

A ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO OU DERIVADO?

Samuel de Moura¹

Liana Maria Feix Suski²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS TEÓRICO-CONCEITUAIS DO PODER CONSTITUINTE. 3 O CONTEXTO HISTÓRICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA FORMULAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE. 4 SOBREPOSIÇÃO DAS DUAS ORDENS VISTAS: ANÁLISE DA LEGITIMIDADE. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O presente artigo busca, através de ampla pesquisa doutrinária nos temas Poder Constituinte e formação da Constituição de 1988, no âmbito do Direito Constitucional, e através da análise histórica da conjuntura sócio-política brasileira, nos anos que antecederam à formação da Assembleia Nacional Constituinte livre e soberana (se assim for possível considerá-la) de 1987-1988, examinar a legitimidade da feitura da Carta Constitucional vigente, especialmente no que tange à representação e ao exercício do Poder Constituinte, a fim de verificar se este encontra maior acolhimento no conceito de Poder Constituinte Originário ou no de Poder Constituinte Derivado. Para tanto, usou-se da pesquisa bibliográfica e do método expositivo-argumentativo.

Palavras-chave: Poder Constituinte. Legitimidade. Constituição Federal de 1988.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui uma rica e tumultuada história política, e isso é sabido de todos. Dentro dessa linha, a Ditadura Militar que imperou no país entre os anos de 1964 e 1985, por si só, possui extenso e detalhado conteúdo histórico.

Mais do que isso, grande parte dos acontecimentos contidos naquele espaço de tempo, compreendem os fenômenos, motivos e justificativas que levaram o nosso país a se estabelecer como hoje está: um Estado Democrático de Direito.

O assunto não se exaure somente no aspecto jurídico, mas vai além, sendo responsável por diversas outras áreas que também modularam o país como hoje o temos, a exemplo da política, da economia, da cultura etc. No entanto, o objeto deste trabalho, embora inseparável dessas outras questões, concentra-se no aspecto jurídico-político.

Dentro desse aspecto, há algo imprescindível que funda o perfil Democrático

¹ Acadêmico do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades etc. E-mail: samueldem@ymail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo, RS. Bacharela em Direito também pela URI. Professora do Curso de Direito da FAI Faculdades de Itapiranga, SC. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade. E-mail: lianasuski@gmail.com

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

de nossa nação: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ela é o divisor de águas entre a Ditadura Militar e o Estado em que vivemos hoje. A transição entre esses dois paradigmas estatais e o processo de elaboração da Carta Constitucional vigente, sempre foi e continua sendo muito polêmico, passível das mais variadas críticas, vindas de todos os lados.

O presente trabalho busca, assim, através da junção entre elementos teórico-doutrinários e históricos, uma análise, ainda que de forma breve, para compreender esse conturbado período da história brasileira que se consubstanciou na produção do atual texto Constitucional, e, sobretudo, investigar a sua legitimidade.

2 ASPECTOS TEÓRICO-CONCEITUAIS DO PODER CONSTITUINTE

Poder Constituinte é aquele responsável por elaborar um novo texto Constitucional ou fazer edições no texto vigente. Muito se fala na doutrina, que ele é o poder que constitui todos os outros. Assim sendo, se é a Constituição criada pelo Poder Constituinte, norma máxima e suprema que expressa como são criadas todas as outras normas, logo surge a questão: De onde vem o Poder Constituinte?

Conforme Érico Hack, “a Constituição vem do povo, que, por meio de seus representantes legais, coloca sua vontade no texto constitucional”³. Dessa forma, extrai-se, de um lado, a titularidade do Poder Constituinte, que pertence ao povo, e o exercício do mesmo poder, que pertence aos representantes legais daquele povo.⁴

Levando em consideração o momento de expressão desse Poder e o seu fim, ele pode ser dividido em duas espécies: Poder Constituinte Originário: expressa-se antes da existência da Constituição, tendo como fim criá-la; e o Poder Constituinte Derivado: ocorre na já existência de uma carta constitucional, tendo como fim reformá-la.⁵

A primeira espécie, em seu conceito, contém como características a inicialidade, pois instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a

³ HACK, Érico. **Direito Constitucional**: conceitos, fundamentos e princípios básicos. Curitiba: Ibpe, 2008, p. 24.

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 211-212.

⁵ *Ibid.*, p. 213-220.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

anterior; a ilimitabilidade, apresentando natureza pré-jurídica, não devendo respeito ao direito anterior; a autonomia, vez que se autodetermina; e a incondicionalidade, porque não obedece a qualquer forma de manifestação em seu exercício. Hack faz uma alusão a essa espécie de Poder Constituinte, dizendo que ele “é como uma folha em branco, que pode ser preenchida como se achar melhor”⁶.

A segunda espécie, por sua vez, é derivada, porque é instituído pelo Poder Constituinte Originário; e é limitada, subordinada e condicionada, pois deve respeito a seu instituidor, devendo seguir as regras e condições por ele impostas. Ao se aplicar a alusão de Hack nesse caso, teríamos o Poder Constituinte Derivado como uma folha escrita, com espaços em branco estabelecidos de forma regrada e para que sejam preenchidos de forma disciplinada.

O Poder Constituinte Derivado divide-se, ainda, em duas espécies, que são o Reformador e o Decorrente. Esse tema, embora importante, não compreende objeto do presente trabalho. Assim, fica aqui a mera menção à sua existência.

Retornando à noção de exercício do Poder Constituinte, ele pode ser visto por dois regimes de Estado: no autoritário, onde o exercício acaba sendo usurpado do povo pelo ditador em questão, que outorga o texto Constitucional⁷ (a título de exemplo, a Constituição de 1937⁸) e, no democrático, onde é o povo que o exerce, através de seus representantes. Este último constitui o caminho pelo qual se prosseguirá neste trabalho, visto que a Constituição de 1988 é elaborada na transição de um regime autoritário para um democrático.

O povo compreende grande parcela de indivíduos. Seria impossível que toda coletividade exercesse o Poder em questão. Para tanto, faz-se uso do princípio da representatividade⁹. Tal princípio, nesse caso, exprime a ideia de que devem ser escolhidos, pelo povo, representantes, consubstanciados num órgão, que leve a vontade coletiva, exatamente como ela é, para a elaboração da nova constituição.

O conjunto de todos esses representantes escolhidos pelo povo para exercer seu Poder Constituinte, é chamado de Assembleia Nacional Constituinte. Nos dizeres

⁶ HACK, Érico. **Direito Constitucional**: conceitos, fundamentos e princípios básicos. Curitiba: Ibpex, 2008, p. 26.

⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.79.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

de Hack, esse órgão é

Como um parlamento, composto por representantes do povo encarregados da elaboração da nova carta. Nessa hipótese, o texto é elaborado e discutido democraticamente, de maneira que prevaleça a vontade da maioria e, na medida do possível, contemple os direitos das minorias.¹⁰

Após amplo trabalho da assembleia sobre a elaboração da nova Carta, que inclui estudos, análises, coleta de opiniões da população em geral e de setores da sociedade, amplo debate e discussão, esta será promulgada e iniciará a sua vigência, estabelecendo uma nova ordem jurídica para o povo daquele Estado.

Em brevíssima análise, este é o caminho pelo qual corre a feitura de uma nova Constituição. Feita a elucidação do tema através dos conceitos vistos, passa-se a uma também breve análise histórica do contexto em que se deu a feitura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3 O CONTEXTO HISTÓRICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA FORMULAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

Em 31 de março de 1964, através de um golpe de Estado, uma junta militar passa a governar o país. Os militares se perpetuaram no controle do país até o ano de 1985. Durante esse tempo, muitas foram as supressões dos direitos individuais e coletivos do povo e as atribuições excessivas de poderes ao governo autoritário unilateral, visando manter este último, pois caso contrário, como ensinava Maquiavel, “quem torna outrem potente, se arruína”¹¹.

Exemplos claros disso são, os Atos Institucionais (AIs). O AI – 2, de 1965, por exemplo, dentre uma série de medidas, extinguiu, em seu art. 18, os partidos políticos existentes.¹² Mais tarde, pela vontade dos militares, vigorou o bipartidarismo, onde, de um lado, estava o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e de outro, a Aliança Renovadora Nacional (Arena). Em síntese, “o MDB assumiu o papel de partido de

¹⁰ HACK, Érico. **Direito Constitucional**: conceitos, fundamentos e princípios básicos. Curitiba: Ibpe, 2008, p. 26.

¹¹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Leda Beck. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 62.

¹² BRASIL. **Ato Institucional Nº 2**, de 27 de outubro de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 29 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

oposição, e a Arena se tornou o partido do governo”¹³.

Já o AI – 5, de 1968, suspendeu garantias constitucionais como o *habeas corpus* em alguns casos (art. 10), excluiu da apreciação judicial todos os atos praticados com base no próprio Ato Institucional (art.11), bem como deu poder, sem limitações, ao Presidente da República para suspender os direitos políticos de qualquer cidadão (art. 4º), decretar intervenção nos Estados e Municípios (art. 3º), decretar o recesso dos Poder Legislativo nos três entes (art. 2º), dentre outras medidas arbitrárias.¹⁴

Foi a partir desse último Ato, que o Regime Militar mostrou sua face mais rígida e obscura, os “anos de chumbo”, que viria a se abrandar somente em meados da década de 1970, como será visto.¹⁵

Frente a essa conjuntura, em 1974 assume a presidência o General Ernesto Geisel, o qual é lembrado pelo projeto de “abertura lenta, gradual e segura” do regime militar. Cita-se como exemplos dessa transição peculiar a supressão dos Atos Institucionais, feita através da Emenda Constitucional n. 11, de 1978, a Lei da Anistia sancionada pelo Presidente Figueiredo em 1979, que declarava impunes aqueles que cometeram crimes políticos, eleitorais, aqueles que tiveram seus direitos políticos suspensos ou servidores que foram punidos com fundamento em Atos Institucionais ou Complementares durante o início do regime até a presente data¹⁶, bem como o compromisso da realização de eleições diretas para o Poder Executivo, nos estados e municípios.¹⁷

Importante observar que, com a supressão dos Atos Institucionais, o pluripartidarismo voltava ao país. Surgia o PDS (Partido Democrático Social) como sucessor da Arena, e o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro) como

¹³ ANGELO, Vitor Amorim de. **Bipartidarismo**: Sistema vigorou durante a ditadura militar. 2014. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/bipartidarismo-sistema-vigorou-durante-a-ditadura-militar.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹⁴ BRASIL. **Ato Institucional Nº 5**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 29 set. 2016.

¹⁵ BUENO, Eduardo. **Brasil: Uma História: cinco Séculos de um país em construção**. Rio de Janeiro: Leya, 2012, p. 407.

¹⁶ BRASIL. **Lei Nº 6.683** de 28 de agosto de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 29 set. 2016.

¹⁷ WACHOWICZ, Marcos. **Poder Constituinte e Transição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 155.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

sucessor do MDB, além vários outros partidos.¹⁸

Entretanto, mesmo com essas medidas de redemocratização, o controle da transição não saiu do regime militar, pois contava ainda com outros dispositivos legais, como a Lei de Segurança Nacional, Lei de Greve, Lei de Imprensa, e os dispositivos previstos na Constituição, as medidas de segurança e o Estado de Emergência, sem falar no Sistema Nacional de Informação (SNI).¹⁹

Outra medida que assegurava a transição política firmemente nas mãos dos militares era a Emenda Constitucional nº. 8 de 1977, o popular “Pacote de Abril”. Entender o seu significado é imprescindível para a análise da legitimidade do Poder Constituinte que se formaria quase uma década depois. Nele, dentre outras medidas, foi estabelecido, para a eleição de 1982, a “escolha” de um dos senadores de cada estado pelo Colégio Eleitoral, o que garantia que a maioria no Senado continuasse a pertencer à Arena.²⁰ O mandato destes senadores se prolongaria até o ano de 1990.

Desse controle, decorreu a lentidão na transformação democrática do país, com uma feição conservadora, conforme Geisel havia prometido e que muito prejudicou a legitimidade da transição política e do processo de formação do Poder Constituinte.

A partir da década de 1980, a direção muda, pois o povo começa a manifestar seus ânimos pela redemocratização do país. Como diria Maquiavel,

[...] quem se torna senhor de uma cidade acostumada a viver livre, [...], espera ser destruído por ela; porque esta sempre terá refúgio, na rebelião, o nome da liberdade e suas antigas leis, das quais nem com o tempo, nem com a troca de benefícios, jamais se esquecem.²¹

Nas prometidas eleições diretas para o Poder Executivo dos estados em 1982, a oposição (PMDB) ao regime elegia 10 governadores nos grandes centros do país, enquanto o PDS, dos militares, conquistava 12 governadores dos Estados do

¹⁸ ANGELO, Vitor Amorim de. **Bipartidarismo**: Sistema vigorou durante a ditadura militar. 2014. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/bipartidarismo-sistema-vigorou-durante-a-ditadura-militar.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹⁹ WACHOWICZ, Marcos. **Poder Constituinte e Transição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 159.

²⁰ BRANCO, Poliani Castello. **Anos 60 e 70**: ditadura, bipartidarismo e biônicos. 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/22708.html>. Acesso em: 30 set. 2016.

²¹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Leda Beck. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 69.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

interior.²² O Brasil vivia uma ambiguidade política: nos Estados, onde a oposição venceu as eleições, iniciava-se a redemocratização, no que era possível, ao passo que, na União, mantinha-se o regime autoritário com as eleições indiretas pelo Colégio Eleitoral.

Dessa ambiguidade nascia o Movimento “Diretas Já”, um dos maiores movimentos populares ocorridos no Brasil, que ansiava pelas eleições diretas para Presidente da República. O movimento apoiou largamente a aprovação da PEC n. 05/83, popularmente conhecida pelo nome do Deputado Federal que a apresentou, Dante Oliveira. Previa ela a eleição direta pra Presidente e Vice-Presidente da República. Malgrado, a PEC Dante Oliveira foi rejeitada.²³ A transição seguia conforme a vontade dos militares.

Na sucessão presidencial de 1985, indiretas pelo Colégio Eleitoral, candidataram-se do lado do Regime Militar (PDS), Paulo Maluf e Flávio Marcílio e, do lado da oposição (PMDB), Tancredo Neves e Sarney. Embora o PDS mantinha maioria de votos no colégio eleitoral, através de diversas articulações feitas tempos antes, que convergiram na Aliança Democrática, Tancredo Neves conseguiu vencer.²⁴ O regime militar “seria derrotado no próprio órgão institucional que criara para perpetuar o sistema”²⁵. Extinguia-se, assim, o Regime Militar.

Agora, a transição política exigia a transição constitucional, de forma a fundar um novo Estado, Democrático de Direito, que atendesse às fortes aspirações sociais do momento. Tancredo Neves, consciente disso, incumbiu ao Consultor Geral da República a elaboração de um anteprojeto para convocar a Assembleia Nacional Constituinte. Tancredo chegou até a elaborar uma lista dos nomes da futura Comissão Constitucional. Ela seria anunciada em seu discurso de posse. No entanto, todo esse processo foi interrompido, devido à hospitalização de urgência do então presidente um dia antes de sua posse. José Sarney, vice-presidente na chapa,

²² FAVERO, Daniel. **Eleições de 1982 foram o primeiro passo para a redemocratização do país**. 2013. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/politica/eleicoes-de-1982-foram-primeiro-passo-para-redemocratizacao-do-pais,8097552b1be6d310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>. Acesso em: 28 set. 2016.

²³ WACHOWICZ, Marcos. **Poder Constituinte e Transição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 165-166.

²⁴ SOUZA, Rainer. **Eleições de 1985**. Brasil Escola. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/historiab/eleicoes-1985.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

²⁵ WACHOWICZ, *op.cit.*, p. 168.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

assume interinamente no dia seguinte.²⁶

Passados seis dias, morria Tancredo Neves. Sarney assumia oficialmente a presidência da República. Em junho de 1985, Sarney envia ao Congresso Nacional o ato convocatório da Assembleia Constituinte. Culminou, esse ato, na Emenda Constituinte n. 26/85, promulgada em novembro do mesmo ano pelo Legislativo. Ela convocava a Constituinte nos termos:

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

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

Art. 3º. A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte²⁷.

Além disso, o então presidente criou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em julho de 1985, para auxiliar nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, escolhendo livremente 50 nomes que a compuseram.²⁸

No dia 15 de Novembro de 1986 se realizou a eleição para a Assembleia Nacional Constituinte (deputados federais e senadores) e para os Executivos estaduais.²⁹

Em 1º de fevereiro de 1987 foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, presidida pelo deputado federal Ulysses Guimarães³⁰. Seus trabalhos se encerraram em 22 de setembro de 1988, com a votação e aprovação do texto constitucional final e em 5 de outubro do mesmo ano era promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil.³¹

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 457.

²⁷ BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/E,c_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁸ BONAVIDES, *Op.cit.*, p. 457.

²⁹ *Ibid.*, p. 458.

³⁰ *Ibid.*, p. 458.

³¹ *Ibid.*, p. 473.

4 SOBREPOSIÇÃO DAS DUAS ORDENS VISTAS: ANÁLISE DA LEGITIMIDADE

Vista e analisada a base teórica e o sumário relato histórico que se resume na linha dos acontecimentos que convergiram para a formação da Assembleia Nacional Constituinte, passa-se a uma sobreposição dessas duas ordens, a fim de identificar os pontos que excedem às margens da legitimidade.

Primeiramente, ao se observar a vontade popular que, amplamente manifesta, ansiava pela democracia, sobretudo no movimento das Diretas Já, não há sombra de dúvidas que o povo queria exercer o Poder Constituinte. Nas palavras de José Afonso da Silva, no início dos anos 80,

o Brasil viveu um momento histórico que a teoria constitucional denomina *situação constituinte*, ou seja, situação que se caracterizaria pela necessidade de criação de normas fundamentais, traduzidas numa nova constituição que consagrasse nova ideia de direito e nova concepção de Estado.³²

O segundo passo, logicamente, é a escolha dos representantes para a produção do novo Texto Constitucional. Pois bem, em que pese a manifestação do Poder Constituinte pelo povo, este último sequer foi consultado para que deliberasse acerca da escolha daqueles que, representando-os, exerceriam o Poder.

No tempo em que tramitou no Congresso Nacional o ato convocatório da Assembleia Constituinte oferecido por Sarney, o parecer do deputado Flavio Bierrembach, baseado em ampla audiência da sociedade, propunha a consulta à população sobre a escolha dos representantes, porém foi duramente criticada e rejeitada.³³ O texto da Emenda Constitucional 26/85 aprovada, decidiria o seguinte: “Art. 1º. Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”³⁴.

³² SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 107-108.

³³ WACHOWICZ, Marcos. **Poder Constituinte e Transição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 183.

³⁴ BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/E,c_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Dessa forma, exerceria os poderes constituintes o Congresso Nacional. Com isso, fica evidente o atropelamento do desenvolver de um legítimo processo de manifestação do Poder Constituinte ao se ignorar e desrespeitar a vontade soberana do povo. A par disso, continua-se. Sobre o mesmo art.1º da EC/26, há ainda diversos pontos críticos.

No primeiro ponto, questiona-se sobre o fato de a Assembleia Constituinte ser congressional e não exclusiva. Isso porque o Poder Legislativo não pode se sobrepor ao Constituinte, pois é este último que estabelece o Legislativo, se bem entender.³⁵ Se o contrário ocorrer, é óbvio que um Congresso Constituinte estampará, de plano, na nova Carta, tudo aquilo que lhe convém³⁶, se sujeitando antes aos seus caprichos e às lideranças políticas do seu tempo, do que à vontade livre e soberana do povo.

Aqui fica clara a ausência da autonomia do Poder Constituinte. Ora, se ser autônomo, conforme o Dicionário Michaelis, é ser “livre de poder externo, que se governa por leis próprias”³⁷, esta autonomia não existe, vez que a Assembleia Constituinte será tendenciosa a certos parâmetros pré-estabelecidos, em consequência da ausência de uma Assembleia exclusiva.

No segundo ponto, embora existente a consciência sobre o caráter Constituinte daquela eleição, o processo foi feito na mesma forma das eleições ordinárias do Legislativo Federal, ou seja, sob a égide da eleição dos deputados federais e senadores da Constituição vigente na época, a de 1967. Logo, se o exercício do Poder Constituinte é feito segundo as condições do direito anterior, e, portanto, respeitando-o, não se fala nem em incondicionalidade, nem em ilimitabilidade do desse poder.

Ainda nessa mesma esteira, o terceiro ponto concentra-se no fato de que dentre aqueles que exerceriam a representação do povo para a elaboração da Carta Magna, estavam os “senadores biônicos” com mandato até 1990, que foram eleitos em 1982 pelo Colégio Eleitoral³⁸ e não pelo povo, como visto anteriormente neste trabalho. Mesmo que fossem eleitos pelo povo, ainda assim, seria sem a consciência

³⁵ BARROSO, Pécio Henrique. **Constituinte e Constituição**: participação popular e eficácia constitucional. Curitiba: Juruá, 1999, p. 91.

³⁶ WACHOWICZ, Marcos. **Poder Constituinte e Transição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000, p.184.

³⁷ MICHAELIS. **Dicionário prático da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 99.

³⁸ BARROSO, *op.cit.*, p. 94-95.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

de que exerceriam poderes constituintes. Dessa forma, não possuíam legitimidade alguma para representarem o povo na Constituinte.

A próxima questão a ser analisada, é o meio pelo qual o novo Texto Constitucional foi aprovado. Segue outra parcela do ato convocatório: “Art. 3º. A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte”.

Logo, o texto foi amplamente discutido e votado, obedecendo aos estritos parâmetros delineados pela Constituição de 1967 para a aprovação de uma Emenda Constitucional qualquer, ferindo novamente a ilimitabilidade. Curioso destacar que o quórum foi diminuído: de 2/3 para maioria absoluta. Nessa linha, Manoel Gonçalves expressa que

A ordem constitucional vigente no País é, portanto, resultado de reforma da Constituição anterior, estabelecida com restrita obediência às regras então vigentes, mas que, por resultar num texto totalmente refeito e profundamente alterado, deu origem a uma nova Constituição.³⁹

Ressalta-se ainda, que embora a população brasileira, votaria, conscientemente, pela eleição do Poder Constituinte nas eleições de 1986, Pêrsio Henrique afirma que “o tema da Assembleia Nacional Constituinte, quando muito, ficou relegado a segundo plano”⁴⁰, vez que a concomitância das eleições Constituintes com a eleição dos próprios deputados federais e senadores, bem como com a dos Executivos Estaduais, fez com que muito se falasse nos feitos e propostas dos partidos, como, por exemplo o Plano Cruzado.⁴¹

Por fim, o último atributo a ser analisado é a inicialidade, ou seja, a qualidade de instaurar uma nova ordem jurídica no país. A Constituição de 1967, elaborada dentro do regime Militar, não tinha outra função senão “legitimar o regime militar pondo fim a inconstitucionalidade dos atos institucionais baixados pelo novo

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴⁰ BARROSO, Pêrsio Henrique. **Constituinte e Constituição**: participação popular e eficácia constitucional. Curitiba: Juruá, 1999, p. 97.

⁴¹ *Ibid.*, p 96.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

governo”⁴². Devido a sua feição não democrática, pode-se concluir que, em que pese os vícios já identificados, o Poder Constituinte é inicial, pois funda uma ordem jurídica baseada na democracia.

Com essas objeções encontradas, percebe-se a ausência dos requisitos do Poder Constituinte Originário, que foram expostos na parte inicial deste trabalho. Embora inicial, se não é autônomo, ilimitado, incondicionado, não pode ser considerado originário. Antes, aproxima-se do conceito de Poder Constituinte Derivado que, apenas não possuía as limitações impostas pela Constituição anterior, como bem assinala o ilustre doutrinador Manoel Gonçalves: “tivemos, assim, na convocação da Assembleia Nacional Constituinte, manifestação do Poder Constituinte Derivado, apenas libertado das limitações materiais e circunstanciais que lhe eram impostas”⁴³.

Na mesma esteira, o ilustre pensamento de José Afonso da Silva aduz:

O procedimento de convocação da Constituinte importava deformações da vontade popular, pois, em verdade, não se convocou a Assembleia Nacional Constituinte. A rigor, o que se fez, pela Emenda Constitucional 26 de 27.11.1985, foi convocar instituições constituídas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, inclusive com senadores biônicos, para elaborar a nova constituição. Não era uma autêntica Assembleia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte⁴⁴.

A ideia aposta acima corrobora com as principais objeções apontadas durante este trabalho, permitindo, sem dúvidas, que o leitor chegue a uma conclusão com propriedade e embasamento.

5 CONCLUSÃO

É preciso atentar ao fato de que os defeitos já apontados ocorreram dessa forma em virtude de uma transição claramente manipulada pelo regime que estava no poder, e isso, apesar de não justificar os deslizes cometidos na elaboração da

⁴² TRAMARIM, Eduardo. **Constituição promulgada de 1967**: Constituição que buscou legitimar o governo militar autoritário. 2006. Disponível em: 7. Acesso em: 1 out. 2016.

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 108.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Constituição de 1988, constitui-se num aspecto de relevada importância para entender a dinâmica desses fatos. Chega até ser contraditório o fato de uma transição tipicamente conservadora entre um regime totalitário e uma democracia serem controlados pelo mesmo regime totalitário e ainda assim, ser livre de vícios.

Dessa forma, no processo de formulação, manifestação e exercício do Poder Constituinte, sob o ponto de vista formal, ficam evidentes uma série de falhas que comprometem a possível aferição de Poder Constituinte Originário. Como já explicitado anteriormente, tal processo assume uma feição mais próxima daquilo que se considera como Poder Constituinte Derivado. E é essa a conclusão deste trabalho.

Apesar disso, essa sequência lenta, defeituosa, intrincada e complexa de eventos que culminaram na elaboração da Constituição de 1988 permitiu um acerto: a ampla manifestação popular do anseio constituinte que culminou num texto verdadeiramente democrático⁴⁵.

A expressão do movimento Diretas Já e a realização de audiências públicas pelas comissões da Assembleia Nacional Constituinte, mostraram toda a força e consciência política do povo brasileiro. Conforme José Afonso da Silva, nos trabalhos da Assembleia Constituinte “foram apresentadas cento e vinte emendas populares num total de doze mil assinaturas⁴⁶”. Ao se analisar o texto constitucional hoje vigente, percebe-se uma redação diversa daquela encontrada em outras Constituições brasileiras: os reais anseios da sociedade acolhidos e estampados, sem privilégios às elites conservadoras.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Vitor Amorim de. **Bipartidarismo**: Sistema vigorou durante a ditadura militar. 2014. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/bipartidarismo-sistema-vigorou-durante-a-ditadura-militar.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BARROSO, Pêrsio Henrique. **Constituinte e Constituição**: participação popular e eficácia constitucional. Curitiba: Juruá, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB Editora,

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 480.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 109.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

2004

BRANCO, Poliani Castello. **Anos 60 e 70: ditadura, bipartidarismo e biônicos**. 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/22708.html>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. **Ato Institucional Nº 2**, de 27 de outubro de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. **Ato Institucional Nº 5**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26**, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/E,c_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 6.683** de 28 de agosto de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 29 set. 2016.

BUENO, Eduardo. **Brasil: Uma História: cinco Séculos de um país em construção**. Rio de Janeiro: Leya, 2012

FAVERO, Daniel. **Eleições de 1982 foram o primeiro passo para a redemocratização do país**. 2013. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/politica/eleicoes-de-1982-foram-primeiro-passo-para-redemocratizacao-do-pais,8097552b1be6d310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>. Acesso em: 28 set. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HACK, Érico. **Direito Constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos**. Curitiba: Ibpex, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Leda Beck. São Paulo: Martin Claret, 2012.

MICHAELIS. **Dicionário prático da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Rainer. **Eleições de 1985**. Brasil Escola. Disponível em: <http://brasilescuela.uol.com.br/historiab/eleicoes-1985.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

WACHOWICZ, Marcos. **Poder Constituinte e Transição Constitucional**. Curitiba:
Juruá, 2000.