenceu aos soberanos, compreendidos como verdadeiras reencarnações de entidades divinas, que estruturavam sozinhos todo o aparato estatal, livres de quaisquer limitações. Nas vésperas da Revolução Francesa, quando o abade Emmanuel Sieyès publicou o panfleto intitulado “O que é o terceiro estado?” a formulação clássica da titularidade do poder constituinte como pertencente à nação emergiu. Uma leitura mais moderna, todavia, substitui o conceito de “nação” pelo de povo. Podemos

⁴. ‘Povo’ é um termo jurídico, pois indica os nacionais daquele Estado (isto é, aqueles que possuem o vínculo jurídico da nacionalidade com um Estado são seus nacionais, ou seja, formam o povo daquele país).

assinalar a assertiva como correta, pois está completamente de acordo com a melhor doutrina sobre o tema.

Gabarito: Certo

[UERR - 2018 - IPERON - RO - Auditor] "Só o povo entendido como um sujeito constituído por pessoas - mulheres e homens - pode 'decidir' ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social. Poder constituinte significa, assim, poder constituinte do povo. Como já atrás foi referido, o povo, nas democracias atuais, concebe-se como uma 'grandeza pluralística' (P. Haberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, tais como partidos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras na formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes' ou 'sensibilidades' políticas nos momentos pré-constituintes e nos procedimentos constituintes". (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedinas, 2003. p. 75).

Sobre a titularidade do poder constituinte no constitucionalismo brasileiro, é correto afirmar que é conferida ao:

- A) Estado, que a exerce por meio do Supremo Tribunal Federal, pois resta superada a lição que apregoava pertencer ao povo.
- B) povo que a exerce sempre indiretamente
- C) Estado, que a exerce por meio da Assembleia Constituinte, pois resta superada a lição que apregoava pertencer ao povo.
- D) povo, que a exerce sempre diretamente
- E) povo, que a exerce ora diretamente, ora indiretamente.

Comentário:

A alternativa correta é a que deverá ser assinalada é a da letra 'B': o titular do PCO é mesmo o povo, que sempre o exerceu de forma indireta (por intermédio dos seus representantes eleitos).

Gabarito: B

(4) Espécies

Até aqui, futuro Analista do TJDFT, creio que você já tenha se adaptado à ideia de que o poder constituinte originário é um poder político (ou de fato), que antecede o direito, sendo responsável pela elaboração da primeira Constituição de um novo Estado ou pela elaboração de uma nova Constituição daquele mesmo Estado, que vai recriá-lo sob o aspecto jurídico.

São muitas e variadas, todavia, as nomenclaturas que a doutrina apresenta para identificar os diferentes momentos e as distintas vertentes de manifestação do poder, o que torna essencial uma organização classificatória como a que vou lhe apresentar a seguir.

(i) Quanto ao **momento de sua manifestação**, o PCO pode ser classificado como fundacional ou pós-fundacional. Vejamos:

(a) Fundacional (ou Histórico): quando confecciona a primeira Constituição de um Estado (primeira Constituição Histórica – segundo Hans Kelsen). Agiu em nosso país na outorga do documento de 1824 (pois está foi nossa 1ª Constituição, lembra-se disso?).

(b) Pós-fundacional (por muitos chamado de Revolucionário): quando o PCO parte de uma completa ruptura da ordem jurídica vigente para elaborar o novo documento que substituirá (por revogação) o anterior. Essa espécie de PCO atua na feitura de todos os documentos posteriores ao primeiro, de modo revolucionário ou por meio de uma transição constitucional pacífica. No Brasil, apresentou-se nos documentos constitucionais que vieram depois da Carta de 1824 – nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/1969 e 1988.

Não custa lhe informar que é possível que o PCO, em determinado Estado, só se manifeste uma única vez, de modo fundacional, criando a 1ª e única Constituição que vai reger aquele país. É o que se passa (ao menos até o presente momento) com os EUA, que segue sendo regido pela Constituição de 1787, sua 1ª e única Constituição (aliás, lembre-se que essa é a 1ª constituição escrita do mundo!).

(ii) Quanto às **dimensões**, o poder originário pode ser considerado material ou formal. Façamos de cada uma delas:

(a) Material: anterior ao formal, é o poder que delimita os *valores* que serão prestigiados pela Constituição e a *ideia* de direito que vai vigorar no novo ordenamento. Nesse sentido, pode ser traduzido como o conjunto de forças político-sociais, geradoras da mudança institucional, que explicitam a ideia de direito e produzem o conteúdo de uma nova Constituição.

(b) Formal: aquele que exprime e formaliza a criação em si, estruturando a ideia de direito que foi pensada e construída pelo poder constituinte material. Revela-se na entidade (no grupo constituinte) que formalizará em normas jurídicas a ideia/concepção de direito consentida em dado momento histórico.

Nos dizeres do prof. português Jorge Miranda⁵, o poder constituinte na dimensão material é obviamente anterior ao formal em dois aspectos, um lógico, outro histórico:

⁵. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed., Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 74-76.

O poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental, a forma que elege para agir sobre os factos (...). E precede-o historicamente, porque (...) há sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime.

Esquemáticamente⁶, temos a seguinte estrutura:



(5) Exercício

Agora que já definimos que a titularidade do PCO pertence ao povo, vamos definir como se dá o exercício do poder constituinte – afinal, nem sempre haverá coincidência entre o titular e o exercente, o que acarretará o exercício do poder não pelo povo (seu titular) diretamente, mas sim por um corpo diverso, que o representa ou não.

Portanto, quanto ao exercício do poder, temos o seguinte:

(i) **Procedimento constituinte direto**: quando o projeto elaborado pela Assembleia só obtém validade jurídica por meio da aprovação direta do povo, que se manifesta através de um plebiscito ou de um referendo.

⁶. MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 121.

(ii) **Exercício democrático indireto**: neste caso o povo escolhe os seus representantes, que se tornam responsáveis pela elaboração de um novo documento constitucional, que renovará o ordenamento jurídico. O poder constituinte atuará por meio de uma Assembleia Nacional Constituinte, ou uma Convenção Constituinte, sendo esta a forma que tipifica o exercício democrático desde as origens do constitucionalismo, conforme nos certificam os exemplos da Convenção de Filadélfia de 1787 e a Assembleia Nacional Francesa de 1789. No direito brasileiro podemos citar como exemplos os documentos constitucionais de 1891, 1934, 1946 e 1988.

(iii) **Exercício autocrático**: o poder se manifesta por meio da outorga, de modo que a Constituição seja estabelecida por um indivíduo ou um grupo que alcança o poder sem qualquer resquício de participação popular, constituindo o que se denomina poder constituinte usurpado. Como exemplos de Constituições outorgadas no Brasil, temos as de 1824, 1937 e a de 1967 (bem como a EC nº 1 de 1969).

Uma questão vai ilustrar como o tema pode ser exigido em prova:

Questão para fixar

[CESPE - 2017 - TRT - 7ª Região (CE) - Analista Judiciário - Área Judiciária - Adaptada] A respeito das características do poder constituinte e de sua configuração em originário ou derivado, julgue a assertiva:

A outorga e a convenção são formas de expressão do poder constituinte originário.

Comentário:

Assinalou a assertiva como verdadeira? De fato, a outorga e a convenção são formas por meio das quais o poder constituinte originário pode se expressar.

Gabarito: Certo

(6) As características do Poder Constituinte Originário

Bom, caro aluno, no que concerne à natureza do poder constituinte, definida está a prevalência no direito brasileiro da vertente positivista. Assim, o PCO é considerado um poder de fato, que se funda em si mesmo, sem se basear em regra alguma de direito anterior. É um poder, portanto, detentor, de uma natureza essencialmente política.

Assim, vamos avaliar as características essenciais do PCO segundo a ótica positivista, vigente em nosso ordenamento. Vejamos:

(i) **Inicial**: porque o produto de seu trabalho, a Constituição, é a base do ordenamento jurídico; é o ponto a partir do qual o Direito começa. Sobre o poder constituinte, diz o professor português

Canotilho “não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídica-política dotada de autoridade suprema)”⁷.

Perceba, meu caro aluno, que o PCO atua antes de o Estado e o Direito surgirem, pois esses só aparecem quando a Constituição é elaborada. Exatamente por isso, o PCO não pode integrar à ordem jurídica que ele mesmo inicia, tampouco ser regido por ela. Como o poder também não se conecta à ordem jurídica anterior, por ele rompida, a conclusão é a de que ele não pertence a ordem jurídica alguma, por isso não pode ser objeto de nenhuma delas.

É, portanto, um poder inicial, já que cria a Constituição (documento que vai iniciar a ordem jurídica), e origina o Estado.

Ainda sobre essa característica, veja o que os constitucionalistas⁸ pátrios dizem sobre o tema:

É verdade que o exercício do poder constituinte originário representa, pelo menos sob o ângulo formal, uma ruptura em relação ao ordenamento jurídico pretérito. Teoricamente, seria como se o Estado e o Direito (re)começassem do zero, rompendo com passado.

E são justamente essas considerações que nos levam à próxima característica, que reconhece o poder como ilimitado.

(ii) Ilimitado: pois o PCO não se submete ao regramento posto pelo direito precedente, sendo possuidor de ampla liberdade de conformação da nova ordem jurídica. Isso significa que as normas jurídicas anteriormente estabelecidas não são capazes de limitar a sua atividade, restringindo juridicamente sua atuação. Ele simplesmente pode decidir “o que quiser” e “como quiser”, o que nos encaminha para a particularidade seguinte do poder: ser incondicionado.

(iii) Incondicionado: já que não se submete a qualquer regra ou procedimento formal prefixado pelo ordenamento jurídico que o antecede. Assim, no curso de seus trabalhos, o poder constituinte atua livremente, sem respeito às condições ou regras previamente estipuladas. Entenda uma coisa: as regras e princípios postos na Constituição anterior não têm força para obrigar ou limitar o PCO, justamente porque esse documento constitucional perderá sua validade, deixará de produzir seus efeitos.

⁷. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 94.

⁸. Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 499.

(iv) Autônomo: porque é capaz de definir o conteúdo que será implantado na nova Constituição, bem como sua estruturação e os termos de seu estabelecimento. Ressalte-se que para alguns autores essa característica é só uma maneira diferente de expressar o fato de o poder ser ilimitado.

Há, ainda, uma outra característica do poder constituinte útil à complementação do rol apresentado. Diz-se ser este um poder permanente, pois ele não se esgota quando conclui a feitura da Constituição. Ele permanece em situação de latência, podendo ser ativado quando o “momento constituinte”, (de necessária ruptura com a ordem estabelecida), se apresentar novamente. Veja que interessante, meu caro aluno! O PCO não desaparece quando finaliza seus trabalhos e institui um novo Estado jurídico: ele segue com o povo, que o titulariza, mas em estado de “hibernação” (aguardando um novo cenário que exija sua manifestação).

Agora, vejamos um esquema que organiza as características centrais do PCO⁹ que estudamos ao longo desse item da aula:

⁹. MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 125.



Para finalizarmos o estudo das características que definem o poder, é válido fazermos algumas observações que nos darão a noção de o porquê de a citada ausência de limites ser tratada com certas reservas por alguns autores.

Para começar, é indiscutível a existência de alguns limites, como, por exemplo, os geográficos/territoriais. O PCO elabora uma Constituição que só valerá (que só terá força normativa), dentro de um Estado Nacional específico. Igualmente são limites as circunstâncias sociais e políticas que lhe dão causa, que permitem que o poder surja, pois se o poder constituinte é a expressão da vontade política soberana do povo, não pode ser entendido sem a observância dos valores éticos, religiosos e culturais pelo povo partilhados e motivadores de suas ações.

Por isso, quando falamos que o PCO é um poder ilimitado, estamos querendo dizer que ele não se sujeita a limites *jurídicos* impostos *pela ordem jurídica anterior*.

Vejamos a posição de alguns autores:

(i) Sieyès, jusnaturalista que é, no quinto capítulo de “O que é o Terceiro Estado?” afirma que a nação e, por consequência, o poder constituinte: “Existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”¹⁰.

(ii) Para J.J. Gomes Canotilho, o poder constituinte originário obedece a “padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade”, devendo observar os princípios do direito internacional (como a defesa da paz, a autodeterminação dos povos, a prevalência dos direitos humanos) e de justiça.”¹¹

(iii) Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento: “Entendemos que até mesmo o poder constituinte originário está sujeito a limites. Adotamos uma visão não positivista do fenômeno jurídico, que afirma a existência de uma relação necessária, e não meramente contingente, entre Direito e Moral. Nesta perspectiva, normas radicalmente injustas — como seria uma que instituísse a escravidão ou determinasse a tortura de prisioneiros — não podem ser consideradas como integrantes do Direito, independentemente da sua fonte ou estatura. Por isso, as normas intoleravelmente injustas não devem ser aplicadas, ainda que estejam contidas no texto constitucional¹²”.

Mas saiba, caro aluno, que em provas de concursos públicos, na quase totalidade dos casos, vamos marcar como corretos os itens que indicam que o poder é ilimitado. A *maioria das questões* será construída nesse sentido, de que estamos diante de um poder que não se sujeita a limites. No entanto, *pode ser* que o examinador elabore uma questão sofisticada, na qual exija que você conheça essa característica de forma mais elaborada, com todas as nuances doutrinárias do tema. Assim, você deverá saber que o poder é ilimitado, mas que essa ausência de limites se coloca no aspecto jurídico. Limites geográficos/territoriais, políticos/sociais existem.

Vamos verificar juntos o modo como as bancas estruturam perguntas sobre este assunto? Força aí, caro aluno! A diversão começa aqui, na resolução das questões...

¹⁰. A Constituição burguesa: “quest-ce que le Tiers Etat”. Rio de Janeiro: *Liber Juris*, 1986, p. 117

¹¹. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 97

¹². Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 499

Questões para fixar

[UFPR - 2013 - TJ-PR/Juiz] Quais são as características fundamentais do poder constituinte originário?

- A) Inicial, limitado e incondicionado.
- B) Inicial, ilimitado e condicionado.
- C) Inicial, ilimitado e incondicionado.
- D) Derivado, limitado e condicionado.

Comentário:

Para respondermos a essa questão é necessário recordarmos as características centrais do poder constituinte originário. Lembremos, pois, que o poder constituinte originário:

- (i) é um poder **ilimitado**, haja vista não se submeter ao regramento posto pelo direito precedente, sendo possuidor de ampla liberdade de conformação da nova ordem jurídica;
- (ii) é também um poder **incondicionado**, pois não se submete a qualquer regra ou procedimento formal pré-fixado pelo ordenamento jurídico que o antecede;
- (iii) trata-se de um poder **inicial**, vez que o produto de seu trabalho, a Constituição, é a base do ordenamento jurídico -- é o documento que inaugura juridicamente um novo Estado, ocasionando a ruptura total com a ordem anterior.

Nesse sentido, podemos assinalar a letra 'c' como nossa resposta.

Gabarito: C

[FEPESE - 2018 - Prefeitura de Rio das Antas - SC – Advogado - Adaptada] A respeito do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado, julgue a assertiva:

O poder constituinte originário possui características tradicionais que o diferenciam dos poderes constituídos, tratando-se de um poder inicial, autônomo e incondicionado.

Comentário:

A assertiva está em harmonia com o que aprendemos acerca das características do poder constituinte originário. Trata-se de um poder: inicial – porque o produto de seu trabalho, a Constituição, é a base do ordenamento jurídico; autônomo – porque é capaz de definir o conteúdo que será implantado na nova Constituição, bem como sua estruturação e os termos de seu estabelecimento; e incondicionado – vez que não se submete a qualquer regra ou procedimento formal pré-fixado pelo ordenamento jurídico que o antecede.

Gabarito: Certo

[CONSULPLAN - 2018 - Câmara de Belo Horizonte - MG - Coordenador do Processo Legislativo - Adaptada] O poder constituinte compreende o poder responsável pela criação, modificação ou mesmo extinção de normas constitucionais. O poder constituinte se divide em duas espécies. A respeito das espécies de poder constituinte, julgue o próximo item:

A ordem jurídica começa com o poder constituinte originário.

Comentário:

A assertiva é correta, pois não existe, antes do poder constituinte originário, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídica-política dotada de autoridade suprema). Nesse sentido, o poder constituinte originário inaugura juridicamente um novo Estado, sendo inicial.

Gabarito: Certo

[FCC - 2017 - ARTESP - Especialista em Regulação de Transporte I – Direito] Ao Poder que possibilita a instauração de uma nova ordem jurídica dá-se o nome de Poder Constituinte:

- A) inicial e autônomo, pois produz uma nova Constituição, mas deve respeitar as cláusulas pétreas, direitos e garantias fundamentais constantes das cartas constitucionais anteriores.
- B) originário, pois delibera e produz a nova ordem constitucional, sendo, assim, autônomo, incondicionado e não estando limitado às normas constantes das Constituições anteriores.
- C) derivado, tendo em vista que constitui a substituição dos ordenamentos jurídicos anteriores, embora seja autônomo em relação a eles.
- D) derivado, pois se presta a substituir a carta constitucional anterior, dela derivando e, portanto, devendo respeitar o procedimento formal para essa medida, bem como as cláusulas pétreas.
- E) originário, pois se consideram inexistentes as cartas constitucionais anteriores, salvo no que se refere às cláusulas pétreas e à forma e sistema de governo.

Comentário:

O poder constituinte *originário* é o responsável pela elaboração da Constituição, esta norma jurídica superior que inicia a ordem jurídica e lhe confere fundamento de validade. Tem por *características* ser um poder inicial, ilimitado, incondicionado, autônomo e permanente. Nesse sentido, a letra 'b' deve ser assinalada. No mais, lembremos que justamente por ser um poder ilimitado que consideramos que o PCO não se submete ao regramento posto pelo direito precedente, sendo possuidor de ampla liberdade de conformação da nova ordem jurídica -- destarte, ele não deve obediência nem mesmo as chamadas cláusulas pétreas constantes do documento constitucional anterior, afinal, este último, com a entrada em vigor da nova Constituição, será integralmente revogado e completamente destituído de qualquer valor jurídico.

Gabarito: B

[FUNDEP - 2015 - TCE-MG - Auditor/Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas - Adaptada] Sobre o poder constituinte, analise a proposição a seguir:

O poder constituinte originário é considerado inicial porque instaura uma nova ordem jurídica, rompendo integralmente com a ordem jurídica anterior.

Comentário:

Pode assinalar como correto, caro aluno. O item está exato!

Gabarito: Certo

[INSTITUTO AOCP - 2019 - PC ES - Auxiliar Perícia Médico-Legal] O Poder Constituinte classifica-se em Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. Assinale a alternativa que apresenta as características do Poder Constituinte Originário:

- A) Inicial, ilimitado, subordinado e condicionado.
- B) Inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado.
- C) Inicial, limitado, subordinado e incondicionado.
- D) Decorrente, limitado, subordinado e reformador.
- E) Limitado, permanente, autônomo e condicionado.

Comentário:

Para responder essa questão é necessário recordar algumas das características do poder constituinte originário. Lembre-se que o poder constituinte originário é um poder ilimitado, haja vista não se submeter ao regramento posto pelo direito precedente, sendo possuidor de ampla liberdade de conformação da nova ordem jurídica. É também um poder incondicionado, visto que não se submete a qualquer regra ou procedimento formal pré-fixado pelo ordenamento jurídico que o antecede. Outra característica interessante é que se trata de um poder inicial, porque o produto de seu trabalho, a Constituição, é a base do ordenamento jurídico, é o documento que inaugura juridicamente um novo Estado e ocasiona a ruptura total com a ordem anterior. E, por fim, autônomo, porque é capaz de definir o conteúdo que será implantado na nova Constituição, bem como sua estruturação e os termos de seu estabelecimento. Nesse sentido, podemos assinalar a letra 'b' como nossa resposta.

Gabarito: B

[VUNESP - 2019 - IPREMM - SP - Procurador Jurídico] De acordo com a doutrina, o poder constituinte originário é autônomo porque:

- A) não deve submissão, mas respeito à ordem jurídica anterior.
- B) é o ato de criação que confere a um conjunto de normas o estado constitucional definitivo.
- C) rompe completamente com a ordem jurídica existente, instaurando um novo ordenamento constitucional.
- D) a estruturação de uma nova constituição poderá ser, ou não, determinada por quem exerce o poder constituinte originário.
- E) qualifica o direito constitucional formal, tornando substancial todo o poder constituinte.

Comentário:

Nossa resposta está na letra 'c'. O Poder Constituinte originário, sendo o responsável pela estruturação de uma nova constituição, não é submisso, tampouco deve respeito, à ordem jurídica anterior. É, pois, considerado autônomo justamente porque é capaz de romper completamente com a ordem jurídica existente, instaurando um novo ordenamento constitucional. Assim, é o PCO quem define o conteúdo que será implantado na nova Constituição, bem como sua estruturação e os termos de seu estabelecimento. Ressalte-se, por fim, que alguns autores entendem que essa característica ('autônomo') é só uma maneira diferente de expressar o fato de o poder ser ilimitado.

Gabarito: C

Um último comentário sobre as características do PCO antes de passarmos ao próximo item: segundo Genaro Carrió, esse costume de definir o poder constituinte como autoridade suprema, autônomo, absoluto, incondicionado, ilimitado, coincide com os predicados que os manuais religiosos ofertam para a ideia de Deus! Com isso, o autor quer nos lembrar que o poder constituinte é mesmo uma potência, dotada de amplíssima capacidade de conformação da ordem jurídica, todavia, por não ser uma entidade divina e metafísica, nem tudo a ele é possível...

(7) O Poder Constituinte Originário e os direitos adquiridos

Nossa Constituição garante expressamente (no art. 5º, XXXVI) a estabilidade das relações jurídicas ao amparar o “direito adquirido”, o “ato jurídico perfeito” e a “coisa julgada”.

Mas o que seria o “direito adquirido”? Essa expressão é definida pelo art. 6º, § 2º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657/42) da seguinte maneira: “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (sic).

Essa explicação que a lei traz não é tão precisa, pois ela aproxima demais o conceito de “direito adquirido” ao de “direito subjetivo”, praticamente os equivalendo (e eles não representam a mesma coisa, sabemos disso!). Na verdade, as expressões se diferenciam na medida em que o direito subjetivo só permanece enquanto tal até que uma das duas situações ocorram:

- (i) ou o direito é realizado e passa a categoria de “direito consumado”;
- (ii) ou não é realizado (por indivíduo que já faz jus ao seu exercício) e, em virtude de normatização ulterior com ele incompatível, passa a categoria de “direito adquirido”.

O direito torna-se adquirido, portanto, quando uma alteração na ordem jurídica torna inviável um direito que o indivíduo ainda não desfrutou, mas que já era passível de fruição desde antes da modificação.

Uma questão interessante é a seguinte: será que estes direitos (os “adquiridos”) podem ser validamente invocados diante de manifestação do poder constituinte originário? Em outras palavras: o que estamos questionando é se existe a possibilidade de preservarmos uma situação jurídica que envolva um direito que foi adquirido na ordem jurídica anterior, mas não foi exercido e é incompatível com a nova ordem jurídica.

Para ilustrar, imaginemos uma situação na qual determinada pessoa tenha cumprido todos os requisitos determinados constitucionalmente para realizar determinado direito, todavia, antes mesmo de exercê-lo, uma nova Constituição, que descarta esse tal direito, entra em vigor.

Conforme já noticiado, o poder originário é inicial, fornecendo as bases jurídicas que inauguram o ordenamento; é também ilimitado sob o aspecto jurídico, não se subordinando às determinações normativas traçadas pelo ordenamento precedente. Assim, **somente é direito o que a nova ordem disser que é**, aquilo que por ela for aceito como tal. De acordo com Gilmar, “o que é repudiado pelo novo sistema constitucional não há de receber status próprio de um direito, mesmo que na vigência da Constituição anterior o detivesse”.

Assim, outra não pode ser a nossa conclusão senão a de que não se pode alegar “direitos adquiridos” perante a nova Constituição, perante o trabalho do poder originário.

Para ilustrar, pensemos no art. 17 do ADCT, que assim determinou: “os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

Em conclusão, não se pode alegar “direito adquirido” perante a nova Constituição, diante do trabalho do poder originário.

Vejamos o modo como o tema pode ser exigido em prova:

Questões para fixar

[CESPE - 2015 - STJ - Conhecimentos Básicos para o Cargo 17] Julgue o item seguinte, acerca dos direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil:

A superveniência de nova Constituição não afetará o direito adquirido na ordem constitucional anterior.

Comentário:

O item é claramente falso. O poder constituinte originário é ilimitado, pois não se submete ao regramento posto pelo direito precedente, sendo possuidor de ampla liberdade de conformação da nova ordem jurídica. Dessa forma, como vimos acima, não se pode alegar direitos adquiridos na vigência da Constituição anterior frente ao trabalho do PCO.

Gabarito: Errado

[FUNDATEC - 2018 - PC-RS - Delegado de Polícia - Bloco II - Adaptada] O poder constituinte pode ser conceituado como o poder de elaborar ou atualizar uma Constituição. A titularidade desse poder pertence ao

povo, como aponta a doutrina moderna. Sobre as proposições em relação ao tema, julgue a assertiva:

O poder constituinte originário tem como principais características ser: inicial, ilimitado e incondicionado.

Comentário:

O item é verdadeiro, pois lista corretamente as características do PCO.

Gabarito: Certo

(8) Questões resolvidas em aula

QUESTÃO 01

[CONSULPLAN - 2018 - TJ-MG - Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção] Em relação ao Poder Constituinte, julgue a assertiva:

O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade.

QUESTÃO 02

[NUCEPE - 2018 - PC-PI - Delegado de Polícia Civil - Adaptada] Sobre o Poder Constituinte, julgue a assertiva:

O Poder chamado de Originário é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, provocando uma ruptura com a ordem jurídica anterior.

QUESTÃO 03

[FUNDEP - 2015 - TCE-MG - Auditor/Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas - Adaptada] Sobre o poder constituinte, analise a proposição a seguir:

Sendo um poder de fato ou político, o poder constituinte originário não tem natureza de poder jurídico.

QUESTÃO 04

[UEPA - 2015 - PGE-PA - Procurador do Estado] Sobre o Poder Constituinte, julgue a assertiva:

Para a Teoria Clássica do Poder Constituinte de Emmanuel Joseph SIEYÈS, o titular do Poder Constituinte seria o povo.

QUESTÃO 05

[FAUEL - 2018 - Prefeitura de Paranavaí - PR - Procurador do Município] Acerca do Poder Constituinte, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, é correto afirmar que:

O abade Sieyès foi o primeiro a sistematizar a doutrina do poder constituinte, em sua obra "O que é o Terceiro Estado?", que influenciou fortemente a Revolução Francesa. Nessa obra, a titularidade do poder constituinte passou a ser atribuída ao povo – ou à nação, como preferia o padre Sieyès – abandonando-se, desse modo, as visões que atribuíam ao monarca ou a Deus a titularidade do poder.

QUESTÃO 06

[UERR - 2018 - IPERON - RO - Auditor] "Só o povo entendido como um sujeito constituído por pessoas - mulheres e homens - pode 'decidir' ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social. Poder constituinte significa, assim, poder constituinte do povo. Como já atrás foi referido, o povo, nas democracias atuais, concebe-se como uma 'grandeza pluralística' (P. Hāberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, tais como partidos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras na formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes' ou 'sensibilidades' políticas nos momentos pré-constituintes e nos procedimentos constituintes"

(CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedinas, 2003. p. 75).

Sobre a titularidade do poder constituinte no constitucionalismo brasileiro, é correto afirmar que é conferida ao:

- A) Estado, que a exerce por meio do Supremo Tribunal Federal, pois resta superada a lição que apregoava pertencer ao povo.
- B) povo que a exerce sempre indiretamente
- C) Estado, que a exerce por meio da Assembleia Constituinte, pois resta superada a lição que apregoava pertencer ao povo.
- D) povo, que a exerce sempre diretamente
- E) povo, que a exerce ora diretamente, ora indiretamente.

QUESTÃO 07

[CESPE - 2017 - TRT - 7ª Região (CE) - Analista Judiciário - Área Judiciária - Adaptada] A respeito das características do poder constituinte e de sua configuração em originário ou derivado, julgue a assertiva:

A outorga e a convenção são formas de expressão do poder constituinte originário.

QUESTÃO 08

[UFPR - 2013 - TJ-PR/Juiz] Quais são as características fundamentais do poder constituinte originário?

- A) Inicial, limitado e incondicionado.
- B) Inicial, ilimitado e condicionado.

C) Inicial, ilimitado e incondicionado.

D) Derivado, limitado e condicionado.

QUESTÃO 09

[FEPESE - 2018 - Prefeitura de Rio das Antas - SC – Advogado - Adaptada] A respeito do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado, julgue a assertiva:

O poder constituinte originário possui características tradicionais que o diferenciam dos poderes constituídos, tratando-se de um poder inicial, autônomo e incondicionado.

QUESTÃO 10

[CONSULPLAN - 2018 - Câmara de Belo Horizonte - MG - Coordenador do Processo Legislativo - Adaptada] O poder constituinte compreende o poder responsável pela criação, modificação ou mesmo extinção de normas constitucionais. O poder constituinte se divide em duas espécies. A respeito das espécies de poder constituinte, julgue o próximo item.

A ordem jurídica começa com o poder constituinte originário.

QUESTÃO 11

[FCC - 2017 - ARTESP - Especialista em Regulação de Transporte I – Direito] Ao Poder que possibilita a instauração de uma nova ordem jurídica dá-se o nome de Poder Constituinte

A) inicial e autônomo, pois produz uma nova Constituição, mas deve respeitar as cláusulas pétreas, direitos e garantias fundamentais constantes das cartas constitucionais anteriores.

B) originário, pois delibera e produz a nova ordem constitucional, sendo, assim, autônomo, incondicionado e não estando limitado às normas constantes das Constituições anteriores.

C) derivado, tendo em vista que constitui a substituição dos ordenamentos jurídicos anteriores, embora seja autônomo em relação a eles.

D) derivado, pois se presta a substituir a carta constitucional anterior, dela derivando e, portanto, devendo respeitar o procedimento formal para essa medida, bem como as cláusulas pétreas.

E) originário, pois se consideram inexistentes as cartas constitucionais anteriores, salvo no que se refere às cláusulas pétreas e à forma e sistema de governo.

QUESTÃO 12

[FUNDEP - 2015 - TCE-MG - Auditor/Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas - Adaptada] Sobre o poder constituinte, analise a proposição a seguir:

O poder constituinte originário é considerado inicial porque instaura uma nova ordem jurídica, rompendo integralmente com a ordem jurídica anterior.

QUESTÃO 13

[INSTITUTO AOCP - 2019 - PC ES - Auxiliar Perícia Médico-Legal] O Poder Constituinte classifica-se em Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. Assinale a alternativa que apresenta as características do Poder Constituinte Originário:

- A) Inicial, ilimitado, subordinado e condicionado.
- B) Inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado.
- C) Inicial, limitado, subordinado e incondicionado.
- D) Decorrente, limitado, subordinado e reformador.
- E) Limitado, permanente, autônomo e condicionado.

QUESTÃO 14

[VUNESP - 2019 - IPREMM - SP - Procurador Jurídico] De acordo com a doutrina, o poder constituinte originário é autônomo porque:

- A) não deve submissão, mas respeito à ordem jurídica anterior.
- B) é o ato de criação que confere a um conjunto de normas o estado constitucional definitivo.
- C) rompe completamente com a ordem jurídica existente, instaurando um novo ordenamento constitucional.
- D) a estruturação de uma nova constituição poderá ser, ou não, determinada por quem exerce o poder constituinte originário.
- E) qualifica o direito constitucional formal, tornando substancial todo o poder constituinte.

QUESTÃO 15

[CESPE - 2015 - STJ - Conhecimentos Básicos para o Cargo 17] Julgue o item seguinte, acerca dos direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil.

A superveniência de nova Constituição não afetará o direito adquirido na ordem constitucional anterior.

QUESTÃO 16

[FUNDATEC - 2018 - PC-RS - Delegado de Polícia - Bloco II - Adaptada] O poder constituinte pode ser conceituado como o poder de elaborar ou atualizar uma Constituição. A titularidade desse poder pertence ao povo, como aponta a doutrina moderna. Sobre as proposições em relação ao tema, julgue a assertiva:

O poder constituinte originário tem como principais características ser: inicial, ilimitado e incondicionado.

GABARITO

1 – V	5 – V	9 – V	13 – B
2 – V	6 – B	10 – V	14 – C
3 – V	7 – V	11 – B	15 – F
4 – F	8 – C	12 – V	16 – V

(9) Outras questões: para treinar

(A) QUESTÕES FGV

QUESTÃO 01

[FGV - 2013 - TJ-AM - Analista Judiciário - Qualquer Área de Formação - Adaptada] Sobre o Poder Constituinte, analise a afirmativa a seguir:

Somente nos casos de revolução o Poder Constituinte Originário pode romper com a ordem jurídica anterior.

QUESTÃO 02

[FGV - 2015 - CODEMIG - Advogado Societário - Adaptada] Edésio, Chefe do Departamento Jurídico de determinado ente público, foi instado a elaborar parecer a respeito da necessária compatibilização dos atos normativos editados pelo Poder Público com as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Deste modo, julgue a assertiva a seguir apresentada.

A garantia do direito adquirido é oponível às normas emanadas do Constituinte originário.

QUESTÃO 03

[FGV - 2015 - DPE-RO - Analista da Defensoria Pública - Analista Jurídico - Adaptada] Pedro e Ernesto, renomados advogados, travaram um intenso debate a respeito das garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Por fim, convergiram a respeito da constitucionalidade de uma única tese, apresentada a seguir. Julgue-a:

A garantia do direito adquirido, enquanto projeção direta da dignidade humana, é oponível ao próprio Constituinte originário.

(B) QUESTÕES CESPE

QUESTÃO 01

[CESPE - 2018 - EMAP - Analista Portuário - Área Jurídica] Julgue o item que segue, a respeito do poder constituinte:

O poder constituinte originário gera e organiza os poderes do Estado, instaurando o próprio Estado constitucional.

QUESTÃO 02

[CESPE - 2016 - PC-PE - Agente de Polícia - Adaptada] Julgue a assertiva a respeito da Constituição Federal de 1988 (CF) e dos poderes constituintes.

O poder constituinte originário, que elaborou a CF, é essencialmente político, extrajurídico, sem limites

formais, e esgotou-se com a promulgação da CF.

QUESTÃO 03

[CESPE - 2014 - Câmara dos Deputados - Analista Legislativo - Consultor Legislativo Área] À luz da doutrina atual relativa ao poder constituinte, julgue o item a seguir.

O titular do poder constituinte é o povo, que, no Brasil, engloba tanto os brasileiros natos quanto os naturalizados.

QUESTÃO 04

[CESPE - 2013 - ANTT - Analista Administrativo - Direito] No que concerne ao poder constituinte e à interpretação das normas constitucionais, julgue o item subsecutivo.

O poder constituinte originário é inicial, autônomo e condicionado.

QUESTÃO 05

[CESPE - 2012 - TJ-CE - Juiz - Adaptada] Com relação ao poder constituinte, julgue a assertiva.

Segundo o STF, as regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte originário não decorrem do exercício de um poder de fato ou suprapositivo, razão pela qual sua eficácia está sujeita a limitação normativa.

QUESTÃO 06

[CESPE - 2012 - MPE-PI - Analista Ministerial] Julgue o item subsequente, que diz respeito ao poder constituinte no ordenamento jurídico nacional:

O poder constituinte originário, responsável pela elaboração de uma nova Constituição, extingue-se com a conclusão de sua obra.

QUESTÃO 07

[CESPE - 2009 - AGU - Advogado] Com relação ao poder constituinte, julgue o item seguinte:

O poder constituinte originário esgota-se quando é editada uma Constituição, razão pela qual, além de ser inicial, incondicionado e ilimitado, ele se caracteriza pela temporariedade.

QUESTÃO 08

[CESPE - 2009 - TRF 1ªR - Juiz - Adaptada] Analise o item seguinte, relativo aos poderes constituintes originário e derivado:

O poder constituinte originário não se esgota quando se edita uma Constituição, razão pela qual é considerado um poder permanente.

QUESTÃO 09

[CESPE - 2011 - AL-ES - Procurador - Adaptada] No que se refere à interpretação das normas constitucionais e ao poder constituinte originário e derivado, analise a assertiva abaixo.

O poder constituinte originário, por sua própria natureza, não pode decorrer da atuação de uma única pessoa ou de um grupo restrito de pessoas, sem a intervenção de um órgão de representação popular.

QUESTÃO 10

[CESPE - 2010 - AGU - Procurador] Julgue o item subsequente, relativo ao poder constituinte:

No que se refere ao poder constituinte originário, o Brasil adotou a corrente jusnaturalista, segundo a qual o poder constituinte originário é ilimitado e apresenta natureza pré-jurídica.

QUESTÃO 11

[CESPE - 2016 - TCE-PR - Analista de Controle] A respeito do poder constituinte, assinale a opção correta:

- a) Se não houver ressalva expressa no seu próprio texto, a Constituição nova atingirá os efeitos pendentes de situações jurídicas consolidadas sob a égide da Carta anterior.
- b) O poder constituinte originário não desaparece com a promulgação da Constituição, permanecendo em convívio estreito com os poderes constituídos.
- c) As assembleias nacionais constituintes são as entidades que titularizam o poder constituinte originário.
- d) O poder constituinte originário é incondicionado, embora deva respeitar os direitos adquiridos sob a égide da Constituição anterior, ainda que esses direitos não sejam salvaguardados pela nova ordem jurídica instaurada.

QUESTÃO 12

[CESPE - 2017 - Prefeitura de Belo Horizonte – MG - Procurador Municipal – Adaptada] Acerca das Constituições, julgue o item subsequente.

Devido às características do poder constituinte originário, as normas de uma nova Constituição prevalecem sobre o direito adquirido.

QUESTÃO 13

[CESPE - 2017 - MPE-RR - Promotor de Justiça Substituto - Adaptada] A respeito do poder constituinte, julgue a assertiva:

O poder constituinte originário pode limitar os proventos de aposentadoria que sejam percebidos em desacordo com a CF, não sendo oponível, nesse caso, a alegação de direito adquirido.

QUESTÃO 14

[CESPE - 2012 - TCE-ES - Auditor de Controle Externo - Auditoria Governamental] No que se refere ao poder constituinte, julgue os itens seguintes.

Denomina-se poder constituinte originário histórico aquele que cria, pela primeira vez, um Estado novo, que não existia antes; e poder constituinte originário revolucionário, o poder seguinte ao histórico, que cria um novo Estado mediante uma ruptura com o Estado anterior.

QUESTÃO 15

[CESPE - 2011 - Correios - Analista de Correios - Advogado] Julgue o item segue, referente ao poder constituinte:

O poder constituinte originário, por ser aquele que instaura uma nova ordem jurídica, exige deliberação da representação popular, razão pela qual não se admite a outorga como forma de sua expressão.

(C) QUESTÕES FCC

QUESTÃO 01

[FCC - 2010 - TCM-PA - Técnico de Controle Externo - Adaptada] Julgue a assertiva:

O poder constituinte originário é também um poder permanente, pois não se esgota no momento de seu exercício. Mesmo depois de elaborada a nova Constituição, esse poder permanece em estado de latência, na titularidade do povo.

QUESTÃO 02

[FCC - 2018 - SEFAZ-SC - Auditor-Fiscal da Receita Estadual - Auditoria e Fiscalização - Adaptada] Julgue a assertiva:

Examinando a Constituição Federal vigente à luz da Doutrina do Poder Constituinte, conclui-se que o texto constitucional não dispõe sobre o exercício do Poder Constituinte originário, uma vez que esse poder, cujo titular é o povo, caracteriza-se por ser inicial e ilimitado.

QUESTÃO 03

[FCC - 2008 - TRT - 2ª REGIÃO (SP) - Analista Judiciário - Área Judiciária] O Poder Constituinte originário caracteriza-se por ser:

- A) inicial, ilimitado e reformador.
- B) inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado.
- C) autônomo e condicionado.
- D) reformador e decorrente.
- E) condicionado e decorrente.

QUESTÃO 04

[FCC - 2012 - TRT - 18ª Região (GO) - Juiz do Trabalho] A doutrina do poder constituinte foi elaborada na obra:

- A) O Espírito das Leis, de Montesquieu.
- B) O contrato social, de Jean Jacques Rousseau.
- C) Leviatã, de Thomas Hobbes.
- D) O que é o terceiro Estado?, de Emmanuel Joseph Sieyès.
- E) Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de John Locke.

QUESTÃO 05

[FCC - 2009 - TRT - 16ª REGIÃO (MA) - Analista Judiciário - Área Judiciária - Execução de Mandados] Em tema de Poder Constituinte Originário, é INCORRETO afirmar que:

- A) é limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional vigente, sob pena de inconstitucionalidade.
- B) é incondicionado, porque não tem ele que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.
- C) é autônomo, pois não está sujeito a qualquer limitação ou forma prefixada para manifestar sua vontade.
- D) caracteriza-se por ser ilimitado, autônomo e incondicionado.
- E) se diz inicial, pois seu objeto final - a Constituição, é a base da ordem jurídica.

(D) QUESTÕES VUNESP**QUESTÃO 01**

[VUNESP - 2008 - MPE-SP - Promotor de Justiça - Adaptada] Com relação ao Poder Constituinte, julgue a assertiva

O poder constituinte originário não se submete aos limites do poder reformador.

QUESTÃO 02

[VUNESP - 2017 - TJ-SP - Juiz Substituto - Adaptada] Julgue a assertiva:

Como expressão do poder fático, é prévio ao direito constituído e, assim, não se limita por condicionantes pré-constituintes.

GABARITO COMENTADO**(A) QUESTÕES FGV****QUESTÃO 01**

[FGV - 2013 - TJ-AM - Analista Judiciário - Qualquer Área de Formação - Adaptada] Sobre o Poder Constituinte, analise a afirmativa a seguir:

Somente nos casos de revolução o Poder Constituinte Originário pode romper com a ordem jurídica anterior.

Comentário:

A afirmativa apresentada é falsa. O poder constituinte originário pós-fundacional (chamado por parte da doutrina de revolucionário) é aquele que rompe com a ordem jurídica vigente para a elaboração de um novo documento constitucional. Poderá ser exercido de modo revolucionário ou, ainda, por meio de uma transição constitucional pacífica.

QUESTÃO 02

[FGV - 2015 - CODEMIG - Advogado Societário - Adaptada] Edésio, Chefe do Departamento Jurídico de determinado ente público, foi instado a elaborar parecer a respeito da necessária compatibilização dos atos normativos editados pelo Poder Público com as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Deste modo, julgue a assertiva a seguir apresentada.

A garantia do direito adquirido é oponível às normas emanadas do Constituinte originário.

Comentário:

Mais um item falso! Já sabemos que não se pode alegar “direito adquirido” perante a nova Constituição, fruto do trabalho do poder constituinte originário.

QUESTÃO 03

[FGV - 2015 - DPE-RO - Analista da Defensoria Pública - Analista Jurídico - Adaptada] Pedro e Ernesto, renomados advogados, travaram um intenso debate a respeito das garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Por fim, convergiram a respeito da constitucionalidade de uma única tese, apresentada a seguir. Julgue-a:

A garantia do direito adquirido, enquanto projeção direta da dignidade humana, é oponível ao próprio Constituinte originário.

Comentário:

A tese defendida por Pedro e Ernesto não deverá prosperar. O direito adquirido não poderá ser alegado perante uma nova Constituição, fruto do trabalho do poder constituinte originário. Sendo assim, a assertiva deverá ser marcada como falsa.

(B) QUESTÕES CESPE**QUESTÃO 01**

[CESPE - 2018 - EMAP - Analista Portuário - Área Jurídica] Julgue o item que segue, a respeito do poder constituinte:

O poder constituinte originário gera e organiza os poderes do Estado, instaurando o próprio Estado constitucional.

Comentário:

Item verdadeiro! O poder constituinte é a autoridade suprema do ordenamento jurídico, exatamente por ser anterior a qualquer normatização jurídica, sendo o responsável pela elaboração da Constituição (que é a norma jurídica superior que inicia a ordem jurídica e instaura o Estado constitucional).

QUESTÃO 02

[CESPE - 2016 - PC-PE - Agente de Polícia - Adaptada] Julgue a assertiva a respeito da Constituição Federal de 1988 (CF) e dos poderes constituintes.

O poder constituinte originário, que elaborou a CF, é essencialmente político, extrajurídico, sem limites formais, e esgotou-se com a promulgação da CF.

Comentário:

A assertiva começa bem ao dizer que o poder constituinte originário é político (ou extrajurídico) e que não possui limites formais. Entretanto, peca ao dizer que esse poder se esgota com a promulgação da Constituição, pois trata-se de um poder permanente, que não se esgota quando da elaboração da Constituição, permanecendo apto a se manifestar a qualquer momento. A Assembleia Nacional Constituinte (ou Convenção) que o materializou, se desfaz. Mas o PCO segue latente no povo, seu titular (só aguardando um novo momento para se manifestar).

QUESTÃO 03

[CESPE - 2014 - Câmara dos Deputados - Analista Legislativo - Consultor Legislativo Área] À luz da doutrina atual relativa ao poder constituinte, julgue o item a seguir.

O titular do poder constituinte é o povo, que, no Brasil, engloba tanto os brasileiros natos quanto os naturalizados.

Comentário:

A assertiva está correta, pois o titular do poder constituinte é o povo. E “povo” é um termo que engloba tanto os brasileiros natos quanto os naturalizados, já que abraça todos aqueles que possuem um vínculo de direito público com o Estado (“povo”, não se esqueça, é o vocábulo que designa o elemento pessoal do Estado).

QUESTÃO 04

[CESPE - 2013 - ANTT - Analista Administrativo - Direito] No que concerne ao poder constituinte e à interpretação das normas constitucionais, julgue o item subsecutivo.

O poder constituinte originário é inicial, autônomo e condicionado.

Comentário:

Conseguiu identificar o erro da assertiva? O poder constituinte originário não é condicionado: é incondicionado, ou seja, não se submete a qualquer regra ou procedimento formal pré-fixado pelo ordenamento jurídico que o antecede. As demais características (inicial e autônomo) estão corretas.

QUESTÃO 05

[CESPE - 2012 - TJ-CE - Juiz - Adaptada] Com relação ao poder constituinte, julgue a assertiva.

Segundo o STF, as regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte originário não decorrem do exercício de um poder de fato ou suprapositivo, razão pela qual sua eficácia está sujeita a limitação normativa.

Comentário:

A assertiva está incorreta, pois o poder constituinte originário é um poder de fato, detentor de natureza essencialmente política, segundo a corrente positivista adotada majoritariamente no constitucionalismo pátrio. Destarte, sua atuação não se sujeita a qualquer limitação de ordem jurídica imposta pelo direito anterior (com o qual, aliás, a atuação do PCO vai romper).

QUESTÃO 06

[CESPE - 2012 - MPE-PI - Analista Ministerial] Julgue o item subsequente, que diz respeito ao poder constituinte no ordenamento jurídico nacional:

O poder constituinte originário, responsável pela elaboração de uma nova Constituição, extingue-se com a conclusão de sua obra.

Comentário:

Eis um item muito interessante! O poder constituinte originário é um poder permanente, pois não se esgota quando da conclusão de seu trabalho (entrega da Constituição). A assertiva é falsa, pois ele permanece com o povo (seu titular), em estado de hibernação, aguardando um novo momento constituinte para se materializar novamente.

QUESTÃO 07

[CESPE - 2009 - AGU - Advogado] Com relação ao poder constituinte, julgue o item seguinte:

O poder constituinte originário esgota-se quando é editada uma Constituição, razão pela qual, além de ser inicial, incondicionado e ilimitado, ele se caracteriza pela temporariedade.

Comentário:

Outra assertiva falsa. Já sabemos que o poder constituinte originário é um poder permanente, pois ele não se esgota quando da conclusão da Constituição. Permanece com o povo, em estado de latência/hibernação, aguardando um novo momento constituinte para ser ativado.

QUESTÃO 08

[CESPE - 2009 - TRF 1ªR - Juiz - Adaptada] Analise o item seguinte, relativo aos poderes constituintes originário e derivado:

O poder constituinte originário não se esgota quando se edita uma Constituição, razão pela qual é considerado um poder permanente.

Comentário:

Conseguiu identificar com facilidade que o item é verdadeiro? Realmente o poder constituinte originário é um poder permanente, pois ele não se esgota quando finaliza a produção da Constituição.

QUESTÃO 09

[CESPE - 2011 - AL-ES - Procurador - Adaptada] No que se refere à interpretação das normas constitucionais e ao poder constituinte originário e derivado, analise a assertiva abaixo.

O poder constituinte originário, por sua própria natureza, não pode decorrer da atuação de uma única pessoa ou de um grupo restrito de pessoas, sem a intervenção de um órgão de representação popular.

Comentário:

O item é falso, o exercício do poder originário pode ser autocrático, quando o poder se manifesta por meio da outorga – de modo que a Constituição seja estabelecida por um indivíduo ou um grupo que alcança o poder sem qualquer resquício de participação popular, constituindo o que se denomina poder constituinte usurpado.

QUESTÃO 10

[CESPE - 2010 - AGU - Procurador] Julgue o item subsequente, relativo ao poder constituinte:

No que se refere ao poder constituinte originário, o Brasil adotou a corrente jusnaturalista, segundo a qual o poder constituinte originário é ilimitado e apresenta natureza pré-jurídica.

Comentário:

Este é um item incorreto. Conseguiu identificar o porquê? Ora, no Brasil adota-se majoritariamente a teoria juspositivista, em que o poder constituinte originário é tido por um poder de fato, metajurídico, que se funda em si mesmo, não integrando o mundo jurídico nem possuindo natureza jurídica.

QUESTÃO 11

[CESPE - 2016 - TCE-PR - Analista de Controle] A respeito do poder constituinte, assinale a opção correta:

- a) Se não houver ressalva expressa no seu próprio texto, a Constituição nova atingirá os efeitos pendentes de situações jurídicas consolidadas sob a égide da Carta anterior.
- b) O poder constituinte originário não desaparece com a promulgação da Constituição, permanecendo em convívio estreito com os poderes constituídos.
- c) As assembleias nacionais constituintes são as entidades que titularizam o poder constituinte originário.
- d) O poder constituinte originário é incondicionado, embora deva respeitar os direitos adquiridos sob a égide da Constituição anterior, ainda que esses direitos não sejam salvaguardados pela nova ordem jurídica instaurada.

Comentário:

Nossa assertiva correta é a da letra 'a'. Por ser um poder autônomo, o poder constituinte originário tem a capacidade de definir o conteúdo que será implantado na nova Constituição, bem como sua estruturação e os termos de seu estabelecimento. Assim, o que a afirmativa descreve (a chamada retroatividade mínima das normas constitucionais) é possível de ser definido pelo Poder Originário, sendo perfeitamente factível que as normas constitucionais possam ser aplicadas não apenas aos fatos que venham a acontecer após a sua promulgação, mas também àqueles ocorridos antes da sua entrada em vigor que continuam produzindo efeitos.

Vamos verificar a razão de as demais assertivas serem falsas?

- letra 'b': o poder constituinte originário é permanente, no sentido de que ele não se esgota quando da conclusão da Constituição. Ele permanece, em situação de latência, podendo ser ativado quando um novo "momento constituinte", de necessária ruptura com a ordem estabelecida, se apresentar. No entanto, apesar de permanente, o PCO se desmaterializa (não se mantém organizado, estruturado). Por isso, não é correto afirmar que haja um convívio estreito do poder constituinte originário com os poderes constituídos.

- letra 'c': titular do poder constituinte é aquele que o detém estando apto a elaborar os contornos normativos de um Estado. Poder constituinte é poder do povo, pois o povo é o titular do PCO. É importante, todavia, frisar que o seu exercício cabe normalmente a um grupo de pessoas que poderá organizar-se, por exemplo, em assembleias nacionais, que atuarão em nome do povo (único titular do poder constituinte).

- letra 'd': o Constituinte originário, por ser dotado de um poder inicial que fornece as bases jurídicas que inauguram o ordenamento, tem atuação juridicamente ilimitada, não se subordina às determinações normativas traçadas pelo ordenamento precedente. Assim sendo, inexistente impedimento de que o novo texto constitucional tenha aplicação retroativa, regulando situações pretéritas, mesmo que em prejuízo de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito. Afinal, como já sabemos, não se pode alegar direitos adquiridos frente ao trabalho do PCO, isto é, diante de uma nova ordem jurídica que foi inaugurada por uma nova Constituição.

QUESTÃO 12

[CESPE - 2017 - Prefeitura de Belo Horizonte – MG - Procurador Municipal – Adaptada] Acerca das Constituições, julgue o item subsequente.

Devido às características do poder constituinte originário, as normas de uma nova Constituição prevalecem sobre o direito adquirido.

Comentário:

Eis uma assertiva correta. Não há direito adquirido oponível contra a nova Constituição, já que o poder constituinte originário não tem limites no âmbito do direito positivo. Em outras palavras, como o poder originário é inicial, fornecendo as bases jurídicas que inauguram o ordenamento (e também é ilimitado sob o aspecto jurídico, não se subordinando às determinações normativas traçadas pelo ordenamento precedente), só é direito o que a nova ordem disser que é, aquilo que por ela for aceito como tal.

QUESTÃO 13

[CESPE - 2017 - MPE-RR - Promotor de Justiça Substituto - Adaptada] A respeito do poder constituinte, julgue a assertiva:

O poder constituinte originário pode limitar os proventos de aposentadoria que sejam percebidos em desacordo com a CF, não sendo oponível, nesse caso, a alegação de direito adquirido.

Comentário:

A assertiva é verdadeira, pois não se pode alegar direitos adquiridos diante dos trabalhos do PCO. Ademais, o exemplo da aposentadoria está em perfeita harmonia com o disposto no art. 17 do ADCT.

QUESTÃO 14

[CESPE - 2012 - TCE-ES - Auditor de Controle Externo - Auditoria Governamental] No que se refere ao poder constituinte, julgue os itens seguintes.

Denomina-se poder constituinte originário histórico aquele que cria, pela primeira vez, um Estado novo, que não existia antes; e poder constituinte originário revolucionário, o poder seguinte ao histórico, que cria um novo Estado mediante uma ruptura com o Estado anterior.

Comentário:

A assertiva deverá ser marcada como correta! O poder constituinte originário histórico (também denominado de fundacional) é aquele que produz a primeira Constituição de um Estado (em nosso país foi observado quando da outorga da Carta Constitucional de 1824), fundando-o. Já o poder constituinte originário revolucionário (ou pós-fundacional) é aquele que rompe com a ordem jurídica criada pelo poder constituinte originário histórico, elaborando uma nova Constituição que sucederá a primeira.

QUESTÃO 15

[CESPE - 2011 - Correios - Analista de Correios - Advogado] Julgue o item segue, referente ao poder constituinte:

O poder constituinte originário, por ser aquele que instaura uma nova ordem jurídica, exige deliberação da representação popular, razão pela qual não se admite a outorga como forma de sua expressão.

Comentário:

O item apresentado é falso. Sabemos que existem três formas de expressão (ou exercício) do poder constituinte. São elas: (i) exercício democrático direto, quando o projeto elaborado pela Assembleia só é considerado válido após a aprovação direta pelo povo, por meio de plebiscito ou referendo; (ii) exercício democrático indireto, por meio do qual o povo escolhe seus representantes, que se tornarão responsáveis pela elaboração de um novo documento constitucional capaz de renovar o ordenamento jurídico e; (iii) exercício autocrático, onde o poder se manifesta por meio da outorga. Assim, a Constituição é estabelecida por um grupo ou, ainda, por um indivíduo que alcança o poder sem qualquer indício de participação popular (foi o que aconteceu, por exemplo, nas Constituições brasileiras de 1824, 1937 e 1967)

(C) QUESTÕES FCC**QUESTÃO 01**

[FCC - 2010 - TCM-PA - Técnico de Controle Externo - Adaptada] Julgue a assertiva:

O poder constituinte originário é também um poder permanente, pois não se esgota no momento de seu exercício. Mesmo depois de elaborada a nova Constituição, esse poder permanece em estado de latência, na titularidade do povo.

Comentário:

O item está correto, pois o poder constituinte é realmente permanente, visto que não se esgota quando da conclusão da Constituição. Ele permanece em situação de latência, podendo ser ativado quando o “momento constituinte”, (de necessária ruptura com a ordem estabelecida), se apresentar novamente.

QUESTÃO 02

[FCC - 2018 - SEFAZ-SC - Auditor-Fiscal da Receita Estadual - Auditoria e Fiscalização - Adaptada]

Julgue a assertiva:

Examinando a Constituição Federal vigente à luz da Doutrina do Poder Constituinte, conclui-se que o texto constitucional não dispõe sobre o exercício do Poder Constituinte originário, uma vez que esse poder, cujo titular é o povo, caracteriza-se por ser inicial e ilimitado.

Comentário:

Eis um item verdadeiro! Realmente a Constituição Federal vigente não dispõe sobre o exercício do PCO, pois é um poder inicial, já que ele é anterior ao próprio Estado. O PCO é considerado um Poder Político (extrajurídico) que se funda em si mesmo. É um poder de fato, que nem integra o mundo jurídico nem possui natureza jurídica. Trata-se também de poder um poder ilimitado, visto que não se submete ao regramento posto pelo direito precedente, sendo possuidor de ampla liberdade de conformação da nova ordem jurídica.

QUESTÃO 03

[FCC - 2008 - TRT - 2ª REGIÃO (SP) - Analista Judiciário - Área Judiciária] O Poder Constituinte originário caracteriza-se por ser:

- A) inicial, ilimitado e reformador.
- B) inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado.
- C) autônomo e condicionado.
- D) reformador e decorrente.
- E) condicionado e decorrente.

Comentário:

Veja que questão interessante! O examinador mescla características do PCO com os nomes dados aos poderes constituídos derivados. Nossa resposta encontra-se na letra 'b', já que o PCO é inicial (pois as normas jurídicas anteriormente estabelecidas não são capazes de limitar a sua atividade, restringindo juridicamente sua atuação), ilimitado (visto que as normas jurídicas anteriormente estabelecidas não são capazes de limitar a sua atividade, restringindo juridicamente sua atuação), autônomo (porque é capaz de definir o conteúdo que será implantado na nova Constituição, bem como sua estruturação e os termos de seu estabelecimento) e incondicionado (pois no curso de seus trabalhos, o poder constituinte atua livremente, sem respeito às condições ou regras previamente estipuladas).

QUESTÃO 04

[FCC - 2012 - TRT - 18ª Região (GO) - Juiz do Trabalho] A doutrina do poder constituinte foi elaborada na obra:

- A) O Espírito das Leis, de Montesquieu.
- B) O contrato social, de Jean Jacques Rousseau.
- C) Leviatã, de Thomas Hobbes.
- D) O que é o terceiro Estado?, de Emmanuel Joseph Sieyès.
- E) Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de John Locke.

Comentário:

Considera-se que Sieyès foi o precursor dos estudos sobre o poder originário, visto que em sua obra “O que é o terceiro Estado” (que, inclusive, foi um dos estopins da Revolução Francesa), o autor apresentou as reivindicações do Terceiro Estado contestando as vantagens dos nobres e do alto clero. Composto pelos não integrantes dessas duas classes privilegiadas (nobreza e alto clero) o que, portanto, incluía a burguesia, o Terceiro Estado era o responsável pelas atividades de produção que culminavam na formação da riqueza do país; todavia, era completamente alijado do processo político. Sem privilégios e sem participação nas decisões, o Terceiro Estado (a rigor, a burguesia) passa a reivindicar seu papel na conformação política do país, tendo como seu principal defensor o abade francês. Nesse sentido, podemos assinalar a assertiva ‘d’ como nossa resposta.

QUESTÃO 05

[FCC - 2009 - TRT - 16ª REGIÃO (MA) - Analista Judiciário - Área Judiciária - Execução de Mandados] Em tema de Poder Constituinte Originário, é INCORRETO afirmar que:

- A) é limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional vigente, sob pena de inconstitucionalidade.
- B) é incondicionado, porque não tem ele que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.
- C) é autônomo, pois não está sujeito a qualquer limitação ou forma prefixada para manifestar sua vontade.
- D) caracteriza-se por ser ilimitado, autônomo e incondicionado.
- E) se diz inicial, pois seu objeto final - a Constituição, é a base da ordem jurídica.

Comentário:

Observe que o examinador lhe pede para assinalar a alternativa *incorreta*. Ao examinarmos as possibilidades, é possível perceber que a única assertiva que não define corretamente as características

do PCO é a constante da letra 'a'. O PCO é um poder ilimitado, pois não se submete ao regramento posto pelo direito precedente, sendo possuidor de ampla liberdade de conformação da nova ordem jurídica.

(D) QUESTÕES VUNESP

QUESTÃO 04

[VUNESP - 2008 - MPE-SP - Promotor de Justiça - Adaptada] Com relação ao Poder Constituinte, julgue a assertiva

O poder constituinte originário não se submete aos limites do poder reformador.

Comentário:

O item é claramente verdadeiro, afinal, não faria nenhum sentido considerarmos que o poder constituinte originário (criador) se submetesse a alguma regra imposta pelo poder derivado reformador (criatura). Ademais, uma das características do PCO é ser incondicionado. O que quer dizer que não se submete a qualquer regra ou procedimento formal pré-estabelecido pela ordem jurídica anterior.

QUESTÃO 05

[VUNESP - 2017 - TJ-SP - Juiz Substituto - Adaptada] Julgue a assertiva:

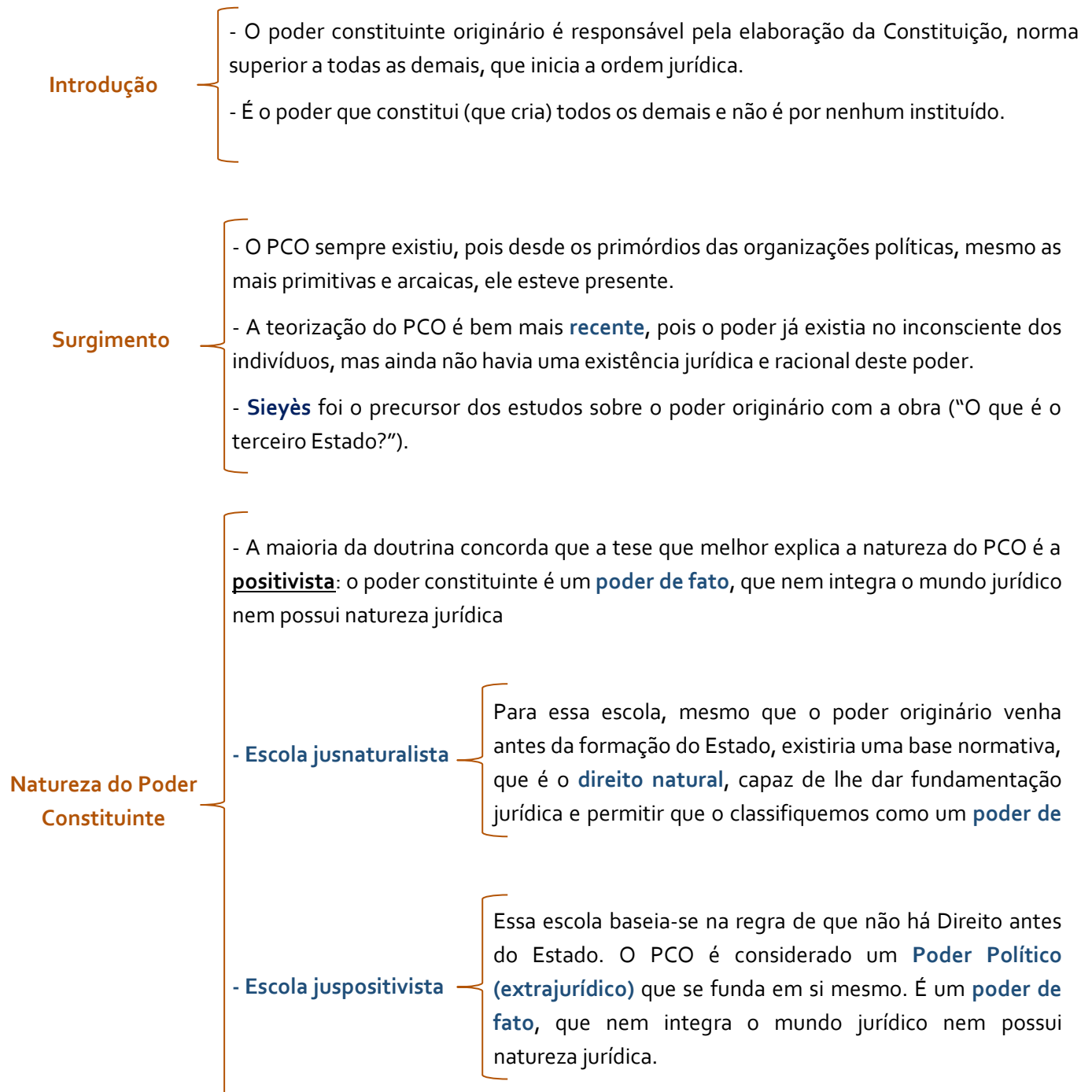
Como expressão do poder fático, é prévio ao direito constituído e, assim, não se limita por condicionantes pré-constituintes.

Comentário:

O item apresentado está correto, uma vez que, por ser incondicionado, o poder constituinte não se submete a regras ou procedimentos estabelecidos previamente pela ordem jurídica anterior. Além disso, lembremos que é um poder de fato, que antecede a existência do Estado constitucional (já que, o produto de seu trabalho, que é a Constituição, é que cria o Estado).

(10) Resumo direcionado

➤ Poder Constituinte Originário



Titularidade

- Para a Teoria Clássica do Poder Constituinte, formatada pelo abade francês Emmanuel Joseph **SIEYÈS**, o titular do Poder Constituinte seria a **nação**.
- Uma leitura mais moderna, todavia, substitui o conceito de “nação” pelo de **povo**.
- Poder constituinte passou a significar, portanto, **poder do povo**.

✓ **Espécies de Poder Constituinte****Quanto ao momento de sua manifestação**

- (a) **Fundacional (ou Histórico)**: quando confecciona a **primeira Constituição** de um Estado (primeira Constituição Histórica – segundo Hans Kelsen).
- (b) **Pós-fundacional (por muitos chamado de Revolucionário)**: quando o PCO **parte de uma ruptura** de uma ordem jurídica vigente para elaborar o novo documento que substituirá (por revogação) o anterior.

Quanto às dimensões, o poder originário pode ser considerado

- (a) **material**: anterior ao formal, é o poder que delimita os **valores** que serão prestigiados pela Constituição e a **ideia** de direito que vai vigorar no novo ordenamento.
- (b) **formal**: aquele que exprime e **formaliza** a criação em si, estruturando a ideia de direito que foi pensada e construída pelo poder constituinte material.

✓ **Exercício do Poder Constituinte****Procedimento constituinte direto**

- Quando o projeto elaborado pela Assembleia só obtém validade jurídica por meio da aprovação direta do povo, que se manifesta através de um plebiscito ou de um

Exercício democrático indireto

- Neste caso o povo escolhe os seus representantes, que se tornam responsáveis pela elaboração de um novo documento constitucional, que renovará o ordenamento

Exercício autocrático

- O poder se manifesta por meio da outorga, de modo que a Constituição seja estabelecida por um indivíduo ou um grupo que alcança o poder sem qualquer resquício de participação popular, constituindo o que se denomina poder constituinte usurpado.

✓ **As características do poder constituinte originário**

Inicial

Porque o produto de seu trabalho, a Constituição, é a base do ordenamento jurídico; é o ponto a partir do qual o Direito começa.

Ilimitado

O PCO não se submete ao regramento posto pelo direito precedente, sendo possuidor de ampla liberdade de conformação da nova ordem jurídica.

Incondicionado

O PCO não se submete a qualquer regra ou procedimento formal prefixado pelo ordenamento jurídico que o antecede.

Autônomo

O PCO é capaz de definir o conteúdo que será implantado na nova Constituição, bem como sua estruturação e os termos de seu estabelecimento.

Permanente

Não se esgota quando da conclusão da Constituição. Ele permanece em situação de latência, podendo ser ativado quando o “momento constituinte”, (de necessária ruptura com a ordem estabelecida), se apresentar novamente.

✓ **O poder constituinte originário e os direitos adquiridos**

- O poder originário é **inicial**, fornecendo as bases jurídicas que inauguram o ordenamento; é também **ilimitado** sob o aspecto jurídico, não se subordinando às determinações normativas traçadas pelo ordenamento precedente.

- Somente é direito o que a nova ordem disser que é, aquilo que por ela for aceito como tal.

- **Não** se pode alegar “**direitos adquiridos**” perante a nova Constituição, perante o trabalho do poder originário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. – Coimbra: Almedina, 2013.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ed. Ariel, 1965.
- HAURIOU, André. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Éd. Montchrétien, 1966.
- MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- RAMOS TAVARES, André. **Curso de Direito Constitucional**. 14. Ed — São Paulo: Saraiva, 2016.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. — São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.