

Do Contrato Social à Constituição

“Do político ao jurídico”

JOAO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Juiz do Trabalho

SUMARIO: 1. Gênese da sociedade; 1.1. Histórico; 1.2. Essência do «Contrato Social» — 2. Contrato Social — Uma Utopia — 3. Contrato Social — Concepção Dialética — 4. Contrato Social — Do político ao jurídico — 5. Conclusão: A teoria de Rousseau — sua sobrevivência — 6. Bibliografia.

1. GÊNESE DA SOCIEDADE

1.1. *Histórico*

Foi sempre uma preocupação dos estudiosos do fenômeno social a investigação das origens da sociedade estatal.

Os filósofos gregos e latinos indagaram da gênese do Estado, firmando sua origem natural. Aristóteles ensina que “a cidade se integra na natureza, visto que a própria natureza foi quem formou as primeiras sociedades”, reconhecendo a seguir que “o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade”.

Continua assim, explicitando-a, a doutrina de seu mestre, Platão, para quem “um Estado nasce das necessidades dos homens”. E, como há muitas necessidades, “fazem-se mister numerosas pessoas para supri-las”. Agrupados os homens com o fim de ajuda mútua, “reúnem-se todos numa só habi-

tação”, recebendo “o conjunto dos habitantes... o nome de cidade ou Estado”.

O Estado brota assim como um fruto das necessidades inatas do homem.

Os estóicos ampliam essa visão humanista para um sentido cósmico, estabelecendo a sociabilidade da “mente do Universo”, como mostra o imperador filósofo nas suas “Meditações”. Para eles o mundo é único, formado pelo entrelaçamento de todos os seres, constituindo uma substância única. Os homens foram feitos uns para os outros, predominando em sua constituição a sociabilidade, pois que, o racional é social. O instinto da sociabilidade, irresistível, é o mesmo que une os irracionais, os viventes racionais e os seres superiores (os astros), e sua força é tão poderosa que jamais poderá encontrar-se “um homem desligado da Humanidade”.

Cícero,¹ já se vê às voltas com o problema de uma duplicidade possível de origem, a natureza ou o consenso. Ensina que um povo não é qualquer conjunto de homens reunidos ao acaso, “sed coetus multitudinis *juris consensu* et utilitatis *communio* sociatus”. Reconhece que todas as coisas boas têm origem natural, “pois nem as virtudes, nem a sociedade, repousam sobre simples convenções”.

Na Idade Média, como nota Giorgio del Vecchio,² delineia-se a idéia de um contrato social.

É, contudo, a partir de Grócio, Hobbes e Locke, que a idéia da origem contratual do Estado toma corpo.

Ernst Cassirer chama aos séculos XV e XVI de períodos de gestação do mundo moderno. E nessa época realmente se preparou o clima no qual surgiram as idéias políticas que predominaram nos séculos seguintes.

Os ideais de clareza e segurança no conhecimento, de certeza e evidência tomados emprestados à Matemática, de dúvida metódica, de adoção do método dedutivo e analítico,

1. CÍCERO. “Tratado da República”. Livro I, cap. XXV.

2. VECCHIO, Giorgio del. “Lições de Filosofia do Direito”, com Maurício de Pádua, Arménio Amado. Ed. Coimbra, vol. I, 1972, pág. 88.

para a constituição de uma teoria do corpo político, são notas marcantes do racionalismo imperante a partir do século XVI principalmente.

É interessante notar como o racionalismo foi aliar-se a uma teoria exposta, havia mais de um milênio, o estoicismo, que, entretanto, exerceu influência contínua durante toda a Idade Média.

Para a constituição de um ideário político, por influência do desenvolvimento da ciência matemática, chegou-se à necessidade de se encontrar um *Princípio* do qual dimanasse dedutivamente toda uma teoria política, com a fixação de axiomas e postulados incontrovertidos e infalíveis, para a constituição como que de um “método euclidiano de política”.³

Daí a aliança entre o racionalismo e o estoicismo, para o estabelecimento desses princípios gerais, que fossem admitidos por todos os povos. Ressalte-se, contudo, para o fato de que tal aliança entre o racional e o natural já era afirmada havia mais de mil e quinhentos anos. O imperador Marco-Aurélio ensinava que “no vivente racional, ato natural e ato racional é tudo um”.⁴

Para Grócio, como mostra del Vecchio,⁵ o contrato social foi uma verdade histórica, foi algo que efetivamente ocorreu.

A partir, entretanto, de Hobbes e de Locke o contratualismo deixa de ser uma visão histórica para adquirir um sentido lógico. Procura-se um *princípio lógico*, admitido, aprioristicamente como verdadeiro, para dele se deduzir o ideário político capaz de reger a sociedade política e de lhe dar uma constituição jurídica.

Segundo Hobbes, “diz-se que um Estado foi instituído, quando uma multidão de homens *concordam e combinam entre si*, em dar a um homem ou a uma assembléia de homens, por maioria, o direito de representar a pessoa de todos eles (isto é, de ser seu representante); todos eles, tanto o que

3. CASSIRER, Ernst. “O Mito do Estado”, Zahar Ed. Rio, 1976.

4. MARCO-AURÉLIO, imperador. “Meditações”, Livro VII, II.

5. VECHIO, Giorgio del. Op. cit., pág. 110.

votou a favor, como o que votou contra, hão de autorizar todos os atos e juízos deste homem, ou assembléia de homens, como se fossem seus próprios, com o fim de viver pacificamente entre eles e ser defendidos contra os demais homens.

“Desta instituição de um Estado derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem se conferiu o poder soberano pelo consentimento do povo reunido”.⁶

Hobbes partia do pressuposto de que o homem no estado de natureza vivia em guerra contínuo, “bellum omnium contra omnes”.

Para Locke o ponto de partida era outro. O homem no estado natural era feliz. Associou-se, para maior garantia da sua propriedade. Segundo ele, “a maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela. Qualquer número de homens pode fazê-lo, porque não prejudica a liberdade dos demais; ficam como estavam na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens consentiu desse modo em constituir uma comunidade ou governo, ficam, de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos”.⁷

Nem Hobbes, nem Locke prefiguram a tese contratualista de constituição da sociedade como fato histórico, como dito acima, mas sim como pressuposto lógico para dedução de uma teoria política.

Foi, entretanto, Rousseau quem firmou de maneira mais explícita esta posição.

Dá a sua teoria a denominação de “conjectura”, ao dizer que “a experiência nos ensina todos os dias as causas por

6. HOBBS “Leviatã”. Cap. XVIII.

7. LOCKE “Segundo Tratado sobre o Governo”, Cap. VIII, pág. 95.

que nascem as revoltas dos impérios, não, porém, como se formam os povos, pois, sobre isso não temos mais do que conjecturas para explicar como se formaram".⁸

No Discurso sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens, Rousseau se limita, "seguindo a opinião comum, a considerar aqui o estabelecimento do Corpo político como um *verdadeiro contrato* entre o povo e os chefes que ele escolhe, contrato pelo qual as duas partes se obrigam à observância das leis que dele constam e que formam os liames de sua união".⁹

Vê-se assim que Rousseau reconhece não ser original na prefixação da tese contratualista, e se nota também, que, na época de redação do Discurso, não tinha ainda opinião própria e firmada.

O contrato social é necessariamente anterior à constituição de um governo através da eleição de um chefe. Sua essência consiste no "ato pelo qual um povo é um povo", e "constitui o verdadeiro fundamento da sociedade".¹⁰

Kant¹¹ reconhece, que a tese do contrato social é essencialmente uma hipótese metafísica. Que tenha havido um verdadeiro contrato primitivo de submissão civil (*pactum subjectionis civilis*), não passa, para o povo, de uma disputa vã, sendo ainda perigosa para o Estado.

1.2. *Essência do "Contrato Social"*

O *contrato* tem natureza essencialmente jurídica. Pressupõe, portanto, a existência do Estado, pois que este é a origem lógico-formal do Direito. O contrato é a figura jurídica pela qual duas vontades se ligam, na conformidade de uma

8. ROUSSEAU, Jean-Jacques. "Contrato Social", Livro IV, cap. IV.

9. ROUSSEAU, Jean-Jacques. "Discours sur l'Origine de l'inégalité parmi les hommes", ed. Sociales, Paris, 1954, pág. 134.

10. ROUSSEAU, Jean-Jacques. "Contrato Social", Livro I, Cap. V.

11. KANT. "Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito", Dirección General de Publicaciones, Univ. Autón. de Mexico, Mexico, 1968, pág. 145.

lei, com vista à realização de determinados direitos. O contrato exige, portanto, a existência de uma lei, a existência de conseqüentes direitos e deveres para os contratantes, e mais a força vinculante, a obrigatoriedade que advém justamente da lei.

À luz deste conceito, seria absurdo falar-se em *contrato social* como figura constitutiva de um povo, que seria somente um dos elementos formadores do Estado.

Donde se conclui que não se pode dar a contrato social contornos significativos pautados em pressupostos jurídicos. Não se poderia dar-lhe também uma significação sociológica, porque seria aceitar a faticidade histórica de um fenômeno, que jamais adquiriu concretidade vivencial. Seu conteúdo significativo só poderá circunscrever-se, portanto, ao plano filosófico, limitando-se sua essência à de um princípio estabelecido aprioristicamente, como postulado indemonstrado a indemonstrável, ponto de partida para a dedução de todo um ideário político-jurídico.

Nestas condições o “contrato” seria, como afirma Afonso Bertagnoli,¹² uma pura “forma bilateral ou multilateral, incluindo compromissos recíprocos”.

O contrato social seria assim, como fruto autêntico do racionalismo estóico, “uma idéia regulativa da razão para julgar sobre a justiça ou injustiça de um regime político”.¹³ Ressalte-se ainda que os contratantes não são indivíduos empíricos, seres humanos concretamente existentes, mas sim um sujeito puro e racional: o *cidadão*.

E o contrato seria puramente formal, não teria qualquer conteúdo concreto. A idéia da vontade geral de Rousseau é paralela à de vontade pura de Kant, cujo princípio é: “Age de forma que a máxima de teus atos possa valer como lei universal para todo ser dotado de razão”. O contrato social

12. BERTAGNOLI, Afonso. “Prefácio ao Contrato Social”, Ed. de Ouro, Rio, pág. 23.

13. SICHES, Recasóns. “Tratado General da Filosofia del Derecho”, Porrus, México, 1970, pág. 435.

se concretiza na formação da vontade geral, que não se expressa em nenhum conteúdo concreto, *hic et nunc*.

Entendido desta forma, cremos que o “contrato” social de Rousseau escapa à crítica feita por Carré de Malberg.¹⁴ Pretende ele criticar a teoria de Rousseau à luz do *jurídico*, sem reconhecer que ela é pré-jurídica. Vê na teoria contratualista de Rousseau uma “verdadeira contradição”, pois que, se o homem é naturalmente livre, nenhum contrato social poderia sujeitá-lo, pois que estaria sempre à sua disposição o desvincular-se, donde se concluir pela negação do Estado. Por outro lado, tal contrato só vincularia aos que dele participassem, nunca aos pósteros, que poderiam permanecer fora do Estado; e isto é impossível, pois que mesmo o apátrida está sujeito à autoridade do Estado em que se encontra. Assinala finalmente que Rousseau labora em círculo vicioso, pois que coloca o fenômeno jurídico “contrato” num momento em que o Estado ainda não existiria, sendo que o jurídico só adquire força vinculante pela ação do Estado.

Vimos, entretanto, que o “contrato social” de Rousseau não pode ser analisado por critérios jurídicos, mas sim por critérios filosóficos.

Concordamos, contudo, com Jean Darbellays, quando afirmava que “as doutrinas do *pacto social* desconhecem o fundamento natural e objetivo da sociedade política. Centradas sobre o indivíduo considerado abstratamente (o “cidadão”, como observa Recaséns Siches) de seu meio social e de seus fins, constróem o político a partir de certos aspectos do homem, a partir da liberdade individual por exemplo, em lugar de reencontrar, de assegurar e de garantir esta última *naturalmente*, a partir do fim, do bem comum, cujo postulado essencial é o serviço da pessoa humana dotada de inteligência e de liberdade”.¹⁵

14. MALBERG, Carré de. “Teoría General del Estado”, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1948, págs. 68-72.

15. KANT. “Vers la Paix Pépétuelle”, Presses Universitaires de France, Paris, 1958. Introdução de Jean Darbellays, pág. 27.

Realmente, o “contrato social” se prendeu à causa eficiente da constituição do Estado, limitando-se aos aspectos formais, esquecendo-se de que o Estado se constitui para o homem, que é a sua causa final. O bem-comum é o fim da existência do Estado.

2. CONTRATO SOCIAL — UMA UTOPIA

À época de Rousseau o quadro político apresentava o aspecto de maior ênfase do absolutismo real. O Poder se identificava totalmente com a pessoa do monarca. E como o Poder é a manifestação imperativa do Estado, este tinha no governante sua personalização visível.

O monarca era o detentor da totalidade do poder, como o representante do Poder divino. A origem divina do poder dos reis foi o sustentáculo da monarquia absoluta.

Interpretava-se tendenciosamente a lição de São Paulo aos Romanos,¹⁶ segundo a qual “non est enim potestas nisi a Deo; quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt. Itaque qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit”.

Ora, o Apóstolo das Gentes se refere à autoridade tomada em tese. Não a individualiza, nem personaliza. Existe um princípio da autoridade, que deve ser mantido. E esse princípio tem origem em Deus, criador de tudo quanto existe. Mas Deus não investe pessoas determinadas neste poder.

Os monarcas se escudavam por detrás da tese da origem divina do poder, como uma forma de assegurar e eternizar a sua posição, dizendo-se escolhidos diretamente por Deus.

Dizer que a autoridade, como todas as coisas, provém de Deus, e que este ou aquele monarca foi por Ele diretamente investido do poder, são fatos absolutamente distintos.

No campo religioso, manifesta-se a Reforma. Procura-se eliminar poder temporal da Igreja, restringindo seu campo de atuação ao espiritual. Nega-se o aforisma de que “fora da Igreja não há salvação”.

¹⁶. Carta aos Romanos, 13, 1-2.

Procura-se, conseqüentemente, libertar o Poder Temporal da influência da Igreja Católica.

Sob o prisma individual se faz uma distinção paralela. Distinguem-se os foros interno e externo. Proclama-se a liberdade do foro interno, tanto em relação ao poder temporal quanto em relação ao espiritual. Sob o primeiro aspecto, impede-se que os poderes temporais interfiram no plano da consciência individual, separando-se assim, os campos da moral e do direito. Sob o segundo aspecto, proclama-se a liberdade de pensamento, desvinculando-se o indivíduo da fé nos dogmas.

Dentro desse quadro filosófico-político-religioso se pode entender o caráter eminentemente utópico do contrato social, por sua "incongruência com o estado de realidade dentro do qual ocorre".¹⁷

O contrato social é uma idéia não localizada. Transcende a realidade em que se configurou.

Como utopia, pretende a teoria do contrato social "transformar a realidade histórica existente, em outra realidade, mais de acordo com suas próprias concepções". Pretende-se transferir o centro difusor do Poder, retirando-o das mãos do monarca absoluto para entregá-lo ao povo. Eliminar-se a vontade individual preponderante sobre as demais, para substituí-la pela vontade geral.

Mas ao lado do plano utópico, em correlação com ele, pode-se ver na teoria contratualista rousseauniana uma configuração ideológica. Aponta-se uma idéia situacionalmente transcendente que, entretanto, apesar de todos os esforços dos indivíduos, jamais se concretizará plenamente. É o caso, por exemplo, do ideal revolucionário de "liberdade, igualdade, fraternidade".

O primeiro lema do contrato social é o de deslocar o pólo de autoridade, do monarca para o povo. Na ordem social ninguém se reveste *naturalmente* da autoridade. A única natural, dentre todas as sociedades é a família, que é,

17. MANNHEIM, K. "Ideologia e Utopia", Zahar Ed., Rio, 1972.

continua Rousseau, o primeiro modelo das sociedades políticas. Na família, a autoridade do pai é natural e, acima de tudo, impregnada de amor. No Estado, elimina-se o amor, e resta somente o “prazer de mandar”.

Para que se perpetue o prazer do mandante, é de todo necessário que se sustente o seu poder na *força* que exerce sobre os súditos. E a *força* elimina o direito e o correspondente dever, ficando somente o poder do mando e a obediência servil.

O único remédio para essa situação de fato é “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação, de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes”. Tal é o problema fundamental que o Contrato Social soluciona”.¹⁸

Em virtude do contrato social, cada associado se aliena em prol da comunidade, sem qualquer reserva, de tal modo que todos se despem igualmente de todos os seus direitos. E, constituída a sociedade civil, o indivíduo “*não se submete a ninguém em particular*”, pois que não existe cidadão algum investido, por poderes estranhos à sociedade, do poder de mando.

Veja-se, contudo, que o poder não é posto num conjunto abstrato, na pura alienação dos indivíduos, pois que cada associado adquire sobre os demais “o mesmo direito que cede sobre si próprio”, e desta forma “ganha-se a equivalência de tudo o que se perde e maior força para conservar o que se possui”.

A teoria de Rousseau opõe-se, desta forma, ao quadro sócio-político existente, procurando destruí-lo e substituí-lo por outro. Enquanto é oposição, é utópico, no sentido acima exposto. Enquanto colocação de uma nova interpretação, é ideológico.

18. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Livro I, cap. II e VI.

3. CONTRATO SOCIAL — CONCEPÇÃO DIALÉTICA

“Os homens pensavam dialeticamente muito antes de saber o que era a dialética, assim como falaram em prosa muito antes de conhecer esta palavra”, afirmou Engels”.¹⁹

A descoberta não foi feita nem por Hegel, nem por Marx, nem por Engels. Já os pré-socráticos tinham perfeita noção dessa idéia. Heráclito de Éfeso, no Século VI a.C, tinha já a perfeita noção da contrariedade dialética, ao dizer que “tudo se faz por contraste; da luta dos contrários nasce a mais bela harmonia”. E prossegue seu pensamento, mostrando que em tudo há “correlações: completo e incompleto, concorde e discorde, harmonia e desarmonia, e de todas as coisas, um, e de um, todas as coisas”.

À idéia dos contrários se associa a dos devir incessante e eterno, que também não foi uma novidade gerada pelo espírito fecundo de Hegel. O próprio Heráclito expressa sua idéia de mudança contínua, dizendo que “não se pode entrar duas vezes no mesmo rio. Dispersa-se e reúne-se; avança e se retira” (Fragmentos).

Ora, Rousseau não fugiu a este método de raciocínio, tão antigo quanto o manifestar-se da filosofia, procurando associar os contrários, para, de seu entrechoque, tornar manifesta a mudança.

Rousseau parte de uma oposição metafísica entre “natureza” e “sociedade”.

No estado de natureza o homem tem a “liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que lhe diz respeito e pode alcançar”²⁰ Neste estado de natureza os homens eram essencialmente iguais. A origem da desigualdade situa-se, para Rousseau, no aparecimento da propriedade privada. E com esta surge a sociedade civil: “o primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: *isto é meu*, e encontrou pes-

19. ENGELS. “Anti-Düring”, Parte I, cap. XIII, Ed. Ayuso, Madrid, 1975, pág. 158.

20. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Parte I, cap. VIII.

soas suficientemente simples para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil".²¹

Dois trechos desse "Discours" são sumamente importantes para caracterizar o clima geral da dialética rousseauiana. No primeiro deles o genebrino mostra o progresso da desigualdade através do estabelecimento da lei e do direito de propriedade, da instituição da magistratura e da mudança do poder legítimo em poder arbitrário, havendo no primeiro estágio o pobre e o rico, no segundo o poderoso e o fraco, e no terceiro o senhor e o escravo, até que "novas revoluções dissolvam completamente o Governo, ou o aproximem da instituição legítima".²² Nestas condições, os vícios que fazem com que a instituição social seja uma necessidade, são os mesmos que propiciam o abuso inevitável dessa mesma instituição.

No terceiro estágio apontado, aquele em que há senhores e escravos, se encontra o termo último da desigualdade, o ponto em que se fecha o círculo, chegando-se ao ponto de partida, ou seja, novamente o estado de natureza, em que "todos os indivíduos se tornam novamente iguais, porque se tornam iguais a nada".²³

Nesse contexto se entende a bipolaridade dialética, em que se vê sempre a negação da negação, continuamente apontada dentro do Contrato Social: estado de natureza — estado social, liberdade natural — liberdade civil, vontade geral — vontade particular, direitos dos cidadãos — direitos do soberano, etc.

A teoria do filósofo de Genebra é uma negação da teoria política da monarquia absoluta, como já vimos, transferindo a sede do poder para um outro pólo, o povo. Mas já se pode vislumbrar nessa teoria a negação que será ponto de partida para outra negação: o povo, que é o detentor de todo poder,

21. ROUSSEAU, Jean-Jacques. "Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes, Ed. Sociales, Paris, 1954, pág. 108.

22. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., pág. 138.

23. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., pág. 141.

aliena-o na *vontade geral*, sem que esta se desvincule das vontades particulares.

A seqüência evolutiva é a absorção dos indivíduos, da família, da sociedade, pelo Estado todo-poderoso, como se vê em Hegel, que afirma que a essência do Estado, que é o universal em si e para si, “deve trazer ambas (a família e a sociedade civil), — e toda a disposição de ânimo e atividade do indivíduo, como o que aspira a ser um centro por si — à vida na substância universal; e, neste sentido, como poder livre deve intervir nas esferas subordinadas e conservá-las em imanência substancial”.²⁴

Daí o aproveitamento da teoria de Rousseau como germe da ditadura do proletariado.

4. CONTRATO SOCIAL — DO POLÍTICO AO JURÍDICO

Estamos presos até ao presente momento aos aspectos filosóficos, principalmente, e políticos do Contrato Social. Aliás, já deixamos dito que essa obra não é jurídica, mas pré-jurídica. Apresenta os pressupostos filosófico-políticos para a constituição de um Estado, é o próprio Rousseau quem diz que “pelo pacto social, demos existência e vida ao corpo político. Trata-se agora de dar-lhe o movimento e a vontade pela legislação”.²⁵

O corpo político, através do soberano, guiado pela vontade geral, *legifera*. Mas, como o soberano não pode exprimir-se por si mesmo, tem necessidade de um órgão para expressar suas vontades. Surge assim a figura do legislador, que é um homem como qualquer outro, embora Rousseau o pinte como “uma inteligência superior, que, descobrindo todas as paixões humanas, não experimentasse nenhuma, que não tivesse relação com nossa natureza, e que a conhecesse a fundo, cuja felicidade fosse independente de nós, e que, por

24. ENCICLOPÉDIA DAS CIÊNCIAS FILOSÓFICAS, III — Filosofia do Espírito, Atena Ed., Rio de Janeiro, 1936, pág. 503.

25. ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Contrato Social”, Livro II, cap. VI.

consequente, pudesse ocupar-se da nossa, e finalmente, que no transcurso dos tempos, contentando-se com uma glória longínqua, pudesse trabalhar num século para gozar sua obra no outro. Seriam precisos deuses para legislar aos homens.”²⁶

O poder legiferante do povo, expressão do absolutismo, cede mais uma vez o passo ao individualismo, com a introdução do legislador individual, com a auréola de um semi-deus. Observe-se, contudo, que o legislador só tem o poder de “redigir” as leis, não lhe cabendo direito algum legislativo.²⁷

A leitura do Contrato Social, principalmente aos capítulos relativos à lei, nos evidencia que Rousseau está ainda no plano político. E não passa ao plano jurídico. Expõe as opções com que se defronta o soberano no momento da constituição do Estado. Restringe-se a manifestar que há conveniências que devem ser satisfeitas, para que seja firme a instituição: “o que torna a constituição de um Estado verdadeiramente sólida e estável é o fato de as conveniências serem de tal modo observadas, que as circunstâncias naturais e as leis estejam sempre de acordo nos mesmos pontos e que aquelas façam, senão assegurar, pelo menos acompanhar e retificar estas”.²⁸

Recaséns Siches, ao examinar o problema da estimativa jurídica, como operação prévia ao estabelecimento do Direito Positivo, conclui que a normação supõe a escolha de um determinado padrão dentre vários outros igualmente possíveis.

Pressuposta a existência do Soberano, no qual está a vontade geral, “o ato que institui o governo não é um contrato, senão uma lei. Na formação da vontade geral concorrem elementos de ordem exclusivamente política, critérios de conveniência. O elemento jurídico só vem surgir a partir do momento em que a vontade geral começa a atuar, através do consentimento dado às leis. Pelas leis “o soberano determina que fica estabelecido um corpo de governo de tal ou

26. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Parte II, cap. VII.

27. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Livro II, cap. VII.

28. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Livro II, cap. XI.

qual forma". Feita esta escolha, o que normalmente acontece através de uma Constituição, começa a ter vida o elemento jurídico.

Repetimos, entretanto, que Rousseau não se dedicou ao estudo dos elementos jurídicos. Fixou-se na determinação dos elementos políticos como opções possíveis para uma escolha através da instituição do Estado, com a conseqüente concretização no Direito Positivo, através da atuação do poder constituinte, que estabelecerá uma Constituição.

Os elementos políticos, pré-jurídicos, postos por Rousseau se consubstanciam nos conceitos de soberania, vontade geral, formas de governo, representatividade.

O soberano ou corpo político, conseqüência imediata do pacto social, se constitui pela "alienação total de cada associado com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade", e, sendo "a alienação sem reserva, a união é tão perfeita quanto possível". Através do soberano "cada um de nós põe sua pessoa e poder sob uma suprema direção da vontade geral, e recebe ainda cada membro como parte indivisível do todo".²⁹

São características da soberania a inalienabilidade, a indivisibilidade, a infalibilidade e o absolutismo.

A vontade geral é "a vontade constante de todos os membros do Estado".³⁰ Pelo cálculo dos votos numa assembleia se deduz a declaração da vontade geral. Nestas condições, "os caracteres da vontade geral estão na maioria".

As formas de governo se consubstanciam na democracia, na aristocracia e na monarquia ou governo real. Mas reconhece que o problema relativo ao melhor governo é realmente "uma questão insolúvel". Não deixa, entretanto, de manifestar sua opinião a esse respeito, baseando-se no fim da associação política. Inquire a si mesmo qual seja esse fim, e responde que é "a conservação e a prosperidade de seus membros. E qual é o melhor sinal de que se conservam e progridem? Seu

29. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Parte I, cap. VII.

30. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Livro IV, cap. II.

número e população. Não é, pois, preciso buscar mais longe este signo tão discutido. O governo sob o qual, sem meios estranhos, sem naturalização, sem colônias, os cidadãos se desenvolvem e se multiplicam mais, é infalivelmente o melhor. Aquele sob o qual o povo diminui e perece é o pior". Vê-se, portanto, que se restringe a uma análise dos efeitos, sob o aspecto numérico, da forma de governo para a escolha do melhor.

A representatividade é para Rousseau um sinal da decadência do Estado, pois que, quando o serviço público deixa de ser a principal ocupação dos cidadãos, que passam a preferir o seu interesse, deixam eles de ir ao conselho e nomeiam deputados. "A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa". Daí a sua conclusão no sentido de que "no poder legislativo, não pode o povo ser representado, porém, pode e deve sê-lo no poder executivo, que é a força aplicada à lei".

Rousseau coloca a origem da soberania no povo. Mas seu conceito de soberania é atomístico, pois para se chegar à concepção da soberania do Estado, será necessário somar todas as parcelas de soberania que existem nos indivíduos; seria necessário, para se saber qual é a vontade geral, apurar a soma final de todas as vontades de todos e cada um dos indivíduos. E aqui Rousseau foge à lógica, aceitando a vontade da maioria como manifestação da vontade geral.

Vê-se, pois, que o autor do "Contrato Social" apreendeu bem o conceito de soberania, em sentido adjetivo, ou seja, como aquela "qualidade do poder que, na ordem de sua competência, não provém de nenhuma autoridade a ela superior"; mas enganou-se quando quis situar substantivamente a soberania, assim entendendo-se o "detentor da força política suprema no Estado", pois que desloca a sede da soberania do Estado para o povo.³¹

31. BURDEAU, G. "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques", L.G.D.J., 6^e ed., Paris, 1974.

Fundando-se a soberania no povo, como soma dos indivíduos componentes, poder-se-ia objetar que a teoria de Rousseau seria uma negação tanto do Estado quanto da própria soberania, pois que colocá-la nos indivíduos seria sujeitar sua sobrevivência à vontade sempre volúvel dos próprios indivíduos.

Apesar do sucesso alcançado pela teoria do Contrato Social, que se tornou o livro de luta dos revolucionários franceses, que o declamavam em praça pública, a primeira Constituição revolucionária, de 3 de setembro de 1791, não aceitou a tese da soberania popular, mas sim a da soberania nacional, isto é, aquela que coloca a soberania não no povo, mas num ser coletivo e abstrato. Assim é que o art. 3º do Preâmbulo dessa Constituição declara que “o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação”.

Somente na Constituição de 24 de junho de 1793 é que vem adotada a teoria de Rousseau. O art. 25 do Preâmbulo declara que “a soberania reside no povo; ela é una e indivisível, imprescritível e inalienável”. E o art. 26 continua: “Nenhuma porção do povo pode exercer o poder do povo inteiro; mas cada porção do soberano reunida deve gozar do direito de exprimir sua vontade com inteira liberdade”.

Assumem neste texto forma e força jurídica, os pressupostos políticos apontados no Contrato Social.

A soberania se concentra no povo, como determina o art. 7º da mesma Constituição: “o povo soberano é a universalidade dos cidadãos franceses”.

Para o exercício dessa soberania o povo francês se encontra distribuído em assembleias. (art. 2º).

A soberania não se pode concentrar no indivíduo; e todo aquele que tentasse usurpar essa mesma soberania, seja imediatamente morto pelos homens livres. (art. 27 do Preâmbulo).

E como é o povo, reunido em assembleias, que tem o direito de adotar a Constituição que melhor lhe pareça, é este mesmo povo que tem o direito de reformá-la e de mudá-la. E aqui se vê, claramente a aplicação da teoria rousseauiana,

em virtude da qual o povo aliena os seus direitos ao soberano, conservando-os, entretanto (art. 28 do Preâmbulo da Constituição de 1793).

E como cada povo é soberano em relação a si mesmo, dentro do espaço temporal de sua existência, não assiste a uma geração o direito de submeter às suas próprias leis as gerações futuras, pois que estas serão também soberanas em relação a si mesmas, não se podendo submeter à vontade alheia, senão à do soberano, que se constitui pela vontade de cada povo, observados os limites temporais (art. 28 do Preâmbulo).

Se, alienando os próprios direitos ao soberano, o cidadão, "ut singulus", os recebe de volta e os conserva, "cada cidadão tem um direito igual de concorrer para a formação da lei e para a nomeação de seus mandatários e de seus agentes".

Conseqüentemente, se dependem da vontade do povo, essencialmente variável, é fácil verificar-se que "as funções públicas são essencialmente temporárias", e não podem ser entendidas, nem como distinções, nem como recompensas, mas como *deveres*, pois que o povo escolhe seus mandatários ou seus agentes, não para lhes dar privilégios, mas para lhes impor a obrigação de bem executar a vontade geral expressa na lei.

Outra conseqüência da adoção do princípio da soberania popular na Constituição é que "os delitos dos mandatários do povo e de seus agentes, não devem jamais ficar impunes. Ninguém tem o direito de se pretender mais inviolável do que os outros cidadãos".

A força garantidora do direito imposto pela Constituição reside também no povo: "a força geral da República é composta pelo povo inteiro". E essa força é somente executora, pois que "nenhum corpo armado pode deliberar".

Vemos, pois, que a Constituição francesa de 1793 acolhe o conceito de soberania formulado por Rousseau na sua integralidade. Até mesmo as características da soberania, apontadas por ele, quais sejam as de inalienabilidade, indivisi-

bilidade, infalibilidade e absolutismo, estão explicitamente aceitas na Constituição. Assim é que o artigo 25 do seu Preâmbulo declara que a soberania “é una e indivisível, imprescritível e inalienável”; quanto às características de infalibilidade e absolutismo, estão declaradas no art. 28, pois, ao dizer-se que “um povo tem sempre o direito de rever, de reforma e de mudar sua constituição”, está subentendido que não há ninguém acima do povo com capacidade de determinar as normas com as quais se deva governar. E na determinação de que “uma geração não pode submeter às suas leis as gerações futuras”, está dito que o soberano é infalível, uma infalibilidade relativa, é verdade, pois que válida quanto ao povo de uma determinada época somente; mas, quanto ao povo que as institui, essas leis são infalíveis.

O conceito de vontade geral é também acolhido na mesma Constituição, que, no art. 4º do Preâmbulo, assim se expressa: “A lei é a expressão livre e solene da *vontade geral*; ela é a mesma para todos, quer proteja, quer puna; ela não pode ordenar senão aquilo que é justo e útil à sociedade; não pode proibir senão aquilo que lhe é nocivo”.

Quanto à representatividade, deve-se dizer que a Constituição de 1793 não podia acolher os pressupostos de Rousseau. Segundo ele “a soberania não pode ser representada, pela mesma razão pela qual não pode ser alienada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa”. E mais, “quando um povo nomeia representantes, deixa de ser livre”. E conclui, afirmando que não há possibilidade de o soberano conservar seus direitos, a não ser que a nação seja muito pequena. Assim sendo, a representatividade será uma necessidade, quando o número de cidadãos for muito grande, pois que seria inexequível sua participação direta, em relação a todos e cada um dos cidadãos, no processo de elaboração das leis.

A extensão territorial da França impunha a adoção da representatividade. Assim é que o art. 21 da Constituição de 1793 estabelece que “a população é a única base da *representação* nacional”. Pelo princípio da representação o povo

elege um Corpo legislativo (art. 21 e segs.), encarregado da proposição de leis e decretos e um Conselho executivo, encarregado da direção e da vigilância da administração geral, cuja ação se limita à execução das leis e dos decretos do corpo legislativo.

A representatividade é condenada por Rousseau, porquanto seria ela a admissão da alienação da soberania, mas é admitida quando se leva em conta o grande número dos indivíduos componentes do povo. E sob esse aspecto a Constituição de 1793 acompanha o pensamento do genebrino. Admite a representatividade como um mal menor, às vezes necessário.

Relativamente às formas de governo, Rousseau não aceita a democracia, pois que nela haveria confusão entre o soberano e o governo. Se o que faz a lei deve ser distinto do que a executa, não se pode aceitar a democracia, pois que nesta o povo seria legislador e executor das leis por ele feitas.

Condena a monarquia, pelo perigo que representa para o povo.

Aceita a aristocracia eletiva como a melhor forma de governo, pois que esta, "além da vantagem da diferenciação dos dois poderes, tem a da eleição de seus membros, porque, no governo popular, todos os cidadãos nascem magistrados, porém aqui é limitado seu número e ninguém pode sê-lo senão por eleição, forma pela qual a probidade, as luzes, a experiência e todos os outros motivos de preferência e de estima pública são outras tantas novas garantias de ser governado sabiamente".³²

Segundo ele ainda, o governo republicano está acima do monárquico, pois que "somente eleva aos primeiros postos os homens de destaque e capazes, que os regem com honra".³³ Eis a contradição. Rousseau abomina a representatividade, e exige-a, ao declarar como melhor a aristocracia eletiva.

Ê este o conceito adotado pela Constituição de 1793.

32. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Livro III, cap. V.

33. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Livro III, cap. VI.

A realeza foi abolida na França em setembro de 1792, e no mesmo mês instituída a república. A Constituição de 1793 manteve a forma republicana, sob a forma da aristocracia eletiva, sendo eleitos os membros do Corpo legislativo e do Conselho executivo.

Vimos assim, superficialmente, como os princípios filosófico-políticos estabelecidos por Rousseau no "Contrato Social" adquiriram forma jurídica através de sua inserção numa Constituição, adquirindo valor e força jurídicas por vontade do Estado.

5. CONCLUSÃO

A Teoria de Rousseau — Sua Sobrevivência

Apesar das obscuridades e contradições do Contrato Social, não se pode negar tenha ele exercido profunda influência nos primeiros constitucionalistas, e principalmente, como vimos, na Constituição francesa de 1793, aliás jamais aplicada, como nota Jean-Jacques Chevalier.³⁴

As idéias mestras do grande pensador perduraram, mudando muitas vezes a feição, mas permanecendo sempre vivas e influenciadoras.

Sua herança espiritual é enorme. Utilizando-se de conceitos já existentes, estrutura-os dialeticamente, dando-lhes vida e força capazes de mudar o panorama político-jurídico. Natureza e contrato social, soberania, vontade geral e sua manifestação — a lei —, formas de governo, representatividade, são *idéias-força* colocadas em ação pelo poder da mente do filósofo genebrino.

Passando agora sob o crivo da estimativa os problemas analisados até agora, poderíamos nos perguntar se Rousseau já estaria ultrapassado e inteiramente superado, ou se ele é ainda um autor sobre o qual poderíamos assentar uma doutrina política atual.

34. CHEVALIER, Jean-Jacques. "As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias", Agir Ed., Rio, 1973, pág. 191.

Se aceitarmos que a teoria de Rousseau é essencialmente utópica e ideológica, e, nestas condições, vinculada profundamente aos dados sociológicos de seu tempo, não podemos admitir seu aproveitamento na época atual. Exerceu sua influência e teve sua aplicação no seu tempo e nele se exauriu.

Nasceu vinculada à preocupação com a gênese do poder, bem como sua justificação.

Já vimos que interessava ao racionalismo imperante na época, expressão da força iluminadora e criadora da mente humana, deslocar a origem do poder. E, como se apontava na época uma origem sobrenatural tanto para o poder espiritual quanto para o temporal, vinculada à tese da origem divina da autoridade, erroneamente explicada e erroneamente entendida, como já mostramos, o iluminismo afirmou uma origem natural para o poder, com a subsequente racionalização através do contrato. E, para isso, foi buscar apoio numa teoria pré-cristã, aliás em muitos pontos de uma analogia encantadora com os princípios cristãos, para mostrar justamente que o poder não vem do alto, em sua forma concreta, mas sim da natureza que, em sua evolução progressista, leva o homem a se reunir em sociedade, congregando-se sob uma autoridade por ele mesmo instituída e mantida.

É óbvio, portanto, que, sob este aspecto, a teoria contratualista de Rousseau não tenha, nem possa ter qualquer influência sobre as teorias políticas modernas.

É preciso distinguir, contudo, entre os temas tratados e as soluções por ele apontadas. Os temas, podemos dizer que são politicamente eternos, ou seja, enquanto houver sociedade humana, pelo menos nos moldes por nós conhecidos até agora, sempre se discutirá sobre soberania, democracia, representatividade, etc. Quanto às soluções por ele apontadas, só apresentam para nós interesse histórico-político-jurídico. Interessam-nos enquanto estivermos estudando as soluções políticas e jurídicas viáveis naquela época, e que com ela exauriram seu interesse e aplicabilidade.

A questão da origem do poder é hoje ponto pacífico. Quase todas as constituições consagram a origem popular

do poder, não se vislumbrando qualquer tentativa de uma oposição a uma origem concreta sobrenatural, já totalmente sem sentido.

Não é nosso interesse fazer estudo comparado de Direito Constitucional, mas é conveniente, pelo menos exemplificar o que dissemos.

Assim é que a Constituição da República Federativa do Brasil declara no § 1º do art. 1º que “todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”.

A Constituição da França, a de 1958, declara no Título I, art. 2, que “a França é uma república indivisível, laica, democrática e social...; seu princípio é o governo do povo, pelo povo, e para o povo”, e no art. 2 estabelece que “a soberania nacional pertence ao povo...”

A Constituição da Itália afirma que “a soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e nos limites da Constituição (art. 1º).

A atual Constituição da Tchecoslováquia parte do princípio de que “todo o poder pertence ao povo trabalhador”.

A preocupação moderna não é mais quanto à origem do Poder, mas sim quanto à forma pela qual ele é exercido em nome do povo. Donde poder-se dizer que prepondera a preocupação com a causa final do poder, quando Rousseau ficou predominantemente com o estudo da causa eficiente.

Ambas, contudo, têm um ponto de convergência: destinam-se a *limitar* o exercício do poder por parte dos órgãos dele incumbidos pelo povo.

Este aspecto é uma conquista, que a humanidade deve a Rousseau. Embora não tenha sido ele o “descobridor” dessa característica, foi ele, contudo, o que lhe deu uma formulação mais completa. A afirmação da origem popular do poder, em virtude da qual o povo é que era o soberano, coarctava a ação do “governo”, entendido como “um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano, para sua

mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da conservação da liberdade, tanto civil quanto política.³⁵

A sede do poder está no soberano. E o ato pelo qual um povo se submete aos chefes, ao “governo”, não é um contrato. “É somente uma incumbência, um cargo, pelo qual, simples empregados do soberano, exercem em seu nome o poder de que os faz depositários, e que ele pode limitar, modificar e reivindicar quando lhe aprouver”.

Assim Rousseau propõe a *limitação do poder* pela afirmação de sua origem. E isto em virtude da específica situação de sua época, como já vimos.

Hoje a *limitação*, sem perder de vista a origem, visa também às *finalidades do exercício do poder*.

Limita-se o exercício do poder, para que os seus exercentes não se extravasem de sua competência, impedindo total ou parcialmente a realização plena do indivíduo dentro do contexto social.

Observe-se, contudo, que a limitação não é abstencionista, como a apregoada pelo individualismo racionalista.

Em nossos dias o poder público tem que intervir no domínio privado com vistas a promover o bem social, para, concomitantemente, favorecer ao aperfeiçoamento individual. Mas nesta intervenção há também limitações, pois que o indivíduo não pode ser reduzido a mero número, simples peça de uma engrenagem social.

Quanto à soberania, pois, a concepção firmada por Rousseau vinculou os tempos e as Constituições posteriores a ele. Desloca-se o ponto de apoio. À teoria da soberania do príncipe sucede a da soberania popular com todas as suas conseqüências. Rousseau não definiu juridicamente a soberania. Explicitou simplesmente a sua característica de *superioridade*, a supremacia em relação aos demais elementos da vida interior do Estado. E deslocou essa “supremacia” de uma sede individual e personalíssima (a pessoa do monarca) para um ente coletivo concreto, o povo.

35. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Livro III, cap. I.

Essa sua conquista permaneceu.

Impugnou a democracia, amarrado que estava ao pressuposto de que esta só poderia ser direta e também por entender que a sua concretização suprimiria a separação entre poder legislativo e executivo.

Rejeitou a representatividade, por entender que com ela o povo alienaria sua soberania.

Aceita-a, contudo, quando propõe a aristocracia eletiva como a melhor forma de governo. E preceitua a eleição como a única forma de escolher os melhores para o governo. Os eleitos representariam ao povo no exercício do poder, sob o pressuposto de que "a ordem melhor e mais natural é a de que os mais sábios governem a multidão quando se tem a certeza de que governarão em seu proveito e não no próprio".³⁶

Não foi Rousseau quem por primeiro propôs a eleição como forma de escolha dos melhores, é certo, mas a sua proposição dentro de uma obra destinada a retirar o poder soberano da monarquia e a transferí-lo para o povo, colocava-a como única alternativa para escolha dos representantes do povo, especificamente como reflexo de uma ordem melhor e mais natural.

Em síntese, é inegável a influência de Rousseau no pensamento político moderno, com as restrições feitas quanto à vinculação temporal de algumas das soluções por ele preconizadas.

6. BIBLIOGRAFIA

- BATIFFOL, Henri — *Filosofía del Derecho*. EUDEBA, Buenos Aires, 1964.
- BIDART CAMPOS, G. J. — *Derecho Político*. Aguilar, Buenos Aires, 1969.
- BORNHEIM, Gerd A. — *Os filósofos pré-socráticos, introdução, tradução e notas de Gerd A. Bornheim*. 2ª ed., Cultrix, São Paulo, 1972.
- BURDEAU, G. — *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. L.G.D.J., 6ª ed., Paris, 1974.
- — *Traité de Science Politique*. L.G.D.J., 2ª ed., Paris, 1966.

36. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., Livro III, cap. V.

- CASSIRER, Ernst — *O Mito do Estado*. Zahar Ed., Rio, 1976.
- CHEVALIER, J.J. — *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Agir, Rio, 1973.
- DABIN, Jean — *L'Etat ou le Politique — Essai de définition*. Dalloz, Paris, 1957.
- DEL VECCHIO, G. — *Lições de Filosofia do Direito*. Arménio Amado Ed., Coimbra, 1972.
- — *L'Etat et le Droit — Essais de Philosophie Politique*. Dalloz, Paris, 1964.
- ENGELS, F. — *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Civilização Brasileira, Rio, 1975.
- — *Anti-Dühring*. Ed. Ayuso, Madrid, 1975.
- HEGEL, G.W.F. — *Principes de Philosophie du Droit*. Gallimard, 10^a ed., Paris, 1940.
- — *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*. Atena Ed., Rio, 1936.
- HOBBS, Thomas — *Leviatã*. Cap. XIII a XVIII.
- KANT, E. — *Vers la Paix Perpétuelle*. Presses Universitaires de France, Paris, 1958.
- — *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, Mexico, 1968.
- LENK, Kurt — *El Concepto de Ideología*. Amorrortu Ed., Buenos Aires, 1974.
- LOCKE, J. — *Segundo Tratado sobre o Governo*. Caps. II e VII.
- MALBERG, R. Carré de — *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1948.
- MANNHEIM, Karl — *Ideología e Utopia*. Zahar Ed., Rio, 1972.
- ROUSSEAU, J.J. — *O Contrato Social*. Edições de Ouro, Rio, s/d.
- — *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*. Ed. Sociales, Paris, 1954.