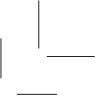
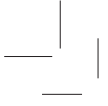


TEORIA(S) DO PODER CONSTITUINTE



HUDSON COUTO FERREIRA DE FREITAS

Mestre em Direito Público (PUC-MG)
Doutorando em Direito Público (PUC-MG)
Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Sete Lagoas - UNIFEMM
Professor de Teoria da Constituição e de Direito Constitucional do
Curso de Direito do UNIFEMM
Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do UNIFEMM
Advogado Sócio do escritório V.Mayrink & H.Freitas Advogados

TEORIA(S) DO PODER CONSTITUINTE

VISÃO CLÁSSICA,
VISÃO MODERNA E
VISÃO CONTEMPORÂNEA



Belo Horizonte
2010



CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Cordeiro Leal
Carlos Augusto Canedo G. da Silva
Dhenis Cruz Madeira
Felipe Peixoto Braga Netto
Frederico Barbosa Gomes
Gregório Assagra de Almeida

Gustavo Corgosinho
José Luiz Quadros de Magalhães
Luciano Stoller de Faria
Luiz Moreira
Mário Lúcio Quintão Soares
Renato Caram
William Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2010.

Plácido Arraes
Editor

Avenida Brasil, 1843/loja 110, Savassi
Belo Horizonte/MG – CEP 30.140-002
Tel: (31) 3286-2308

Capa: Vladimir Oliveira Costa
Diagramação: Ailton Mendes
Revisão: Alexandre Bomfim

F866	Freitas, Hudson Couto Ferreira de Teoria(s) do poder constituinte: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea / Hudson Couto Ferreira de Freitas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. 144 p. ISBN: 978-85-62741-12-8 1. Poder Constituinte. I. Título. CDD: 341.25 CDU: 342.5
------	--

Elaborada por: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB/6-1047

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2010

Dedico este trabalho aos meus pais, *Tarcísio Ferreira de Freitas* e *Irene Couto de Freitas*, a quem devo minha vida, minha educação, meus sentimentos e meu caráter.
Sem eles, nada seria possível.

v



SUMÁRIO

PREFÁCIO	IX
APRESENTAÇÃO	XIII
CAPÍTULO I	
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO II	
VISÃO CLÁSSICA DO PODER CONSTITUINTE.....	5
2.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	6
2.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE REFORMA.....	9
2.3 PRINCIPAIS AUTORES DA VISÃO CLÁSSICA	16
2.3.1 A teoria de Sieyès	16
2.3.2 As Teorias Jusnaturalistas de Santo Tomás de Aquino e de Hugo Grócio	20
2.3.2.1 A teoria tomista	21
2.3.2.2 A teoria de Grócio	24
2.3.2.3 Principais características da doutrina jusnaturalista	25
2.3.3 A teoria positivista de Kelsen	27
2.3.4 A teoria de Carl Schmitt.....	29
2.3.5 A teoria de Maurice Hauriou.....	32
2.3.6 A teoria de Hermann Heller.....	35
	VII

2.3.7 A teoria de Carré de Malberg	40
2.3.8 A teoria de Georges Burdeau	42
CAPÍTULO III	
VISÃO MODERNA DO PODER CONSTITUINTE.....	45
3.1 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE.....	49
3.2 NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE.....	55
3.3 A VERTENTE COMUNITARISTA DA VISÃO MODERNA	69
3.4 A VERTENTE LIBERAL DA VISÃO MODERNA	73
CAPÍTULO IV	
VISÃO CONTEMPORÂNEA DO PODER CONSTITUINTE..	79
4.1 PREMISSAS TEÓRICAS DA TEORIA DISCURSIVA	85
4.2 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE.....	93
4.2.1 A reconstrução da identidade do sujeito constitucional.....	98
4.3 NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE.....	105
CAPÍTULO V	
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	121

PREFÁCIO

Dentre as inúmeras carências e urgências do brasileiro no princípio do século XXI, que de certo poderíamos listar, parece-nos que uma das questões não pode ser esquecida: lidar com o fenômeno que Pablo Lucas Verdú denomina de ‘desestima constitucional’. O brasileiro tem algumas razões para considerar a Constituição como uma ‘folha de papel’, como assinalava no passado Ferdinand Lassale.

Em primeiro lugar, é inegável que nossa experiência democrática, a despeito de sua riqueza, ainda é bastante pequena, se comparada com a história de outros países. Assim, mesmo o Brasil estando próximo de vinte e cinco anos de redemocratização, as lembranças e as questões que o passado recente de ditadura, que aniquilou o Judiciário, as liberdades civis de expressão e de opinião, que anulou as garantias constitucionais do hábeas corpus e de mandado de segurança, que cassou parlamentares e suspendeu o Parlamento, fechando sindicatos e associações, tais como os Partidos Políticos, impondo eleições indiretas para a Presidência da República, para o Governo dos Estados e a Prefeitura de Capitais, grandes cidades e estâncias hidrominerais (taí um grande segredo: jamais entendi a razão de tal vedação!) são alguns elementos que devem ser tratados, eis que acabam emergindo vez por outra, como na questão da legitimidade da anistia. A percepção de que a qualquer momento um grupo (de militares ou não) pode ‘rasgar a Constituição’, impondo Atos Institucionais trouxeram á memória recente dos brasileiros uma sensação de ‘desvalor’ do texto constitucional.

Em segundo lugar, porque o país continua seguindo uma tradição tomista de, por um lado, buscar ‘culpados’ para tudo, e de outro, de procurar ‘salvadores da pátria’ para nossos problemas. Assim foi com a abertura, com os planos econômicos das décadas de 1980 e 1990, em especial o Plano Cruzado, com a eleição dos Presidentes Collor, Fernando Henrique e Lula. E também foi assim com os trabalhos da Assembléia Constituinte, uma vez que a Constituição estava convocada a resolver de uma só vez todos os nossos problemas.... E, como nenhuma norma sozinha é capaz de construir casas, estradas, hospitais, escolas, a população percebeu que a Carta não resolveria por si nossos problemas. E a decepção se acumula quando lê o que dispõe alguns artigos, como o referente ao do salário mínimo, percebendo que o mesmo (nos valores atuais) jamais será capaz de se desincumbir das funções de alimentação, saúde, lazer, educação, dentre outros, do trabalhador e de sua família.

Por fim, a ‘desestima constitucional’ se avoluma em função da questão da impunidade que grassa por essas bandas. Não somente a morosidade judicial, mas também a sensação de que há uma lei para os ‘políticos’ e para os ‘milionários’ e outra para o restante da população traz desânimo e contribui o enfraquecimento do ‘sentimento constitucional’, na expressão de Karl Loewenstein.

Logo, porque razão escrever sobre Poder Constituinte? Qual a razão de examinar os aspectos da redação de um texto constitucional? Não seria pura perda de tempo...

Sinceramente entendo que não. E o faço porque o constitucionalismo contemporâneo possui instrumentos para melhor trabalhar as dificuldades apontadas acima. Nesse sentido, perceber que o Poder Constituinte não se esgota no exame das condições históricas de seu ato fundador, perceber que a Constituição não é um ‘universo’ estático e que o processo constitucional prossegue de modo permanente, de modo a trabalharmos não somente com os erros do passado, mas também com seus acertos que ocorreram, acatando e ‘retrabalhando’ todo esse legado é um dos pontos de partida do presente trabalho.

Perceber que a Carta impõe fins e objetivos que devem ser permanentemente debatidos e questionados quando descumpridos, especialmente quando tratamos de direitos fundamentais e perceber que as mudanças de ‘mentalidade’ (seria melhor dizer ‘paradigma’) de modo a perceber que a Constituição é de todos e aplicável para todos, deve ser o ‘marco zero’ de todas as nossas discussões.

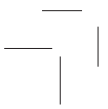
Nesse sentido, o esforço de reconstrução teórica do Poder Constituinte com suporte na Teoria Discursiva do Direito feita pelo autor se insere no esforço desse novo constitucionalismo brasileiro. Trata-se de um trabalho notável de reinserção e reconstrução das bases epistemológicas do tema até então trabalhadas na doutrina brasileira. De forma clara e concisa, o jovem autor aborda problemas antigos e atuais na qual a doutrina se debruça a séculos e os atualiza em uma linguagem fácil e acessível.

Entendo que o Direito nacional vive atualmente uma enorme revolução em todos os seus aspectos: dogmáticos, hermenêuticos e jurisprudenciais. Acompanhar todas essas mudanças não tem sido tarefa simples. Desse modo, a leitura de uma obra como essa assume papel relevante de atualizar o debate, sem jamais ter a pretensão de colocar termo no mesmo.

Por conseguinte, parablenizo o autor, Hudson Couto Ferreira de Freitas, que desde já se coloca ombro a ombro com os melhores doutrinadores da nova safra dos constitucionalistas brasileiros; estendo os parabéns para a editora Arraes pela qualidade gráfica do presente trabalho. Mas, o faço particularmente ao leitor, pois será brindado com uma das mais agradáveis e significativas leituras sobre o tema.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Procurador da República em Minas Gerais.
Mestre em Direito Econômico e Doutor em Direito Constitucional.
Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais.
Vice-Presidente do Instituto Mineiro de Direito Constitucional.



APRESENTAÇÃO

O livro do professor Hudson Couto Ferreira de Freitas oferece para as pessoas interessadas no debate democrático contemporâneo uma importante reflexão acerca do Poder Constituinte.

O tema é atualíssimo uma vez que a América do Sul apresenta para o mundo um pujante movimento democrático que recentemente gerou duas novas constituições (Bolívia e Equador) originárias de poderes constituintes com ampla participação popular em um vigoroso processo dialógico marcado pelo reconhecimento da diversidade étnica e pelo pluralismo jurídico, negados desde a chegada dos europeus por aquelas terras. Nas palavras do professor Hudson “o poder constituinte, desde discursivamente exercido, seja o Originário, seja o de Reforma, terá seu resultado, o texto constitucional ou uma sua alteração, marcado pela legitimidade, vez que o discurso apenas se implementa tendo como base o respeito aos princípios da democracia e do pluralismo”.

A discussão do Poder Constituinte Originário envolve, portanto, o debate fundamental do constitucionalismo: a tensão entre democracia e constituição e sua improvável (e talvez indesejável) superação.

O constitucionalismo não nasceu democrático. Fruto das revoluções burguesas, o constitucionalismo traz a importante novidade de se limitar o poder do Estado separando poderes (ou dividindo funções) declarando direitos do indivíduo. Entretanto este constitucionalismo liberal não considerava todas as pessoas como indivíduos, logo, portadores de direitos. Em

todos os Estados liberais do século XVIII e XIX, apenas um grupo reduzido de pessoas tinham direitos individuais efetivos, e, menos ainda, tinham direitos políticos de votar e ser votado.

O liberalismo não admitia a democracia. O reconhecimento da capacidade política apenas para os ricos fez com que os trabalhadores se mobilizassem no século XIX. A conquista do voto igualitário masculino foi decorrente dos movimentos sociais vinculados a sindicatos operários e partidos políticos que se formavam no decorrer daquele século.

A partir da segunda metade do século XIX começa a ocorrer importante e complexa fusão entre constituição e democracia. Este casamento é de permanente tensão. A tarefa não é fácil: o constitucionalismo teve a tarefa histórica de garantir segurança nas relações sociais. Sua pretensão sempre foi de estabilidade; permanência, confrontando-se com a idéia de mudança; transformação, logo risco, inerente à democracia. Desta fusão assistimos a construção de idéia sempre cara ao constitucionalismo democrático: transformação com segurança, tensão que pode ser compreendida a partir da idéia de existência de um núcleo duro constitucional resistente a qualquer maioria democrática (em nosso texto esta idéia está presente, também, na existência das chamadas cláusulas pétreas do artigo 60 parágrafo 4 incisos I a IV).

Entretanto, como dissemos anteriormente, toda engenharia constitucional que se constrói a partir de então, visando compatibilizar democracia e constituição, não será capaz de superar a tensão permanente entre estas duas idéias.

A previsão de um poder constituinte de reforma (por meio de emenda e revisão) permite a atualização da Constituição fazendo com que o texto e sua interpretação acompanhem as transformações sociais que não podem (e nem devem) ser impedidas.

Entretanto isto não é suficiente para permitir a eternidade da Constituição (ainda bem). O dinâmico processo de transformação de qualquer sociedade democrática será sempre mais rápido e radical do que as mudanças constitucionais podem acompanhar (sejam mutações interpretativas ou formais). Isto porque as sociedades são históricas, frutos de pessoas históricas, logo em permanente processo de transformação.

Vejamos a essência do problema acima colocado: Democracia é transformação e logo risco. Constituição é segurança e logo busca de estabilidade e permanência. Se a segurança e estabilidade prevalecem sobre a transformação eliminamos a democracia. Desta forma a Constituição estará a serviço do conservadorismo, da manutenção de privilégios e logo do autoritarismo em mais variadas formas, típicas de sociedades conservadoras.

No sentido oposto a democracia não pode eliminar a Constituição sob pena da democracia desaparecer. Democracia sem limites pode se transformar criando formas totalitárias. Assim, embora tensa, a relação entre Constituição e Democracia é fundamental nas sociedades contemporâneas.

Resta ainda uma última questão: mesmo a Constituição prevendo mecanismos de reforma, a dinamicidade social irá ultrapassar a capacidade da Constituição de acompanhar a sociedade (e assim deve ser para não matar a essência do constitucionalismo que é segurança). Quando isto acontecer a resposta da Teoria da Constituição é o Poder Constituinte Originário, Poder que só se legitima por meio de inequívoca manifestação da vontade popular democrática em espaços livres e permanentes de diálogo.

O livro do Professor Hudson cuida desta questão: a democracia dialógica como legitimadora da Constituição, de suas mudanças e de possíveis rupturas necessárias e comuns no decorrer da história.

Para enfrentar o desafio o Professor Hudson parte da análise da visão clássica do Poder Constituinte e o conceito de Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte derivado de reforma. Neste momento encontramos uma rica análise de teorias clássicas como de Siéyès; São Tomaz de Aquino; Hugo Grotius; Kelsen; Carl Schmitt; Maurice Hauriou; Herman Heller; Carré de Malberg e Georges Burdeau. Trata-se de uma importante recuperação do pensamento clássico, fundamental para a compreensão das transformações e problemas da teoria do poder constituinte.

Em um segundo momento, encontramos o que o Autor chamou de visão moderna do Poder Constituinte. Nesta parte aprendemos sobre a titularidade; natureza e características do Poder Constituinte passando por uma vertente comunitarista e uma vertente liberal da teoria.

Finalmente chegamos ao ponto central da discussão: a visão contemporânea do Poder Constituinte. Neste momento o professor Hudson nos traz reflexões a partir do diálogo com a teoria discursiva de Jurgen Habermas abordando o núcleo do problema previamente anunciado: a Democracia como fundamento e limite da Constituição.

Deixamos, portanto, o Leitor com esta rica e agradável leitura, que aborda tema de interesse de todos nós, cidadãos que vivemos a Democracia e queremos mais Justiça.

Jose Luiz Quadros de Magalhães
Belo Horizonte, Abril de 2010

