

O CONTRATO SOCIAL EM ROUSSEAU NO ESTADO JUDICIALISTA

SOCIAL CONTRACT IN THE JUCIALIST STATE

ANDRÉA MARIA DOS SANTOS SANTANA VIEIRA

Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória. Advogada da União.

PEDRO GALLO VIEIRA

Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória. Advogado da União.

RESUMO: A onda do neoconstitucionalismo vem criando um verdadeiro Estado judicialista. Este Estado caracteriza-se como aquele onde as grandes decisões são tomadas não pelo Parlamento, mas pelo Poder Judiciário. Dentro dessa perspectiva atual, retornamos aos presságios do contratualismo, em especial em Rousseau e sua soberania popular. Para Rousseau, o Parlamento é a expressão do povo, que se submeterá às leis que ele mesmo confeccionou. Nesta esteira, verificam-se tentativas, porém acanhadas, de retorno da submissão do governo à soberania, tal como a Proposta de Emenda à Constituição nº 03 de 2011. A questão do Estado judicialista faz-nos duvidar se de fato o homem em estágio de natureza foi convocado a pactuar com toda a sociedade para um contrato social ou se existe uma soberania popular.

Palavras-chave: Contrato social; Estado judicialista; soberania popular.

ABSTRACT: The wave of neoconstitutionalism is creating a real judicialist state. This state is characterized as one where major decisions are taken not by Parliament but by the Judiciary. Within this current perspective, we return to the omens of contractualism, in particular Rousseau and his popular sovereignty. For Rousseau, the Parliament is the expression of the people, who will submit to the laws that he himself concocted. On this track, there are attempts, however timid, return the submission to the government's sovereignty, as the Proposed Constitutional Amendment No. 03 of 2011. The question of the judicialist state makes one wonder if indeed the man on stage nature was summoned to go along with the entire society to a social contract or if there is a popular sovereignty.

Key words: Social contract; judicialist state; popular sovereignty

ÍNDICE

Introdução. 2 Os contratualistas. 3. O contrato social com soberania popular. 4 O soberano de Rousseau e o novo governo – o Parlamento e a Justiça. 5 Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Em plena era democrática, parece que o Parlamento brasileiro vive sua pior fase com enorme desprestígio, sem força política para guiar a produção legiferante nacional e impor a vontade popular. Antes era somente arrebatado pelo Poder Executivo (ALVES e OLIVEIRA, 2011, p. 7989), que com suas medidas provisórias figurava, mesmo que de forma anômala, como o grande vetor da produção normativa nacional, até que o Poder Judiciário, sob uma nova formação do Supremo Tribunal e escorado em teorias jurídicas pós-positivistas (SARMENTO, 2009, p. 268), começa a querer dar também suas cartas. Certo que, tanto Executivo quanto Judiciário não são as funções mais adequadas para exprimir a vontade do povo. A soberania popular, processo de uma maturação de ideias decorrentes do contratualismo social, idealizada por Rousseau e adotada pela ordem constitucional brasileira sofre um reverso de usurpação.

O ponto culminante da demonstração de fraqueza do Parlamento brasileiro se deu quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, que concluiu pela possibilidade da união estável entre casais do mesmo sexo. O Poder Legislativo, fiel voz da soberania popular, não foi a instituição que deliberou acerca da normatização em questão, apesar de ser “o coração do Estado” (ROUSSEAU, 2002, p. 122). Além disso, ainda teve que tolerar a normatização judicial que pugnou em firmar o entendimento que “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, § 3º da CF/88) também significaria união entre casais do mesmo sexo, sem qualquer providência de procedimento de emenda à Constituição.

Como forma de reação, gestou-se no Parlamento a proposta de emenda à Constituição nº 03 de 2011 com vistas a alterar o artigo 49, inciso V, para possibilitar ao Poder Legislativo o

exercício de um poder-dever constitucional para a contenção de atos normativos de outros Poderes da República.

Embora o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados sobre a PEC 03 de 2011 discorra expressamente que o escopo da mudança constitucional seja apenas para sustar decisões de cunho administrativo e não judicial, o próprio documento se encarrega de manifestar o descontentamento do Parlamento perante o ativismo judicial, que usa de argumentos como inoperância, lentidão e falta de legitimidade do Poder Legislativo, em temas contramajoritários, para que o Judiciário possa atuar como verdadeiro legislador. Queixa-se o parecer do abandono do Poder Judiciário de sua tradicional função de guardião negativo da constituição, para tentar assumir uma função de protagonista do processo democrático, tomando para si ares de arquiteto constitucional com poderes para redesenhar outras instituições e a própria Constituição (RELATÓRIO CCJC/PEC 03/2011).

Talvez a prudência do Legislador Constituinte de Emenda, de iniciar seu discurso com intuito de trazer os holofotes sobre a tentativa de contenção do Poder Judiciário para fora do âmbito parlamentar, seja mera estratégia política, pois ao deixar claro no parecer da CCJC que a PEC 03/2011 não se amolda à reversão de decisões judiciais típicas, tem por provável que não será alvo de críticas no sentido de uma possível tentativa de vilipendiar atribuições da própria Justiça por parte do Parlamento.

Inobstante aos argumentos empossados no parecer da PEC 03/2011 junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara, a justificativa inicial da proposta não diferencia em momento algum a possibilidade de sustação pelo Poder Legislativo de atos do Poder Judiciário, no que pese a atos meramente administrativos ou atos tipicamente judiciais criadores de normatizações (BRASIL. Câmara dos Deputados. Justificação da Proposta de Emenda Constitucional de nº 03 de 2011). Ademais, é prudente lembrarmos que a hermenêutica constitucional não se vincula aos motivos empossados nas razões da emenda projetada, sendo o parecer mera peça *interna corporis* dentro do processo parlamentar.

Neste contexto, importante relembarmos as razões as quais legitimam os Poderes da República, fazendo um retorno ao contratualismo. Traremos as três teorias históricas do contrato social, de Hobbes, Locke e Rousseau como um panorama evolutivo do Estado

moderno que emerge de uma obediência ao príncipe absoluto até encontrar-se com o povo pela via da soberania popular, expressamente prevista na Carta brasileira.

Pelo Contrato Social de Rousseau, adentraremos à soberania popular, pensamento que moldou em cheio os Estados Democráticos de Direito da atualidade. O Parlamento será a morada da vontade geral, sendo o príncipe na teoria rousseaneana mero detentor da força estatal, sempre submissa ao povo. Contudo, os caminhos históricos dos Estados Democráticos de Direito, que ao mesmo tempo culminaram por determinar uma soberania popular como forma de manter o povo como soberano, tendem a inverter essa lógica com as teorias neoconstitucionais cuja interpretação de valores por meio da Justiça, por vezes, antecipam-se ao próprio Parlamento, vide a conclusão da já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Por conta dessa tendência judicializante das decisões políticas, posta em plenário de tribunais e não nos plenários das Casas Legislativas, é que fica a indagação acerca do contratualismo social de Rousseau, moldado sobre os intentos da soberania popular. Assim, serão objetivados a apresentação dos três pensamentos de contrato social, a demonstração do contratualismo rousseaneano, como a opção de contrato social pelos Estados modernos, e por fim a ideia neoconstitucionalista arrebatadora das ponderações de Rousseau.

Para isso faremos uma abordagem com o uso da metodologia histórico-dialética, contrapondo as evoluções históricas, as diferenças entre os contratos sociais e a prevalência da soberania popular nas constituições democráticas ameaçadas pela perspectiva neoconstitucional traduzida pelo empoderamento do Poder Judiciário em detrimento ao Parlamento.

2 OS CONTRATUALISTAS

No Leviatã, Hobbes chocou seus leitores ao argumentar, aparentemente, que não existe nenhum vínculo inevitável ou lógico entre essa orientação religiosa natural – o sentimento de assombro e temor diante de nossa falta de conhecimento e poder quando confrontados com o absoluto – e o teísmo convencional (MORRISON, 2006, p. 94). Este primeiro contratualista irá apelar para a natureza do ser por meio do apelo a um Deus misterioso e onipotente cujo poder e cujos fins encontram-se simplesmente além de nossa limitada capacidade de

entendimento. Deus estaria na base da obediência porque seu direito de dominar e punir aqueles que infringem suas leis provém do fato de ser irresistível o seu poder (MORRISON, 2006, p. 99).

Para Hobbes a essência que subjaz à relação do homem com a religião é o *mana*, ou *medo do poder do desconhecido*, o poder do misterioso, o mero poder incognoscível que reduz tudo o mais a um ser insignificante (IBIDEM, p. 100). O Soberano seria o personagem central para decidir de que modo esse temor reverencial deve ser expresso.

O Leviatã se propunha a apresentar uma interpretação verdadeira e definitiva da vida política. Nenhuma ordem essencial ligaria os homens da origem ao fim de todas as coisas (IBIDEM, p. 104). Quando definimos as ações como boas ou más, o que está em operação é um procedimento humano, uma questão de nossa sociabilidade, e não nosso movimento no sentido de satisfazer uma ordenação natural do cosmo. Rejeitam-se todas as formas tradicionais de direito natural (IBIDEM, p. 105-106).

O direito natural de Hobbes estaria no próprio fato da igualdade relativa da humanidade, situada em um mundo de escassos recursos, resulta em tensão contínua, uma guerra de todos contra todos. Neste passo, a criação do governo tiraria a condição natural, o que resulta em civilização e bloqueia o caos. No estado natural de Hobbes, não há pecado nem justiça, pois não há poder monocrático de um Soberano ou um deus que estabeleçam tais definições. Direito natural seria apenas uma condição natural no sentido de exercer um poder básico de preservação de vida (IBIDEM, p. 107-109). Assim sendo, seriam dezenove as leis naturais – mais apropriadamente, conclusões relativas ao que é apropriado para a preservação e defesa do homem na sociedade – inclusive a afirmação de que nenhum homem é juiz de si próprio (IBIDEM, p. 111).

O interessante é que esse primeiro contratualista faz surgir uma moderna relação súdito-soberano e oferece uma nova configuração e legitimidade epistemológicas à autoridade do poder. O direito positivo ou humano substitui o direito natural em decorrência do processo de naturalização. A perspectiva naturalista desintegrou a ontologia de Deus, que se transformou em uma ideia que era importante para o homem; o medo de Deus tornou-se uma função natural, refletindo o predomínio do *mana* (IBIDEM, p. 116). São abertas as portas para que o direito se transforme em norma e que as relações jurídicas tornem-se implícitas na estrutura

do Estado; e assim, gradativamente, o Estado irá assumir as tarefas da administração, da vigência e da submissão à lei e da regulamentação do corpo social (MORRISON, 2006, p. 118).

Podemos destacar Locke como o segundo contratualista. Foi ele um dos mais notáveis pensadores do empirismo inglês e das tradições filosófico-burguesas modernas anti-absolutistas. Para Locke, o conhecimento não partia das ideias inatas a todos os indivíduos, mas de experimentação, da experiência sensível. Da mesma forma, como não há conhecimento inato também não poderia haver poder inato. O poder nunca adviria de Deus. Cria-se assim um contraponto a justificativa do poder divino do monarca absoluto de Hobbes (MASCARO, 2010, p. 172-173).

No “Primeiro tratado sobre o governo civil”, Locke refuta as teses absolutistas de Robert Filmer, defensor do absolutismo que afirmava serem os monarcas soberanos descendentes de Adão e Eva, e portanto teriam direito divino aos seus tronos. De acordo com esse pensamento, não haveria evidência alguma de uma ligação sanguínea entre os monarcas e Adão e Eva, e ademais, mesmo se houvesse tal ligação, Adão não seria possuidor de nenhum direito divino (IBIDEM, p. 173).

Já no “Segundo tratado sobre o governo civil”, Locke apresentará a hereditariedade do poder divino como um erro. A mensuração de poder soberano não tem o mesmo substrato dos poderes patrimoniais e familiares. Esta teoria fará desmontar a tradição jurídica aristotélica de enquadramento da polis como uma grande família (IBIDEM, p. 173). Ao contrário do poder familiar, o poder estatal terá como gênese o pacto entre indivíduos livres, livres para consentir.

Quanto ao contrato celebrado pela sociedade Locke se aproximará de Hobbes, e se distanciará de Aristóteles ao refutar a sociedade inata ao homem (IBIDEM, p. 174). Hobbes e Locke acreditam no estado de natureza sem sociedade, que o homem vem antes da sociedade, mas se diferenciam no momento em que o estado de natureza de Locke não é deletério como o de Hobbes, e sua associação é precedida por um estado de natureza em que o homem conhece ao menos o direito natural. A guerra no estado de natureza lockeniano seria uma consequência do desrespeito ao direito natural, como também será a guerra no estado político. O homem se

associará para que haja uma estabilidade no governo de seus interesses e não para evitar a guerra como pensa Hobbes.

A transição entre o estado de natureza lockeniano para o estado político é sutil e sem traumas uma vez que a maioria dos direitos naturais serão resguardados e apenas elevados a categoria de direitos garantidos pela política (MASCARO, 2010, p. 176-177).

A associação para findar as guerras será feita individualmente na medida em que o homem em sua individualidade não tem a devida força para fazê-lo. Para Locke, a propriedade seria uma amplitude onde estariam a vida, a liberdade e os bens que serão resguardados pelo contrato social. O contrato social servirá para resguardar a propriedade (IBIDEM, 2010, p. 175-176). O Estado não negará o direito natural, mas apenas o reforçará; e o único direito que o contrato social retirará do sujeito será o uso da força por si mesmo. Os outros direitos naturais serão continuados pelo contrato social, em especial o direito à propriedade.

As funções estatais serão divididas em legislação, jurisdição que se sustentará por meio da força. Locke elenca três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Federativo – que cuidaria das relações exteriores. O Poder Legislativo seria o poder supremo, pois as leis detém supremacia no Estado. (IBIDEM, p. 176-177).

Quanto ao direito natural, este não é um direito inato, mas um direito conhecido pela experiência, característica marcante do empirismo lockeniano. Diferente de Aristóteles que considera o direito natural fenômeno que nasce com a própria condição humana, Locke irá ponderar um direito gestado no estado de natureza individual. A Lei da natureza executada pelos homens em estado natural buscará a preservação da humanidade. Ao transmudar-se do estado de natureza para o estado de sociedade, esse intuito de preservação será subrogado ao Estado (IBIDEM, p. 178-179). Não haverá revogação da lei natural, mas uma afirmação por meio de contrato.

O direito de resistência contra o governo tirano que usurpa do direito natural à propriedade privada será uma das grandes contribuições de Locke. Um retorno ao estado natural para defender o indivíduo do abuso governamental à propriedade privada. Assim justificará a revolução Inglesa e dará sustentação teórica para as revoluções francesa e americana. Para

Hobbes o contrato social beneficia o Monarca e para Locke, a burguesia (MASCARO, 2010, p. 182-183).

Rousseau, o último dos contratualistas, nasceu em Genebra, uma república protestante, sua mãe morreu no parto, seu pai era relojoeiro e teve uma infância sem muitos recursos. Foi abandonado pelo pai que fugiu para não ser preso pela polícia. Expulso de Genebra, converte-se ao catolicismo, viaja pela Europa e estabelece-se em Paris. Dedicava-se à música e às mulheres. Ganha, durante a sua vida muitos amigos e inimigos. Suas ideias foram lema da revolução francesa com a influência de pensadores iluministas (IBIDEM, p. 183-185). Embora fosse comum aos filósofos de sua geração contrariar o obscurantismo religioso e exaltar o racionalismo, Rousseau não nega nem o religioso, nem o racional. Entende, sim, que o estado civilizado não seria o apogeu da humanidade mas seu declínio.

Em civilização, o homem cria necessidades supérfluas e passa a se dedicar aos seus mais baixos interesses (IBIDEM, p. 185), ao ponto de contrariar a certeza da época, que os avanços da ciência e das artes não iriam elevar o espírito, mas escravizá-lo. Neste sentido, prega um retorno ao estado da natureza.

A educação será essencial em Rousseau e irá trazer o humano como algo que não seja mera razão, mas também sentimento. O homem mais evoluído, dotado de inteligência e sociabilidade não significa um homem melhor, pelo contrário, será um homem mais dissimulado e egoísta (IBIDEM, p. 186-187). Contudo, para compreender Rousseau é necessário bastante atenção, pois não se busca o retorno ao idílico estado de natureza. O que se pretende é um giro retificador daquele estado civilizatório para algo melhor.

Assim, se mostrará inconveniente o estudo do Estado de natureza com o empírico, porque qualquer empiria seria viciada na medida em que seu mundo seria impossível escapar (IBIDEM, p. 187), tendo-se apenas um Estado de natureza por meio de hipóteses. Neste passo, os contratualistas que precederam Rousseau equivocaram-se, pois atribuíram vícios da civilização atual ao Estado de natureza.

O homem em natureza não teria necessidade nem de engenhos, de ferramentas, de técnicas, de palavras, nem de residência, nem de guerra, nem vínculo com seu semelhante (IBIDEM, p. 188) porque é livre e pode facilmente se aperfeiçoar. Esse aperfeiçoamento, no entanto,

poderá levá-lo a um nível de inferioridade moral. A instalação da propriedade privada na vida humana será o passo civilizatório, mas também será a derrocada de sua bondade. As guerras e a desigualdade se iniciaram com a propriedade. A evolução e a divisão do trabalho criarão desigualdades, abusos e dominação (MASCARO, 2010, p. 191-192).

Os indivíduos associam-se em um todo e passam a ser legisladores e súditos desse todo. Assim o homem vira legislador de si mesmo e não perderá sua liberdade. Para Rousseau, o contrato social não finda a liberdade pois o homem será súdito de si mesmo e não servo de outro senhor (IBIDEM, p. 196). Liberdade e obediência são faces de uma mesma moeda para Rousseau. Ocorrerá uma valorização do conceito de comunidade, no sentido de que o cidadão deverá se alienar por completo à esta. Todos perdem – obediência – mas todos ganham – liberdade.

O homem não é ser isolado, mas membro de um todo. Ele se doará por completo, não a um terceiro monarca, mas à comunidade qual está inserido. Rousseau é um democrata. O cidadão é um ser ativo e não um ser isolado como preconiza Hobbes e Locke. A soberania não será delegada, mas exercida pelo próprio indivíduo. O Estado não é distinto de seus membros e os indivíduos participam da soberania. A vontade geral dos cidadãos ativos substituirá a vontade individual em busca do bem comum. Uma nítida diferenciação de Rousseau face os outros contratualistas que pregam a delegação da soberania a um terceiro, criando apenas uma justificativa formal de autoridade. O contrato social rousseauiano justifica a legitimidade substancial e formal ao firmar que o poder está na busca do bem comum (IBIDEM, p. 196-197).

O bem comum não é a simples junção das vontades individualizadas, mas de uma coletividade que se dará pela vontade geral. Essa vontade geral não poderá ser expressa por um monarca apenas, mas sim por leis. Rousseau, então, descreve a necessidade de leis gerais, impessoais e universais, conceitos banais atualmente em direito (IBIDEM, p. 198).

Os objetivos das leis para atender ao bem comum deverão ser a Liberdade e a Igualdade. Esses são lemas utilizados pelos revolucionários burgueses da França que buscavam, sobretudo liberdade para contratar e igualdade formal. Contudo Rousseau vislumbrou uma igualdade além da formal, quando os pobres não fossem miseráveis e os ricos não fossem usurpadores. Não será livre aquele que atuar como quiser e em contrário a lei. Será livre

aquele que atuar de acordo com a lei, pois a lei é fruto de sua designação. Essa ideia de Rousseau irá influenciar Kant para criar sua liberdade por meio de *autonomia* – liberdade por obediência às leis de si mesmo – contrária à *heteronomima* – liberdade por obediência às leis do contrato social (MASCARO, 2010, p. 199-200). Rousseau inovará na ideia de soberania popular. Os que governam são sempre subordinados do povo. Se o governo se eleva como poder soberano, acima do povo, ele se degenera. Portanto soberano e governo são duas coisas distintas.

Ao contrário dos pensadores burgueses, Rousseau pensa em um direito natural não puramente racional, extraído da razão humana, mas um direito dotado de sentimentos (IBIDEM, p. 202). Neste caso difícil se faz saber quais são as diretrizes do direito natural, pois, no estágio civilizatório, com as atuais concepções, não se sabe ao certo que diretrizes o homem no estado de natureza seguia. Qualquer concepção neste sentido seria viciada. Teremos em Rousseau um direito natural dinâmico que sairá da esfera individual e se alterará para um patamar coletivo, do individualismo para o amor próprio em solidariedade (IBIDEM, p. 204).

3 O CONTRATO SOCIAL COM SOBERANIA POPULAR

Na sociedade, o mais forte só será mais forte se transforma a força em direito e obediência em dever (ROUSSEAU, 2002, p. 14). Com isso, o gênero humano não mais tem condição de permanecer no estado de natureza pois, mesmo que assim queiram, as condições prejudiciais lhe forcem a mudar à civilização. Será impelido a contratar num pacto tão perfeito, ao ponto de ninguém poder mais se queixar, porquanto, ao sair do estado de natureza, quando não havia nenhum direito superior que lhe pudesse oprimir, terá que aprazar um pacto em que todos venham a ganhar. Será a submissão de todos à vontade geral, indivisível do todo. Cria-se aí um corpo moral e coletivo, com uma voz geral chamada de Estado, na forma passiva, de Soberano, na forma ativa ou de Autoridade quando posto lado a lado com seus semelhantes (IBIDEM, p. 23-26).

O contrato será do público com o particular, mas formado pelos particulares. Nele, os indivíduos assumirão a postura de soberano, quando somente o poder será transmissível, não a vontade do coletivo (IBIDEM, p. 36). Contudo, nem sempre a vontade do povo tende ao certo (IBIDEM, p. 40). Por vezes poderá representar apenas a vontade particular quando

aferida em sociedades parciais, onde imperar a desigualdade, intentando, sorrateiramente e de modo ilegítimo, ser camuflada como vontade do povo. A vontade geral deverá partir de todos para submeter a todos, podendo perder sua retidão natural se tender para algum interesse não geral (ROSSEAU, 2002, p. 44).

A soberania no contrato social de Rousseau deverá ser um convênio entre iguais, legitimada por um pacto, comum a todos os cidadãos, de utilidade pública, pois intenta o bem comum, baseada na força do público como poder supremo fosse (IBIDEM, p. 46). Assim, terá a lei de manter a igualdade entre as pessoas, uma vez a natureza em si irá sempre desigualar. Num Estado harmonioso, as leis seguem sempre a natureza das coisas, enquanto num Estado em desarmonia as leis quebrarão a natureza possibilitando uma destruição do pacto com eventual retorno ao absolutismo (IBIDEM, p. 73-75).

As leis que regulamentam o domínio político devem ter caráter fundamental e obediência do povo, mas também podem ser mudadas quando o povo assim não mais as queira. O povo é o soberano, que representa a vontade, personificada no parlamento. O governo, por sua vez, representa a força expressa no Executivo. Não adianta ter força se não se tem vontade ou vontade se não se tem força. O Poder Executivo é a força e o Poder Legislativo é a vontade. Partindo-se dessa premissa, não poderá o governo ser a vontade na medida em que este é exercido por um pequeno número de pessoas. A conexão entre a vontade e a força se dará pela alma, no caso o governo, responsável pela execução das leis e pela manutenção das liberdades civis e políticas. Numa outra ponta, a soberania nunca poderá ser relegada. Ela poderá a qualquer tempo retomar seu poder que não foi em momento algum alienado (IBIDEM, p. 76-80). Neste passo, o príncipe ou governo só pode agir conforme o soberano – povo, sob pena de se esfacelar o corpo político (IBIDEM, p. 84 – 85)

Para o Rousseau, o Magistrado – neste caso um representante da Majestade - apresentará três tipos de vontade: a vontade particular, de seus interesses particulares; a vontade comum dos magistrados em favor do príncipe, uma vontade geral em relação ao governo, mas particular em relação ao Estado (uma vontade de classe que comanda o Estado); uma vontade do povo que é geral em relação ao governo e em relação ao Estado (IBIDEM, p. 87). Por vezes o governo usará o Judiciário como voz da soberania que poderá incorrer na vontade do príncipe e não a vontade do povo. Preocupantemente, o soberano poderá ser submetido ao magistrado que poderá macular o pacto e retirar seu poder de soberano.

Na ideia de perfeição política, a vontade particular é nula, e a vontade do príncipe subordinada é à vontade geral soberana (ROSSEAU, 2002, p. 88). Nos governos concentrados em uma só pessoa, não democráticos, primeiro será observada a vontade particular, em seguida a vontade do magistrado ou corpo e por último a vontade geral. Face a pouca legitimidade que terá o governo concentrado em uma só pessoa, como as ditaduras, terá ele que fazer uso da força para manter seu poder, tendo esse governo que se manter sempre ativo e vigilante para não se decompor por conta de sua autocorrosão.

No contrato de Rousseau, todos os cidadãos nascem magistrados, são potenciais ocupantes de cargos públicos, entretanto apenas alguns os ocuparão. Essa seleção pela via eletiva, mesmo que forme uma aristocracia, será boa uma vez que se escolherá a assembleia de homens de grande experiência e valor, o que trará mais respeitabilidade no exterior, certamente mais legítima que um sem números de pessoas qualquer (IBIDEM, 2002, p. 97).

O Judiciário, por sua natureza, não forma nem mesmo uma espécie de aristocracia eletiva pois não é aberto a qualquer do povo e mais se assemelhando com a pior de todas as aristocracias, qual seja a aristocracia hereditária. Quando o poder se contrai em uma única pessoa, abre-se uma enorme distância entre o príncipe e o povo (IBIDEM, p. 102). Dentro de uma esfera democrática onde o Poder Judiciário será o vetor das orientações normativas nacionais, a fórmula de Rousseau, que quanto mais concentrado, mais distante do povo é, mostra-se sem dúvida muito correta. Um Poder de índole aristocrática, distante que se avoca no mister de decidir as questões políticas e civis do povo terá grande inclinação antidemocrática.

A vontade do grupo concentrado atuará sempre contra a vontade geral. Essas duas vontades, de grupo e geral, poderão exercerão um equilíbrio que, todavia, se tendente mais a vontade de grupo, terminará com o príncipe oprimindo e subjugando o próprio soberano povo, corroendo em cheio o trato social. Quando as leis não são mais obedecidas, o príncipe se torna tirano, e a vontade geral será simplesmente descartada. A tirania se dará pelo príncipe que se arrogou de uma autoridade cuja lei não lhe concedeu, usurpando funções (IBIDEM, p. 119-121). Deve-se ter em mente que não são as leis quem fazem a existência de um Estado, mas seu Parlamento, o verdadeiro porta-voz do povo (IBIDEM, p. 123). Se o Legislativo não derogou a lei é porque essa lei ainda é preciosa ao povo. O Legislativo atua por si só, não necessitando de qualquer interessado externo para lhe officiar como faz o Poder Judiciário. Ele tem a

sensibilidade do povo e é acionado pelo povo. Quanto ao Judiciário, este só se moverá apenas por meio de terceiros.

O soberano atua pela vontade geral expressa no Parlamento como fosse o povo reunido. Face ao povo, representado pelo Parlamento, o Judiciário deverá a ele submeter-se, pois o cidadão é tão-mais sagrado que qualquer magistrado (ROSSEAU, 2002, p. 128). E assim, quanto mais relevante for a votação para se chegar a vontade geral, maior deverá ser o quórum para se indicar a vontade, num quórum quase perto da unanimidade. (IBIDEM, p. 149).

4 O SOBERANO DE ROUSSEAU E O NOVO GOVERNO – O PARLAMENTO E A JUSTIÇA

Como vimos, Rousseau aponta o Parlamento como a própria soberania e o governo ou a força vinculada ao Monarca. Diante de novos tempos, de pós-positivismo e de interferência maciça do Judiciário na política, necessário retornar a Rousseau, mas não com o olhar da força sendo exercida pelo príncipe. Hoje está em voga o Poder Judiciário com este perfil de príncipe, trazendo normas gerais, abstratas e imperativas à ordem jurídica, olvidando o soberano.

A soberania popular tem na atividade legislativa a incumbência exclusiva do povo, ou seja, àqueles que não são agentes do próprio Estado, em oposição aos titulares de funções públicas nos aparelhos estatais, de modo que toda ação do poder estatal, devido à vinculação legal deste, deve ser absolutamente controlada e dirigida pela base social. Com base neste pressuposto, o agente público não é dono da função legiferante, mas o povo. O modelo de soberania não pode ser repartido como se faz em Montesquieu ou na Constituição Estadunidense, quando órgãos estatais com soberania parcial controlam-se num sistema de equilíbrio com uma repartição do poder soberano. Ao contrário de Montesquieu, que promove uma divisão de Poderes qual enseja uma divisão parcial de soberania, a soberania rousseaneana permanecerá sempre com o povo de forma indivisível (MAUS, 2010, p. 138)

Quando se fala em soberania popular, essa soberania advém do próprio povo, seja qual for a Função ou Poder a utilizá-lo. Em Rousseau, a soberania é um Poder uno que advém do povo, divisível somente o governo, pelas suas funções de Estado. Será uma separação entre soberania e governo ou soberania e poder estatal. Para Bodin e Hobbes, o monarca é aquele

que não apenas detém o poder estatal, mas aquele cujo Direito gera Soberania e poder estatal, permanecendo juntos (MAUS, 2010, p. 138). Numa percepção democrática, Rousseau afirmará que a atividade legislativa em sentido estrito será sinônimo de Soberania, tendo por compulsoriedade que pertencer junto ao povo.

Todas as funções estatais são, numa democracia de matriz rousseouneana vinculadas ao povo. O controle do Estado se dá, não pelos agentes de Estado, mas pelo povo. Neste viés, o Parlamento não é um poder estatal, mas a personificação da própria soberania popular, na razão em que a função legiferante é quem cria a legalidade que move o Estado. O poder estatal poderá até ser transmitido, mas a soberania é inalienável. O povo poderá modificar a constituição, mas o Estado ou seus agentes não; pois um é o verdadeiro soberano, o outro é mero detentor de poder. As decisões do povo farão criar o Direito e este Direito, após criado, dará norte à soberania. As leis subordinam o governo, não o povo. O povo só se subordinará às leis se estiver inserido nelas (IBIDEM, p. 140).

Em um primeiro momento a constituição vem desbancar o príncipe com o império da lei. Contudo, numa segunda etapa a constituição destronará o Legislador por conta de seus princípios ou valores. Esse desencadeamento atinge em cheio o plano constitucional (IBIDEM, p. 143), neste momento conhecido por neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. Essa nova hierarquia dos princípios sobre as leis causa certa confusão na antiga ordem do direito constitucional.

Carl Schmitt criou sua teoria de valores constitucionais acima das regras constitucionais e das leis ordinárias para desformalizar o sistema clássico de separação de poderes. Para tanto, a soberania deixou de ser de domínio do povo para unir-se ao poder estatal personificado no Führer (IBIDEM, p. 151). Os valores dentro do direito nazista eram o cerne da ideologia. Importante ressaltar que trata-se de uma lenda o fato da complacência do Judiciário para com a lei no período nazista, criada para justificar a vergonha dos tribunais em aceitar os valores nazistas. Não havia leis aplicáveis, tampouco uma hermenêutica excessivamente positivista. As famosas “Cartas aos Juízes” emitidas pelo Ministério da Justiça do Reich a partir de 1942 pugnavam pela utilização de uma orientação axiológica dos juízes, para que esses pudessem decidir com a devida discriminação no caso concreto (IBIDEM, p. 146 – 147). Obviamente que os valores utilizados eram os valores nazistas. Mais tarde, anos após a queda do nazismo, a Alemanha fará uso dessa mesma teoria de valores constitucionais, todavia com a mesma

ausência do poder do povo, e conseqüente primazia do agente estatal (Judiciário). A autonomia do Direito do cidadão será suprimida pela autoprogramação dos aparelhos do próprio Estado. A Constituição transpassa a fase de disposições legais precisas, de soberania legislativa, e se redefinirá por meio de decisões judiciais baseada em axiomas do próprio agente do Estado (MAUS, 2010, p. 151).

Contudo, mesmo que a função judiciária constitucional atue de forma moderada, “self-restraint”, não será dessa forma que atuará conforme a soberania popular (IBIDEM, p. 152). A autocontenção ou moderação vai mais se amoldar aos contornos dos déspotas esclarecidos das monarquias absolutistas, que a verdadeira soberania rousseauiana. A separação de poderes deve vir sempre com o controle entre as funções e não como uma separação de soberania.

A atual forma de se compreender a soberania popular provoca a ideia de que a própria vontade popular está subjugada à Constituição. O povo somente teria vez com a configuração do poder constituinte, olvidando-se assim, qualquer status social vigente. Daí por diante, depois da promulgação da Constituição, as decisões políticas estariam a cargo de um sistema político autoreferencial, isolado da vontade popular (IBIDEM, p. 153-154). Nasce no “povo”, mas torna-se “público”.

As competências expertocráticas do Estado judicialista excluam a formação da vontade democrática, postando em seu lugar interpretações constitucionais soberanas, vez que terão sempre a última palavra sobre a questão (IBIDEM, p. 157), fazendo morrer qualquer esforço social alternativo de interpretação. A soberania popular de Rousseau foi usurpada pela hermenêutica constitucional. Vale lembrar que o risco de crises fará nascer a necessidade de delegarmos a agentes altamente especializados as decisões acerca da economia, agricultura, direito ou até mesmo política. Sob um suposto manto “apolítico”, científico, técnico ou “suprapolítico”, o povo se curvará aos expertos, pois receia a calamidade. Uma suposta racionalidade evolutiva desaguará na desnecessidade ou no medo do político (IBIDEM, p. 162-163).

A grande questão é o distanciamento do povo com o governo. Quanto mais distante for o povo do governo, mais pobre será este Estado (ROUSSEAU, 2002, p. 111). O grande argumento da intromissão do Judiciário nas questões normativas é uma suposta falta de

atitude do Parlamento. Ingeborg aponta por outro lado que não se trata de uma intromissão, mas de uma delegação de competências constitucionais. Contudo, os dois pontos de vista, sejam delegações ou avocações são, sem dúvida, ilegítimos. O distanciamento entre soberano e poder é patente na medida em que os Tribunais, formados por magistrados, que em sua grande maioria não representa vontade geral alguma, mas mera vontade de grupo, venham a decidir questões políticas. Não é o povo quem decidirá, mas a aristocracia judiciária, com a chancela do Parlamento.

No atual estágio que nos encontramos, há forte indicativo da alienação da soberania do povo, que de forma infantil não conseguir conceber uma vida madura, e irá se escorar na figura do Judiciário como fosse um ente patriarcal. É o “superego” da sociedade “órfã” (MAUS, 2000, p. 188-189). Tal qual Locke quando descreve a figura do pátrio poder que erroneamente teria sido admitido apenas ao pai, excluindo-se a imagem materna (LOCKE, p. 55), o Estado Judicialista faz olvidar qualquer figura, seja paterna ou materna. Será um filho bastardo, ressentido de sua condição e disposto à submissão. Assim, talvez de fato, seja o contrato social um verdadeiro simulacro sem que ninguém tenha sido chamado à participar (MOREIRA, 2007, p. 97-98). Mas como bem afirma Friedrich Müller (MÜLLER, 2004), o Estado deve servir o Povo e não o Povo servir ao Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo uma digressão aos teóricos do contrato social, verificamos que de alguma forma ou em algum momento o indivíduo foi instado a firmar um acordo com os demais para que pudessem deixar o estado de natureza e atingir a civilização por força de um pacto.

Hobbes privilegia o governante, Locke é o porta-voz da burguesia e Rousseau a alma do povo. Certamente o Estado Judicialista não será uma fotocópia da soberania de Rousseau, pelo contrário. Com a evolução da política, o Poder estabelecido se verá numa grande encruzilhada cuja legislação será instrumento do povo, e sendo necessário apelar para uma racionalidade obtusa como forma de turvar a visão do soberano, de modo a fazer crer em sua soberania, mas sendo subordinado ao governo, e não o contrário.

Uma aristocracia togada, habilitada a conhecer de valores constitucionais, não poderá ser mais importante que o próprio povo. Neste sentido a proposta de criação de um freio ao príncipe de nossos tempos, o Poder Judiciário, é bem interessante, tal qual Rousseau vislumbrou o limite ao governo pelo soberano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Relatório sobre a Proposta de Emenda Constitucional de nº 03 de 2011.**

ALVES, Adamo Dias e DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **A reforma política e o desafio de implementar o modelo de democracia consensual em face do presidencialismo de coalizão e o bonapartismo. Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 7988-8007 nov/nov 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Justificação da Proposta de Emenda Constitucional de nº 03 de 2011.**

BRASIL. STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.277/DF- DISTRITO FEDERAL e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132/ RJ - RIO DE JANEIRO.

JONH, Locke. **Segundo tratado sobre o governo.** São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”.** Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEbrap. São Paulo, n. 58, p. 183-202, Nov. 2000.

_____. **O Judiciário como superego da sociedade.** Trad. DE CARVALHO, Geraldo e MENDES, Gercélia Batista de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito. Dos gregos ao pós-modernismo.** Trad CAMARGO, Luiz Jefferson. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo.** Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moreaes, 2002.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In **Neoconstitucionalismo.** Org. QUARESMA, Regina. Rio de Janeiro. Forense, 2009.