

O RACIONALISMO MODERNO E A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

NELSON SALDANHA

O termo “moderno” vai mencionado no título com o sentido que lhe deu a historiografia dos séculos XVIII e XIX, ou seja: aludindo ao mundo ocidental que se segue ao Renascimento, ao aparecimento do capitalismo e ao da Reforma. De dentro do moderno desdobra-se o “contemporâneo”, ou surge como etapa posterior. Com esses conceitos dispenso pessoalmente o rótulo “pós-moderno” que muitos vêm utilizando para designar as coisas correspondentes à crise da modernidade. Para mim são, ainda, modernidade. Prefiro empregar para o tema o termo secularização, que se refere à passagem do padrão socio-cultural teológico para o leigo (e logo depois racional): passagem que se deu no mundo clássico mais ou menos nos séculos V e IV a.C., e que ocorreu no Ocidente no trecho que abrange os séculos XVII e XVIII. O chamado iluminismo equivaleu portanto à consolidação dos componentes daquela passagem; isto é, advento do racionalismo e da economia capitalista, formação do Estado moderno e da cultura leiga fundada sobre o humanismo.

Mencionei o Estado Moderno. Para certos autores, teria ele surgido no século XVI ou no XVII, com o que se denomina “queda do feudalismo” e com a monarquia absoluta. Sempre se citam a Inglaterra e a França como países que primeiro lograram a unificação política, além do caso do reino de Nápoles ao tempo de Frederico Barbarroxa, que no século XIV prefigurou o Estado Moderno¹. Outros autores reservam o título de Estado Moderno para o Estado Constitucional, oriundo das revoluções ditas liberal-burguesas e instaurador de um novo tipo de relação entre a sociedade e o Estado. E também de um novo tipo de relação entre os poderes do Estado.

Deixando de lado a questão de saber se já era moderno o Estado descrito por Jean Bodin (para mim já era) ou se apenas aquele que saiu das mãos de Danton e de Sieyes, parece certo e digno de nota que o tema do Estado

constitucional é um tema moderno, aliás contemporâneo, e portanto uma expressão do Ocidente secularizado.

O clima cultural e político no qual se formou o Estado constitucional moderno envolveu, portanto, componentes fundamentais do racionalismo. Falo do racionalismo que foi desde Descartes, Spinoza e Hobbes a Rousseau e Sieyes; e junto a ele menciono o substancialismo metafísico que *grosso modo* antecedeu o kantismo. O pensamento político de Rousseau constituiu um radical racionalismo, desdobrado em um objetivismo inexorável, que detestava todo poder particular, assim o monárquico quanto o feudal, e que idealizou a *volonté générale* como referência fundamental para a aceitabilidade das normas². Idealizou deste modo a lei como expressão daquela vontade, a lei que viria a ser, na sistemática jurídica do século XIX, a “fonte” por excelência do direito positivo. Viria a ser a própria positividade do direito.

Mencionei Sieyes com sua teoria do *poder constituinte*, uma visão realmente geométrica do processo político³, reflexo perfeito do racionalismo e do objetivismo que sucedia, na França primeiro e em todo o Ocidente em seguida, aos impasses do absolutismo clássico e também barroco⁴. Mas a imagem clássica do poder constituinte não representava apenas um lineamento simétrico, uma figura estática, mas igualmente uma previsão referente aos mecanismos de criação e reestruturação do poder do Estado. A *nação*, que era a entidade tida como capaz de constituir-se, detinha uma competência fundamental, que nos períodos seguintes teve de ser reformulada: refiro-me aos momentos em que a necessidade política se contrapõe à forma constitucional vigente, e em que se convoca o chamado poder de reforma. Um dos aspectos do problema do poder de reforma, do qual voltarei a falar, está em que, com a experiência das constituições escritas e com o seu valor de estruturadoras do próprio Estado⁵, a doutrina demarcou com fortes tintas a distinção entre regras constitucionais e regras ordinárias (digo regras porque a vigência do termo norma só se iniciaria com o final do século XIX). Uma distinção que se consolidou exemplarmente nos autores franceses que trabalharam em torno da constituição de 1875.

Este dualismo óbvio apareceu dentro de quase todos os países ocidentais (a Inglaterra uma das exceções): de um lado o desejo de manter a ordem constitucional clássica e com ela seus conceitos básicos, de outro o de aceitar mudanças que, de certo modo, serviam para manter viável o arcabouço constitucional⁶.

A constituição escrita, em seu sentido clássico, era um arcabouço de garantias. Hauriu chego a afirmar que ela própria era a primeira garantia. O modelo norte-americano fazia repousar sobre o trabalho dos juízes a esta-

bilidade do ordenamento; mas o modelo europeu-continental, calcado em grande medida sobre o exemplo francês, necessitava de uma instrumentalidade existente dentro do próprio direito positivo para assegurar a um tempo a flexibilidade e a firmeza da ordem constitucional. Daí a relevância do tema do poder de *reforma*, destinado a dar ao problema das *mutações* constitucionais um desenho institucional mais definido.

Na verdade foram três as decorrências doutrinárias (e positivas) da chamada “supremacia constitucional”: a distinção entre lei constitucional e lei ordinária, a que já me referi, a diferença entre poder constituinte e poder de reforma e a questão do controle de constitucionalidade.

Fixando o foco sobre o tema da reforma, vale insistir sobre o sempre revisitado problema de suas limitações⁷. O conteúdo da constituição, a partir dos modelos clássicos, sempre foi visto como algo internamente diferenciado, correspondendo esta diferenciação à existência de dois componentes na ordem constitucional, dois componentes fundantes previstos no celebrado artigo 16 do texto de 1791: a separação dos poderes e as garantias. Com o tempo e diante das pressões políticas, fixou-se entre os limites ao poder de reforma o respeito a ambos os itens. Mas a referência às garantias se mostrou mais acessível às transformações sociais, por conta de sua relação com o problema dos direitos. A alusão aos limites passou a empregar, depois, a expressão “cláusulas pétreas”, mencionando os pontos que a reforma, entendida como obra de um poder não propriamente constituinte, não poderá alterar (Pontes de Miranda utilizou o termo “cerne inalterável”).

Na segunda metade do século XX, o aparecimento da filosofia hermenêutica, e em ligação com ela a renovação dos estudos sobre hermenêutica jurídica, trouxeram perspectivas mais abertas e menos “dogmáticas”, para o tema da interpretação constitucional, bem como para a compreensão do próprio texto constitucional como um conjunto. E com isto a possibilidade de repensar a relação entre esse conjunto e sua reforma.

Para concluir devo mencionar a experiência brasileira. Basicamente e como observação provocativa, diria que o Brasil adotou a teoria do poder constituinte sem ter tido um processo autônomo de chegada ao racionalismo; e que adotou a prática da constitucionalidade sem ter entrado em uma secularização plenamente caracterizada. Certamente que as idéias de Frei Caneca, em 1824, sobre o poder constituinte, se fundavam em um claro racionalismo, mas que era o dele, geômetra e leitor dos franceses, não o de um contexto historicamente dominante. E tivemos aquelas idéias depois de escrita e promulgada a constituição, não antes: a constituição, votada primeiro por uma constituinte, refeita depois por uma comissão designada pelo monarca. No

caso da constituição republicana tivemos como força doutrinária maior a pregação positivista, mas tivemos também o modelo norte-americano. Ou seja, o modelo racional iluminista, presente no texto norte-americano e nos exemplos clássicos franceses, reunidos ambos ao modelo comteano: sempre o executivismo presidencialista, que tão profundamente duraria em nossa experiência política. Como em outros processos históricos, a estruturação das formas políticas básicas ocorreu em nosso país sem cumprir certas etapas de caráter político-cultural.

A isto acrescenta-se a constante vitória do centralismo sobre os reclamos federalistas, vindos do século dezenove. Há dificuldades reais, sobre as quais resvalam os cuidados conceituais dos professores e as exigências críticas ligadas ao melhor pensamento político. São continuidades que no fundo se contradizem, a da concepção hierárquica das relações entre constituir e reformar, e a do poder executivo como fiador do centralismo incorrigível.

Manteve-se no texto de 1891 o sentido fundante do poder constituinte, tomando-se como coisa distinta a competência reformadora, entendimento que vem subsistindo, em essência, nas constituições posteriores, inclusive na que completou agora seus 15 anos. Continuidades tão diversas, a da distinção entre constituir e reformar, e a do executivismo centralizador, seguem contrastando com as instabilidades políticas vividas durante o século vinte. Estas instabilidades, porém, e este é um paradoxo, teriam tido mais força e maiores efeitos se não fossem aquelas continuidades.

Mas estes são temas em aberto, são indagações permanentes e com várias perspectivas para serem abordadas.

NOTAS

1. Manuel García-Pelayo, "Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado Moderno", em *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político* (Madrid, Rev. de Occidente 1968).

2. Aos "objetivos" racionais conduzidos pela teorização revolucionária, cabe agregar a vigência de símbolos, reveladores de uma visão latentemente mística dentro dos ideais de 1789. Cf. Jean Starobinski, *1789. os emblemas da razão* (Cia. das Letras, São Paulo 1988), pág. 38: "O mito solar da Revolução".

3. Paul Bastid, *Sieyes et sa pensée*. Hachette. Paris 1939 (nova edição, *ib*, 1970).

4. A respeito, Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (Duncker e Humblot, Munique 1928), § 8. Schmitt emprega o termo *Verfassungsgebende Gewalt*, poder de dar constituição. Cf. trad. esp. *Teoría de la Constitución*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s.d.

5. Palhares Moreira Reis, *O Estado e seu ordenamento jurídico*. 2ª edição, Recife 1979; Ivo Dantas, *O valor da Constituição*. Renovar, Rio de Janeiro 1996.

6. Daí a duração da Constituição norte-americana, que muitos têm dificuldade de entender. Sobre as diferentes “fontes” do direito constitucional dos Estados Unidos, García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*. Fundación García-Pelayo, Caracas (facsimilada pela Alianza Editorial), 2000, págs. 352 e segs.

7. Para o tema da reforma sob enfoque genérico, Nelson Saldanha, *O Poder Constituinte* (2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo 1986), cap. III, § 11. — Ver ainda Claude Klein, *Theórie et pratique du pouvoir constituant*. PUF. Paris 1996, parte II, princ. cap. X; Raul Machado Horta, *Estudos de Direito Constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte 1995), Título I, *passim*. Mais recentemente, o lúcido livro de Gustavo Just da Costa e Silva, *Os limites da reforma constitucional*. Renovar, Rio de Janeiro 2000.

--oOo--

Dai a palavra livre, onde quer que seja, e o despotismo está morto.

RUI BARBOSA (Discurso de posse
na presidência do IAB, 18.5.1911)