

V ENAM 2026

INTENSIVO **ENAM**



**EXAME NACIONAL
DA MAGISTRATURA**

PÓS-EDITAL

Direito Constitucional

Poder Constituinte



DIREITO CONSTITUCIONAL**PODER CONSTITUINTE**

Fala, galera. Tudo bem? Iniciaremos agora o ponto sobre Poder Constituinte, que está expresso no seu edital do ENAM.

Há diversos conceitos e classificações acerca do Poder Constituinte. Primeiro, precisamos saber que ele se desdobra em 1) originário; 2) derivado; 3) difuso; 4) supranacional.

O originário tem dois desdobramentos: a) histórico e b) revolucionário.

O derivado também tem seus desdobramentos: a) reformador; b) decorrente e c) revisor.

Certo, mas essas divisões podem ter causado uma confusão na sua cabeça. Por isso, para facilitar a sua compreensão, recomendamos que dedique alguns minutos analisando o organograma abaixo:



Imagem extraída da obra: Lenza, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*/Pedro Lenza. – Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 153.

Feitas essas considerações, abordaremos inicialmente o Poder Constituinte Originário. Vamos lá.

1. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O Poder Constituinte Originário (que algumas vezes será mencionado neste material através da sigla PCO) é também chamado de **inicial, inaugural, genuíno ou de 1º grau**.

Pedro Lenza, que possui uma obra didática e objetiva sobre temas ligados ao Direito Constitucional, define o Poder Constituinte Originário como “*aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente*”.¹

¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado* – Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 154.

Nesse mesmo sentido, Marcelo Novelino lembra que “o adjetivo "originário" é empregado para diferenciar o poder criador de uma nova Constituição daqueles instituídos para alterar o seu texto (Poder Constituinte Derivado) ou para elaborar as Constituições dos Estados-membros da federação (Poder Constituinte Decorrente). Em suas próprias palavras: “O Poder Constituinte Originário pode ser definido, portanto, como um poder político, supremo e originário, responsável por estabelecer a Constituição de um Estado”.²

Parte da doutrina estabelece subdivisões para o Poder Constituinte Originário.

Nos dizeres de Pedro Lenza (2020, p. 155), o PCO pode ser subdividido em **histórico** (ou fundacional) e **revolucionário**. Veja-se:

(...) **Histórico** seria o verdadeiro poder constituinte originário, estruturando, pela primeira vez, o Estado. **Revolucionário** seriam todos os posteriores ao histórico, rompendo por completo com a antiga ordem e instaurando uma nova, um novo Estado.

Marcelo Novelino, por sua vez, traz outras subdivisões/espécies para PCO, além daquelas já trabalhadas por Pedro Lenza. São elas: “Poder Constituinte material”; “Poder Constituinte formal”; “Poder Constituinte Concentrado (ou Demarcado) e “Poder Constituinte Difuso”. É indispensável compreender essas espécies e o que as distingue. Por isso, eis o trecho a seguir, extraído da obra de Novelino:

O Poder Constituinte Material é o responsável por definir o conteúdo fundamental da constituição, elegendo os valores a serem consagrados e a ideia de direito que irá prevalecer. No momento seguinte, essas escolhas políticas são formalizadas no plano normativo pelo **Poder Constituinte Formal**. O Poder Constituinte **Material** precede o **Formal** em dois aspectos: (I) 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 fatos; a legitimidade, a legalidade"; e (II) historicamente, pois o triunfo de certa ideia de direito ou nascimento de certo regime ocorre antes de sua formalização (MIRANDA, 2000).³

Poder Constituinte Concentrado (ou Demarcado) quando o surgimento da constituição resulta da deliberação formal de um grupo de agentes, como no caso das constituições escritas; ou, em **Poder Constituinte Difuso**⁴ quando a constituição é resultante de um **processo informal** em que a criação de suas normas ocorre a partir da tradição de uma determinada sociedade, como ocorre com as constituições consuetudinárias.

² NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. - 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 65.

³ *Ibidem*, p. 66.

⁴ O Poder Constituinte Difuso é também chamado de **MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**.

1.1 CARACTERÍSTICAS DO PCO

As principais características do Poder Constituinte Originário podem ser vistas sob dois aspectos: 1) positivista e 2) jusnaturalista.

Sob o aspecto **positivista**, o PCO tem as seguintes características:

- 1) **inicial**: instaura uma nova ordem jurídica, rompendo com a ordem jurídica anterior;
- 2) **autônomo**: cabe ao próprio PCO definir e estruturar a nova Constituição;
- 3) **incondicionado**: não está submetido a nenhuma regra;
- 4) **ilimitado juridicamente**: não precisa respeitar os limites postos pelo ordenamento anterior.

Porém, como afirma Novelino⁵, o PCO, em um viés **jusnaturalista (o que deve ser defendido em nossas provas abertas)**, tem as seguintes características:

- 1) **incondicionado juridicamente pelo direito positivo**, mas submetido aos princípios do direito natural;
- 2) **permanente**, por não se exaurir com a conclusão de sua obra, isto é, por estar em estado latente; e
- 3) **inalienável**, uma vez que a titularidade é da nação, e esta não pode transferi-la.

É importante destacar que o texto "**O que é o Terceiro Estado?**", escrito pelo Abade *Emmanuel Joseph Sieyes* (decore esse nome para usar nas provas discursivas), teve uma enorme repercussão nos estudos sobre o Poder Constituinte.

Nessa obra, Sieyes (2001) sustenta que **o reconhecimento da vontade comum na opinião da maioria é uma máxima incontestável**. Para o autor, em um de seus aspectos, **o Terceiro Estado é a própria Nação**. Isso porque, **os representantes do Terceiro Estado formam a Assembleia Nacional**. E, uma vez que estes são os verdadeiros depositários da vontade nacional, cabe aos mesmos (os representantes do Terceiro Estado) falar em nome de toda a Nação.⁶

Marcelo Novelino lembra que para a doutrina majoritária, a **titularidade** do Poder Constituinte reside **na soberania do povo** (resposta democrática).

⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. - 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 68.

⁶ *Ibidem*, p. 67.

CAIU NO TJ-PR (Juiz de Direito)-2013-NC-UFPR: 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.⁷

1.2 LIMITES MATERIAIS AO PCO – JORGE MIRANDA

Vimos acima que o Poder Constituinte Originário pode ser visto sob duas óticas: uma **positivista**, onde há plena liberdade para se definir o conteúdo da nova Constituição, e outra **jusnaturalista**, em que há algumas limitações que estão fora do direito positivo.

Com base nessa perspectiva, o professor Jorge Miranda pontua três categorias de limites materiais ao Poder constituinte: **1) transcendentais, 2) imanentes e 3) heterônomos.**

Na tabela abaixo constam esses limites:

LIMITES MATERIAIS SEGUNDO JORGE MIRANDA (citado por Marcelo Novelino)	
LIMITES TRANSCENDENTES	Para Novelino, “os limites transcendentais são aqueles que, advindos de imperativos do direito natural, de valores éticos ou de uma consciência jurídica coletiva, impõem-se à vontade do Estado, demarcando sua esfera de intervenção. Nesse sentido, parte da doutrina sustenta o dever de manutenção, imposto ao Poder Constituinte Originário pelo princípio da proibição de retrocesso, dos direitos fundamentais objeto de consensos sociais profundos ou diretamente ligados à dignidade da pessoa humana”. Novelino, Marcelo. Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino. - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 68.
LIMITES IMANENTES	Os limites imanentes estão relacionados à "configuração do Estado à luz do Poder Constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica." Referem-se a aspectos como a soberania ou a forma de Estado (MIRANDA, 2000). Novelino, Marcelo. Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino. - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 68.
LIMITES HETERÔNOMOS	Os limites heterônomos são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos como, por exemplo, .as obrigações impostas ao Estado por normas de direito internacional. A globalização e a crescente preocupação com os direitos humanos são fenômenos que têm contribuído para relativizar a soberania do Poder Constituinte. Sob essa perspectiva, seria vedado às futuras constituições brasileiras consagrar a pena de morte para além dos casos de

⁷ Gabarito: C.

guerra externa (CF, art. 5.º, XLVII, "a"). **Novelino, Marcelo Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino. - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 68.**

CAIU NO TJ-SP (Juiz de Direito)-2017-VUNESP: Modernamente, pode-se afirmar sobre o Poder Constituinte Originário:

- A) para a preservação da cláusula democrática, o Poder Constituinte Originário deve se submeter a referendo popular.
- B) o Poder Constituinte que se expressa historicamente estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de direito decorrente do processo civilizatório.
- C) como expressão do poder fático, é prévio ao direito constituído e, assim, não se limita por condicionantes pré-constituintes.
- D) o Poder Constituinte é fato essencialmente político e, portanto, insuscetível de condicionantes jurídicos no plano do direito material.⁸

1.3 EXPRESSÕES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Para a doutrina, o PCO pode se expressar de 2 (duas) formas: a) por outorga ou b) por Assembleia Nacional Constituinte (ou por Convenção).

OUTORGA	ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE OU CONVENÇÃO
Para Lenza, a outorga caracteriza-se pela declaração unilateral do agente revolucionário (movimento revolucionário — exemplo: Constituições de 1824, 1937, 1967 e EC nº 1/69, lembrando que a Constituição de 1946 já havia sido suplantada pelo Golpe Militar de 1964 — AI 1, de 09.04.1964). (Pedro Lenza, 2020, p. 157).	Neste caso, nasce da deliberação da representação popular, destacando-se os seguintes exemplos: CF de 1891, 1934, 1946 e 1988 (Lenza, 2020, p. 157). Nesse sentido, cabe destacar o recente processo constituinte chileno, em que a Assembleia Nacional Constituinte foi constituída com paridade de gênero.

1.4 RESUMO SOBRE O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Abaixo, um quadro resumo sobre tudo que vimos acerca do Poder Constituinte Originário.

RESUMO SOBRE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO ⁹	
Conceito	Poder político, supremo e originário, responsável por estabelecer a Constituição de um Estado.
Espécies	- PCO Histórico (Exemplo: Constituição brasileira de 1824)

⁸ **Gabarito: B.**

⁹ Tabela criada tendo como base a obra de Marcelo Novelino, Curso de Direito Constitucional, já citada (2016), e o Curso de Direito Constitucional de Pedro Lenza (2020).



	-PCO Revolucionário (Constituição brasileira de 1937, criada com o propósito de tornar efetiva a Revolução de 1930). - PCO Concentrado/PCO Difuso (mutação constitucional) - PCO Material/PCO Formal
Expressões	a) por outorga ou b) por Assembleia Nacional Constituinte (ou por Convenção).
Fenômeno constituinte	- Criação de novo Estado; - Derrota na guerra; - Revolução (golpe de Estado; insurreição); - Transição constitucional.
Natureza	- Concepção jusnaturalista : Poder jurídico (ou de direito); - Concepção juspositivista : Poder político (ou de fato) .
Características essenciais	- Concepção juspositivista : Inicial, autônomo, incondicionado; - Concepção jusnaturalista (Sieyes): incondicional, permanente, inalienável.
Limites materiais	- Transcendentes; - Imanentes e - Heterônomos.

CAIU NO TJ-CE (Juiz de Direito)-2012-CESPE: 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.¹⁰

CAIU NO TJ-CE (Juiz de Direito)-2012-CESPE: Quando uma nova constituição é criada pelo poder constituinte originário, a jurisprudência reconhece a legitimidade da invocação de direitos adquiridos contrários à constituição em vigor.¹¹

CAIU NO TJ-CE (Juiz de Direito)-2012-CESPE: Embora o STF não admita o controle concentrado de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário, reconhece o controle difuso, considerando sua eficácia apenas para o caso concreto.¹²

2. PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O Poder constituinte derivado (que poderá ser citado ao longo deste material como PCD) é também chamado de instituído, constituído, secundário, de **2º grau** ou remanescente.

Para a doutrina, “o Poder Constituinte Derivado é responsável pelas alterações no texto constitucional segundo as regras instituídas pelo Poder Constituinte Originário. **Caracteriza-se por ser um poder instituído, limitado e condicionado juridicamente.** A Constituição de 1988 estabeleceu a possibilidade de sua

¹⁰ ERRADO.

¹¹ ERRADO.

¹² ERRADO.

manifestação por meio de reforma (CF, art. 60) ou de revisão (ADCT, art. 3º).¹³ Vale lembrar que, por exigir um processo de alteração mais rígido que as leis, entende-se que o Poder Constituinte Derivado é inerente às **Constituições rígidas**.

É bom lembrar que do Poder Constituinte **ORIGINÁRIO** derivam todos os demais, tendo em vista que ele é **INICIAL** e juridicamente ilimitado. Contudo, o PCD divide-se em: a) **reformador**; b) **decorrente**; c) **revisor**.



CAIU NO TJ-CE (Juiz de Direito)-2012-CESPE: O poder constituinte derivado pode alterar os procedimentos de reforma da constituição.¹⁴

Veremos cada um deles nos tópicos a seguir:

2.1 Poder constituinte derivado reformador

É bem simples entender o Poder Constituinte Derivado Reformador. Vimos anteriormente que o PCO (Poder Constituinte Originário) é inicial, pois inaugura uma ordem jurídica (ex.: criação da CF/88).

Desta forma, o Poder Constituinte Derivado Reformador, nas palavras de Pedro Lenza, *“tem a capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução”*.¹⁵

Na tabela a seguir, apresento, de forma esquematizada, as diferenças entre o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado Reformador:

¹³ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. - 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 74.

¹⁴ **ERRADO**.

¹⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 158.

PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR
Ilimitado e incondicionado juridicamente (na perspectiva positivista)	Limitado e condicionado
Inaugura uma nova ordem jurídica	Modifica a ordem jurídica já criada
Ex.: criação da CF/88	Ex.: edição da EC 45/2004

2.2 Limitações ao Poder constituinte derivado reformador

Portanto, pessoal, eu quero que vocês entendam que a manifestação do Poder Constituinte Reformador se dá através das Emendas Constitucionais (arts. 59, I, e 60 da CF/88). Trata-se, portanto, de um poder condicionado, que deve observar algumas limitações, as quais veremos agora.

2.2.1 Limitações temporais

Segundo Novellino, a Constituição de 1988 não impôs limitação temporal ao Poder Constituinte Reformador.

2.2.2 Limitações circunstanciais

De outro lado, o constituinte originário impôs limitações circunstanciais ao Poder Constituinte Reformador. Isso porque, segundo o artigo 60, § 1º da CF/88, a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

2.2.3 Limitações formais

A doutrina divide as limitações formais em **subjetivas** e **objetivas**.

As **limitações formais subjetivas** estão relacionadas à competência para propositura de emendas à Constituição. Nesse sentido, explica Marcelo Novellino (2016, p.74):

(...) A iniciativa para a proposta da emenda é menos ampla que a iniciativa geral das leis (CF, art. 61), sendo o Presidente da República o único legitimado para apresentar proposta em ambos os casos. A Constituição poderá ser emendada, ainda, mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (CF, art. 60, incisos I a III).¹⁶

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. - 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 74.

As **limitações formais objetivas**, por outro lado, dizem respeito ao processo de discussão, votação, aprovação e promulgação das propostas de emenda. No que tange a este aspecto, afirma Novelino (2016, p. 76):

(...) Por se tratar de uma Constituição rígida, o processo legislativo das emendas (CF, art. 60) é mais dificultoso que o processo legislativo ordinário (CF, art. 47). A proposta de emenda deve ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, sendo necessário o voto de três quintos (60%) dos membros da Câmara e do Senado para sua aprovação (CF, art. 60, § 2.º).

Temos, portanto, as seguintes conclusões:

LIMITAÇÕES FORMAIS	
SUBJETIVAS	OBJETIVAS
Relacionadas à competência para propositura de emendas à Constituição.	Dizem respeito ao processo de discussão, votação, aprovação e promulgação das propostas de emenda.
Iniciativa de 1/3 dos membros da Câmara ou do Senado; Presidente da República; ou mais de 50% das Assembleias Legislativas, pela maioria relativa de seus membros.	3/5 dos membros da Câmara e do Senado (quórum de aprovação); 2 turnos de votação; promulgação pelas mesas da Câmara e do Senado; impossibilidade de reapresentação da matéria rejeitada na mesma sessão legislativa.

2.2.4 Limitações materiais

Já vimos as chamadas limitações formais ao Poder Constituinte Derivado Reformador, que se subdividem em formais objetivas e subjetivas. Agora, veremos as limitações materiais deste poder.

CAIU NO TJ-BA (Juiz de Direito)-2019-CESPE: A limitação material negativa ao poder constituinte dos estados federados se manifesta no dever de concretizar, no nível estadual, os preceitos da CF.¹⁷

2.2.4.1 Cláusulas pétreas expressas

A primeira limitação material encontra-se no art. 60, § 4º da Constituição Federal: são as chamadas cláusulas pétreas. Veja-se:

Art. 60, § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda **tendente a abolir**:

I - a forma federativa de Estado;

¹⁷ ERRADO.

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

É bom lembrar que quando a Constituição utiliza a expressão “tendente a abolir”, não se deve entender como uma vedação absoluta da alteração do texto. A expressão deve ser interpretada no sentido de preservar o núcleo essencial que a Constituição visa proteger.

Segundo Novellino (2016, p.79), “o voto direto, secreto, universal e periódico é a única cláusula pétrea cujo conteúdo está protegido de forma específica, embora na redação do dispositivo a palavra voto tenha sido empregada não apenas em sua acepção própria, mas também no sentido de sufrágio e de escrutínio. O sufrágio é a essência do direito político e consiste na capacidade de eleger, ser eleito e, de uma forma geral, participar da vida política do Estado; o voto é o exercício deste direito; o escrutínio, o modo como o exercício se realiza. A rigor, portanto, universal é o direito sufrágio, e secreto é o escrutínio”.¹⁸

Observando o inciso IV do art. 60, § 4º, a gente percebe que a proibição se dá penas quanto aos direitos e garantias **individuais**¹⁹. Portanto, de acordo com a letra da Constituição, se excluiria do rol de cláusulas pétreas expressas os direitos e garantias **coletivos**, como o caso do direito de reunião, por exemplo.

Contudo, interpretando extensivamente, há quem defenda que todos os direitos e garantias fundamentais, e não apenas os individuais, foram consagrados como cláusulas pétreas. O professor Marcelo Novellino entende que essa não é a interpretação mais adequada.

Por outro lado, pode o Poder Constituinte Derivado Reformador criar novas cláusulas pétreas? Veja o que diz o professor Marcelo Novellino (2016, p.82) sobre o tema:

[...] Não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo" (MENDES et alii, 2007). Diante desse quadro, um novo direito individual produzido por emenda ou por um tratado internacional de direitos humanos, estaria definitivamente protegido contra alterações subsequentes ou poderia ser livremente abolido do texto constitucional? A Constituição estabelece que “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais*” (CF, art. 60, § 4º, IV). A partir do momento em que um direito dessa espécie é contemplado, qualquer deliberação futura tendente a aboli-lo encontraria vedação expressa no texto constitucional. Nesse caso, portanto, há uma exceção à regra geral. Vale dizer: embora não seja admissível ao Poder Derivado Reformador impor cláusulas pétreas a si mesmo, no

¹⁸ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. - 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 79.

¹⁹ É bom lembrar que os direitos e garantias individuais estão espalhadas por diversos locais da CF/88.

caso de direitos e garantias individuais, é expressamente vedada deliberação sobre qualquer proposta de emenda tendente a abolir os novos direitos.²⁰

Cabe destacar, que as cláusulas pétreas têm como objetivo preservar a estabilidade do Estado. E, no Brasil, a existência deste rol de cláusulas está diretamente ligado ao contexto histórico no qual fora promulgada a Constituição. Nesse sentido, afirma Anderson S'antana Pedra:²¹

Dessa forma, quando a Constituição dificulta e até mesmo proíbe a produção de suas emendas, é porque está a pugnar por sua própria estabilidade. É o que ocorre com a atual Constituição brasileira. A Carta Magna de 1988 é o coroamento jurídico-formal da superação do movimento armado de 1964, com caráter ideológico de centrado elitismo social e instrumentação por via das Forças Armadas, o que persistiu por 20 anos. Assim, o constituinte de 1987-1988 tinha o desafio de implantar um Estado que fosse a antítese da ditadura. Além disso, o constituinte teve receio de deixar certas matérias a cargo do legislador ordinário, que procurou ainda dificultar a função reformadora da própria Constituição.

A CRFB/88 é fruto da mobilização da sociedade civil e dos movimentos sociais, sendo considerado um texto avançado para época, sobretudo, no que tange a garantia de direitos sociais. Assim, o medo do retrocesso ao cenário que se tinha antes (na Ditadura Militar) permeou a elaboração do texto constitucional e a criação do rol de cláusulas pétreas.

CAIU NO TJDF (Juiz de Direito)-2007-Banca Própria: As cláusulas pétreas têm por finalidade última a preservação da redação de uma norma constitucional.²²

2.2.4.2 Cláusulas pétreas implícitas

Parte da doutrina aceita a existência de cláusulas pétreas implícitas, que são aqueles que, embora não estejam previstas expressamente no art. 60, § 4º, CF/88, decorrem de outros dispositivos constitucionais.

Por exemplo, se você olhar o art. 60, § 4º, CF/88, vai notar que não há vedação quanto à mudança/alteração do sistema presidencialista e à forma republicana de governo, mas tão somente quanto à forma federativa de Estado.

Contudo, como bem lembra Marcelo Novelino (2016, p. 83): "Ivo Dantas (2004) defende a impossibilidade de alteração do sistema presidencialista e da forma republicana de governo, sob a alegação de terem sido submetidos a plebiscito para se tornarem definitivos (ADCT, art. 2º). A previsão de realização do plebiscito é interpretada como "uma transferência, por parte do constituinte e em favor do povo, da decisão soberana sobre aqueles dois assuntos".

²⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. - 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 82.

²¹ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A CONSTITUIÇÃO VIVA – Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2005, p. 88.

²² ERRADO. A finalidade é impor um limite material e não a preservação da redação.

CAIU NO TJ-PB (Juiz de Direito)-2015-CESPE: O poder constituinte de reforma está sujeito a limitações materiais que podem estar presentes nas denominadas cláusulas pétreas implícitas. ²³

2.2.4.4 Limitações impostas ao Poder constituinte derivado reformador

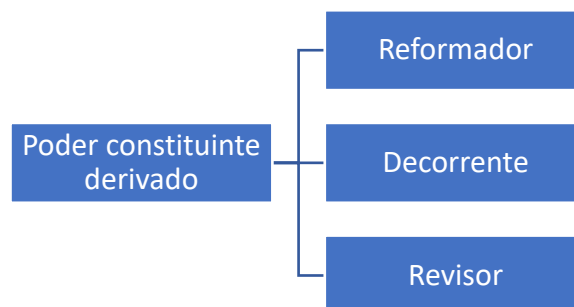
Veja o que traz o art. 3º do ADCT:

ADCT, art. 3.º A revisão constitucional será realizada **após 5 anos**, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

A revisão exposta no artigo supra é considerada, pela doutrina, uma via extraordinária e transitória de alteração do texto constitucional (ADCT, art. 3.º). Assim, como a Constituição foi promulgada em 1988, a eficácia desta norma já se exauriu, pelo transcurso do tempo. É justamente isto que afirma Novelino (2016, p. 84): “a **revisão** possuía uma **limitação temporal de 5 anos**, contados a partir de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição. Por ter sido consagrada em uma norma constitucional transitória, cuja eficácia se exauriu com sua aplicação, a possibilidade de novas revisões constitucionais tem sido descartada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.²⁴

2.3 Poder constituinte derivado decorrente

Como já dito, o Poder Constituinte Derivado possui três ramificações: a) reformador; b) decorrente e c) revisor. Essas ramificações estão expostas no organograma a seguir:



Nos tópicos anteriores, estudamos o Poder Constituinte Derivado **Reformador**. Agora, portanto, veremos o Poder Constituinte Derivado Decorrente.

Sobre este poder, Pedro Lenza (2020, p.19) afirma que: “o poder constituinte derivado **decorrente**, assim como o reformador, por ser derivado do originário e por ele criado, é também jurídico e encontra os seus parâmetros de manifestação nas regras estabelecidas pelo originário. Sua missão é estruturar a Constituição dos Estados-Membros ou, em momento seguinte, havendo necessidade de adequação e

²³ CERTO.

²⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 84.



reformulação, modificá-la. Tal competência decorre da capacidade de autoorganização estabelecida pelo poder constituinte originário”.

Portanto, o Poder Constituinte Derivado Decorrente está diretamente ligado à capacidade que os Estados da federação possuem de se auto-organizarem, isto é, de criarem e editarem suas próprias Constituições, desde que **observado o princípio da simetria**, isto é, desde que as Constituições criadas não entrem em conflito com o texto e princípios da CRFB/88

Nesse sentido, surge o seguinte questionamento: existe Poder Constituinte Derivado Decorrente, no âmbito do **Distrito Federal**?

Segundo a doutrina majoritária, **sim**.

[...] Argumenta-se, em síntese, que a Lei Orgânica distrital, além de retirar seu fundamento de validade diretamente da Constituição da República, tem a natureza de verdadeira "constituição", característica reforçada pela possibilidade de servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade concentrado exercido pelo Tribunal de Justiça.²⁵

E no âmbito dos **Municípios**?

Neste caso, a doutrina majoritária se inclina **em não admitir**.

“[...] O principal argumento contrário à existência de um Poder Constituinte Decorrente nesta esfera federativa é a subordinação da Lei orgânica municipal à constituição do respectivo Estado. Com base nesse fundamento, Dirley da Cunha Jr (2008c) considera não se poder "cogitar a existência de um poder decorrente do poder decorrente." No mesmo sentido, Pedro Lenza (2011) cita o entendimento de Noemia Porto, para quem "o poder constituinte derivado decorrente deve ser de **segundo grau**", isto é, deve ter a Constituição Federal como fundamento direto de Legitimidade, **o que não acontece com o poder encarregado de elaborar a Lei orgânica dos Municípios.**”²⁶

O art. 25, *caput*, da CF/88, estabeleceu que *“os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”*. Assim, quais seriamos princípios a que o constituinte faz referência, no art. 25, da CRFB/88?

²⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. - 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 72.

²⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. - 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.72.

O Professor Pedro Lenza, citando Uadi Lammêgo Bulos, fixa como limites à manifestação do Poder Constituinte Derivado Decorrente: os princípios constitucionais **sensíveis**, os princípios constitucionais **estabelecidos (organizatórios)** e os princípios constitucionais **extensíveis**:²⁷

Na tabela a seguir, consta a definição teórica dos referidos princípios, sendo citados também alguns exemplos:

Limites à manifestação do poder constituinte derivado decorrente	
Princípios constitucionais sensíveis:	Terminologia adotada por Pontes de Miranda; encontram-se expressos na Constituição, daí serem também denominados princípios apontados ou enumerados. Nesse sentido, os Estados-Membros, ao elaborar as suas constituições e leis, deverão observar os limites fixados no art. 34, VII, “a-e”, da CF/88, sob pena de, declarada a inconstitucionalidade da referida norma e a sua suspensão insuficiente para o restabelecimento da normalidade, ser decretada a intervenção federal no Estado.
Princípios constitucionais estabelecidos (organizatórios):	Segundo Bulos, “... são aqueles que limitam, vedam, ou proíbem a ação indiscriminada do Poder Constituinte Decorrente. Por isso mesmo, funcionam como balizas reguladoras da capacidade de auto-organização dos Estados (...) podem ser extraídos da interpretação do conjunto de normas centrais, dispersas no Texto Supremo de 1988, que tratam, por exemplo, da repartição de competência, do sistema tributário nacional, da organização dos Poderes, dos direitos políticos, da nacionalidade, dos direitos e garantias individuais, dos direitos sociais, da ordem econômica, da educação, da saúde, do desporto, da família, da cultura etc.”. O autor os divide em três tipos: a) limites explícitos vedatórios: proíbem os Estados de praticar atos ou procedimentos contrários ao fixado pelo poder constituinte originário — exs.: arts. 19, 35, 150, 152, ou limites explícitos mandatórios: restrições à liberdade de organização — exs.: arts. 18, § 4.º, 29, 31, § 1.º, 37 a 42, 92 a 96, 98, 99, 125, § 2.º, 127 a 130, 132, 134, 135, 144, IV e V, §§ 4.º a 7.º; b) limites inerentes: implícitos ou tácitos, vedam qualquer possibilidade de invasão de competência por parte dos Estados-Membros; c) limites decorrentes: decorrem de disposições expressas. Exs.: necessidade de observância do princípio federativo, do Estado Democrático de Direito, do princípio republicano (art. 1.º, caput); da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III); da igualdade (art. 5.º, caput); da legalidade (art. 5.º, II); da moralidade (art. 37), do combate a desigualdades regionais (art. 43) etc.
Princípios constitucionais extensíveis:	Na conceituação de Bulos, “são aqueles que integram a estrutura da federação brasileira, relacionando-se, por exemplo, com a forma de investidura em cargos eletivos (art. 77), o processo legislativo (arts. 59 e s.), os orçamentos (arts. 165 e s.), os preceitos ligados à Administração Pública (arts. 37 e s.) etc.”.

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 159.

2.4 Poder constituinte derivado revisor

Pois bem. Vimos o Poder Constituinte Derivado Reformador, depois o Decorrente, e agora chegamos na última espécie do Poder Constituinte Derivado: o Revisor. Então vamos lá!

O Poder Constituinte Revisor também é condicionado e limitado ao que fora estabelecido pelo Poder Constituinte Originário. Pedro Lenza (2020, p. 162) lembra que *“melhor seria a utilização da nomenclatura **competência de revisão**, na medida em que não se trata, necessariamente, de um “poder”, uma vez que o processo de revisão está limitado por uma força maior que é o poder constituinte originário”*.

Isso porque, segundo o mesmo autor, *“o art. 3.º do ADCT introduziu verdadeira competência de revisão para “atualizar” e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessárias, não estando a aludida revisão vinculada ao resultado do plebiscito do art. 2.º do ADCT (que admitia a volta à monarquia e ao parlamentarismo). Como o próprio texto constitucional prescreve, após 5 anos, contados de 05.10.1988, seria realizada uma revisão na Constituição. Desde já observamos que referida revisão constitucional deveria dar-se após, pelo menos, 5 anos, podendo ser 6, 7, 8... e apenas uma única vez, sendo impossível uma segunda produção de efeitos”*.²⁸

Repetimos ao já mencionado art. 3º, do ADCT:

Art. 3.º do ADCT: A revisão constitucional será realizada **após 5 anos**, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em **sessão unicameral**.

3. PODER CONSTITUINTE DIFUSO

Um tema importante e atual sobre Poder Constituinte é o Poder Constituinte Difuso. Mas, afinal, o que seria esse “Poder Constituinte Difuso”?

Não se trata ainda de controle de constitucionalidade. Na verdade, a maioria dos autores/as tem entendido que o Poder Constituinte Difuso é um poder de **fato**, que serve de fundamento para os mecanismos de atuação da mutação constitucional (Pedro Lenza, 2020).

Nesse sentido as lições de Pedro Lenza:

Se por um lado a mudança implementada pelo poder constituinte derivado reformador se verifica de modo formal, palpável, por intermédio das emendas à Constituição, a modificação produzida pelo poder constituinte difuso se instrumentaliza de modo informal e espontâneo, como verdadeiro poder de fato, e que decorre dos fatores sociais, políticos e econômicos, encontrando-se em estado

²⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 162.

de latência. Trata-se de processo informal de mudança da Constituição, alterando-se o seu sentido interpretativo, e não o seu texto, que permanece intacto e com a mesma literalidade.²⁹

A mutação constitucional a expressão do Poder Constituinte Difuso. E, no poder difuso não há a criação formal de emenda à Constituição. O que ocorre, na verdade, é uma mudança de sentido interpretativo da norma (e não em seu texto, permanecendo este com a mesma redação). Lembre-se disso na sua prova!

CAIU NO TJ-RN (Juiz de Direito)-2013-CESPE: No que concerne ao poder constituinte, à mutação constitucional, à interpretação constitucional e à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, assinale a opção correta.

- A) O princípio interpretativo da correção funcional, derivado do cânone hermenêutico da unidade da constituição, autoriza o intérprete máximo da constituição, quando necessário, a interpretar seus dispositivos de maneira tal que altere o esquema organizatório-funcional nela estabelecido.
- B) As normas de eficácia contida não são consideradas normas autoexecutáveis, em razão da possibilidade de serem restringidas por deliberação do legislador infraconstitucional.
- C) A mutação constitucional ocorre quando, em virtude de evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou por força do predomínio de nova visão jurídica, altera-se a interpretação dada à constituição, mas não o seu texto.
- D) O poder constituinte de reforma da constituição inclui o poder de emenda, mas não abrange o poder de revisão de seu texto.
- E) O método hermenêutico-concretizador de interpretação constitucional embasa-se na técnica do pensamento problemático, que consiste em interpretar a norma constitucional a partir do caso concreto.³⁰

4. PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL

A doutrina entende que o Poder Constituinte Supranacional “*busca a sua fonte de validade na cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos, na vontade de integração e em um conceito remodelado de soberania*”.³¹

Neste caso, o titular deste poder não é o povo de um Estado em si, mas o cidadão (considerado como cidadão universal), uma vez que cada Estado cede uma parcela de sua soberania para que uma Constituição comunitária seja criada. **É a discussão que envolve, por exemplo, a União Europeia e, em menor escala, o Mercosul.**

Segundo o Professor Jonatas Machado, a União Europeia é como uma “*comunidade paraestadual supranacional*”. Não se pode afirmar que é um verdadeiro Estado, mas está muito próxima de um Estado de tipo federal.

²⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 163.

³⁰ **Gabarito: C.**

³¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 426, E-book.



Alguns traços afastam a qualificação como Estado ou Federação, dentre eles: não possuir soberania originária; não pode declarar a guerra ou fazer a paz, os Estados mantêm um amplo quadro de competências, podendo manter a sua própria política externa, dentre outras.

De outro lado, as características que aproximam a UE de um Estado ou Federação são: quadro institucional próprio, que exerce poderes legislativos, executivos e judiciais, ordem jurídica autônoma, face aos direitos nacionais e ao direito internacional, dentre outras.

Cabe destacar que o direito originário da UE tem natureza constitucional. Existe uma repartição de competências concorrentes entre a UE e os Estados Membros (não se aplica às competências exclusivas nem de uma, nem de outros). A ideia é preservar, em alguma medida, a soberania dos Estados e preservar as identidades regionais. Mas, uma vez que o Estado adere a UE, ele deve seguir as diretivas criadas pela UE, que sejam de sua competência.

Nesse sentido, existe o Tribunal de Justiça da EU, que pode controlar o respeito pelos princípios das competências da União. Em suma, segundo Maurício A. Rodrigues *“o poder constituinte supranacional “faz as vezes do poder constituinte porque cria uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados ou adere ao direito comunitário de viés supranacional por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Da mesma forma, e em segundo lugar, é supranacional, porque se distingue do ordenamento positivo interno assim como do direito internacional”*.³²

5. NOVA CONSTITUIÇÃO E ORDEM JURÍDICA ANTERIOR

Pessoal, finalizamos o ponto sobre o Poder Constituinte em si. No entanto, para que o nosso estudo fique absolutamente completo, precisamos entender de alguns detalhes sobre o que acontece com as normas produzidas pela Constituição anterior, quando uma nova Constituição é editada.

O questionamento que guiará o próximo tópico é o seguinte: O que aconteceu com as normas anteriores à Constituição de 1988, quando esta fora editada? Isso é o que estudaremos agora.

5.1 O FENÔMENO DA RECEPÇÃO

Certamente você já ouviu falar na seguinte frase: “o STF entendeu que aquela norma não foi recepcionada pela Constituição de 1988”.

Mas você consegue entender o porquê? Vamos lá!

Imagine o seguinte: o Código Penal brasileiro foi editado em 1940, portanto, anterior à Constituição de 1988. Tudo bem.

³² RODRIGUES, Maurício A. **Poder constituinte supranacional: esse novo personagem**, p. 96, *apud* Kildare G. C., Direito constitucional, p. 276-277)

Assim, caso exista alguma incompatibilidade de uma norma editada originariamente no Código Penal (de 1940) com a Constituição de 1988, o STF poderá declará-la inconstitucional? A resposta é não.

Na verdade, como o Código Penal (de 1940) foi editado sob a égide de uma outra Constituição. Portanto, o parâmetro não pode ser a Constituição de 1988. Daí não posso dizer que essa norma é inconstitucional, até porque ela é anterior à Constituição. Entende? No entanto, uma vez que a norma é contrária à Constituição de 1988, eu posso dizer que essa norma não foi recepcionada pela Constituição.

Em suma, embora as normas anteriores à Constituição não possam ser declaradas inconstitucionais, elas podem **NÃO SER RECEPCIONADAS**. Assim, não terão eficácia!

Inclusive, como bem lembra a doutrina, *“inadmite-se a realização de controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI), por falta de previsão no art. 102, I, “a”, da CF/88. O controle de constitucionalidade pressupõe a existência de relação de contemporaneidade entre o ato normativo editado e a Constituição tomada como parâmetro ou paradigma de confronto (ADI 7, Pleno, j. 07.02.1992). Deve-se destacar desde já, contudo, que, apesar de não ser cabível o aludido controle de constitucionalidade concentrado pela via da ação direta de inconstitucionalidade genérica, será perfeitamente cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental — ADPF, introduzida pela Lei n. 9.882/99.41”³³*

Em resumo, quando uma nova Constituição é editada, todas as normas que forem incompatíveis com esta serão revogadas (como vimos, por ausência de recepção, e não por inconstitucionalidade).

Por outro lado, é importante lembrar que a norma infraconstitucional pré-constitucional, que não contrariar **materialmente** a Constituição, será recepcionada. Essa norma pode, inclusive, adquirir outra natureza jurídica, como foi o caso do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66). Isso porque, a Constituição de 1988 exigia que a temática tributária fosse tratada por Lei Complementar. Todavia, o CTN possuía natureza jurídica de Lei Ordinária, sendo recepcionado pela nova ordem como uma Lei Complementar.

Veja que não se trata de uma incompatibilidade material. Trata-se de uma distinção no aspecto formal, ligado ao modo de aprovação da lei. Vamos relembrar? Enquanto a Lei Complementar irá regulamentar matérias reservadas a ela pela CRFB/88, necessitando de quórum de aprovação de maioria absoluta; a Lei ordinária pode abordar quaisquer matérias, desde que não estejam reservadas à LC, com quórum de aprovação de maioria simples/relativa.

5.2 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

Precisamos entender que, hoje, a inconstitucionalidade superveniente ganha duas acepções.

Em uma **acepção tradicional**, a inconstitucionalidade superveniente significa que a lei ou ato normativo, impugnado por meio de (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), deve ser posterior ao texto

³³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, E-book.

da CRFB/88, que é invocado como parâmetro. Assim, se a lei ou ato normativo for anterior à CRFB/88 e incompatível com o texto constitucional, não se pode dizer que há uma inconstitucionalidade. Nesse caso, o que existe, como já dito, é a não-recepção da lei pela Constituição atual.

Logo, afirma-se que no Brasil não existe o fenômeno da inconstitucionalidade, eis que as leis anteriores à CRFB/88, que sejam incompatíveis com esta, são consideradas **NÃO RECEPCIONADAS** e não inconstitucionais.³⁴ Temos que fixar isso!

Porém, como esclarece Márcio André Cavalcante, em uma **acepção moderna**, a inconstitucionalidade superveniente “significa que uma lei ou ato normativo que foi considerado constitucional pelo STF pode, com o tempo e as mudanças verificadas no cenário jurídico, político, econômico e social do país, tornar-se inconstitucional em um novo exame do tema.

Assim, de acordo com esse entendimento, a inconstitucionalidade superveniente ocorreria quando ocorre quando a lei (ou ato normativo) se torna inconstitucional em razão das mudanças ocorridas na sociedade, com o decorrer do tempo. Não há aqui, portanto, uma sucessão de Constituições, mas sim uma mudança de cultura, práticas sociais, etc. Em suma, quanto a CRFB/88 foi promulgada, a lei era compatível, mas, com o tempo, em razão das mudanças sociais, acabou se tornando incompatível com o mesmo texto constitucional.

Essas informações estão resumidas no quadro a seguir:

INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE	
Acepção tradicional (entrada em vigor de uma nova CF e leis anteriores incompatíveis)	Acepção moderna (lei que sofreu um processo de inconstitucionalização)
Significa que a lei ou ato normativo impugnado por meio de ADI deve ser posterior ao texto da CF/88 invocado como parâmetro. Assim, se a lei ou ato normativo for anterior à CF/88 e com ela incompatível, não se pode dizer que há uma inconstitucionalidade. Nesse caso, o que existe é a não-recepção da lei pela Constituição atual. Logo, nesse sentido, afirma-se que não existe no Brasil inconstitucionalidade superveniente para se explicar que a lei anterior à 1988 e que seja contrária à atual CF não pode taxada como “inconstitucional”.	Significa que uma lei ou ato normativo que foi considerado constitucional pelo STF pode, com o tempo e as mudanças verificadas no cenário jurídico, político, econômico e social do país, tornar-se inconstitucional em um novo exame do tema. Assim, inconstitucionalidade superveniente, nesse sentido, ocorre quando a lei (ou ato normativo) torna-se inconstitucional com o passar do tempo e as mudanças ocorridas na sociedade. Não há aqui uma sucessão de Constituições. A lei era harmônica com a atual CF e, com o tempo, torna-se incompatível com o mesmo Texto Constitucional.
Não é admitida no Brasil.	É admitida no Brasil.

³⁴ Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/09/e-proibida-utilizacao-de-qualquer-forma.html>.

5.3 PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO

Você já ouviu falar sobre **processo de inconstitucionalização**? Nada mais é que a acepção moderna da “inconstitucionalidade superveniente” que vimos no quadro acima.

O chamado processo de inconstitucionalização ou inconstitucionalização progressiva é uma espécie de inconstitucionalidade superveniente, mas que apresenta características particulares, em geral relacionadas com as mudanças ao longo do tempo de circunstâncias fáticas que afetam a validade da norma.³⁵

Isso aconteceu no caso do amianto.

“O amianto é uma substância muito utilizada na indústria, mas com alto grau de periculosidade à saúde dos trabalhadores e dos consumidores dos produtos que o contenham. Em nível federal, a utilização do amianto é tratada pela Lei nº 9.055/95. Esta Lei, em seu art. 1º, proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisotila, vedando, quanto a essa espécie, apenas a pulverização e a venda a granel de fibras em pó. O art. 2º, por sua vez, autorizou a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco) na forma definida na lei. Desse modo, o art. 2º autorizou, de forma restrita, as atividades com uma das espécies de amianto.” (Dizer o direito)

O STF passou a entender que as leis estaduais que proíbem o uso do amianto são constitucionais. O art. 2º da Lei federal nº 9.055/95, que autorizava a utilização da crisotila (espécie de amianto), é inconstitucional. Houve a inconstitucionalidade superveniente (sob a óptica material) da Lei nº 9.055/95, por ofensa ao direito à saúde (art. 6º e 196, CF/88); ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, CF/88); e à proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88). STF. Plenário. ADI 3937/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/8/2017 (Info 874).

DIZER O DIREITO: Antigamente o art. 2º da Lei nº 9.055/95 era considerado constitucional?³⁶SIM. Havia precedentes do STF afirmando que esse dispositivo era constitucional. A Corte, contudo, agora mudou de entendimento. Dessa forma, pode-se dizer que o art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988. Algumas vezes pode acontecer de uma lei que antes era reconhecida como constitucional agora ser considerada incompatível com a Constituição. Esse fenômeno pode ocorrer, basicamente, por duas razões:

³⁵ Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/constitucional/inconstitucionalidade-originaria/>

³⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É proibida a utilização de qualquer forma de amianto.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1f5069142727648138a54524b5beeb58>>.

**Razões pelas quais pode ocorrer o processo de inconstitucionalização de uma lei ou ato normativo**

1) em virtude da mudança no parâmetro de controle (mudança na CF).

Isso pode acontecer de dois modos:

1.1) pela alteração formal do texto constitucional (houve uma emenda constitucional e a lei antiga tornou-se incompatível com a nova redação);

1.2) pela alteração no sentido da norma constitucional, ou seja, mudança na forma como a CF é interpretada. Neste caso, tem-se aquilo que se chama de “mutação constitucional”.

2) por força de alterações nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, ou seja, mudanças no cenário jurídico, político, econômico ou social do país.

Interpretação do STF a respeito do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (Rcl 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 18/4/2013. Info 702).

5.4 GRAUS DE RETROATIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL

No que diz respeito ao direito adquirido e o poder constituinte, a doutrina tem sustentado a existência de graus de retroatividade da norma constitucional, classificando em grau mínimo, médio e máximo.

Sobre o tema, o Ministro Moreira Alves, ao destacar o magistério de José Carlos de Matos Peixoto, explicou, durante o julgamento da ADI 493, que:³⁷

Retroatividade máxima ou restitutória: a lei ataca fatos consumados. Verifica-se “quando a lei nova prejudica a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos já consumados”. Como exemplo, lembramos o art. 96, parágrafo único, da Carta de 1937, que permitia ao Parlamento rever a decisão do STF que declarara a inconstitucionalidade de uma lei;

Retroatividade média: “a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela”. Ou seja, a lei nova atinge as prestações vencidas mas ainda não adimplidas. Como exemplo o autor cita uma “lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos mas não pagos” (prestação vencida mas ainda não adimplida);

Retroatividade mínima, temperada ou mitigada: “... a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor”. Trata-se de prestações futuras de negócios firmados antes do advento da nova lei.

³⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 168.



Já há posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as normas constitucionais decorrentes do Poder Constituinte Originário possuem, como regra, **retroatividade mínima**. Em outras palavras, aplicam-se a fatos que aconteçam depois de sua promulgação, referentes a negócios passados.

CAIU NO TJ-MS (Juiz de Direito)-2012-PUC-PR: O STF adota o entendimento de que as normas constitucionais, fruto da manifestação do poder constituinte originário são dotadas de retroatividade mínima, ou seja, a norma atingirá prestações vencidas, mas ainda não adimplidas, ou, em outras palavras, a nova norma constitucional atingirá os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes de sua vigência.³⁸

³⁸ **ERRADO.** A norma atingirá prestações vencidas, mas ainda não adimplidas, tratando-se de retroatividade média.