

# Variações sobre o conceito de povo no regime democrático\*

FÁBIO KONDER COMPARATO

## Do rejuvenescimento do direito pela filosofia

UM DOS PARADOXOS mais salientes da história do direito é a influência negativa que um corpo bem sucedido de normas exerce sobre a teoria jurídica. Diante dele, os juristas tendem a se tornar simples glosadores, e o pensamento jurídico reduz-se a pobres comentários, quando não a mera paráfrase do texto normativo.

O extraordinário êxito do Código Napoleão é o exemplo mais marcante dessa tendência histórica. O *Code Civil* foi um dos fatores que mais contribuiu para o assentamento da civilização burguesa no Ocidente, servindo de modelo legislativo em vários países da Europa continental e em quase toda a América Latina no decorrer do século XIX. Mas durante décadas, a partir de 1804, o pensamento jurídico francês ficou confinado à exegese literal dos artigos do Código. Foi preciso que a expansão do maquinismo na vida cotidiana ao final do século, suscitando a produção de danos materiais e pessoais de toda sorte, levasse autores e tribunais a construir, muito além das parcas normas sobre responsabilidade civil dos artigos 1.382, um conjunto de princípios capazes de resolver os novos conflitos de interesse, típicos de uma sociedade industrial.

Em contraste com esse marasmo doutrinário, a pandectística alemã, dispensada de comentar as leis em vigor, desenvolveu, durante todo o século XIX, um dos trabalhos criativos mais notáveis de toda a história do pensamento jurídico. Foi graças à obra dessa plêiade de grandes pensadores do direito privado que o BGB (Código Civil alemão), promulgado ao final do século e consubstanciando o riquíssimo trabalho doutrinário até então acumulado, pôde ser interpretado e aplicado, por juristas e tribunais, sem o menor servilismo exegético.

Um fenômeno análogo ao sucedido com o Código Napoleão esteve prestes a ocorrer na República Federal Alemã, após a promulgação da Lei Fundamental, criadora do novo Estado. Os constituintes de Bonn abstiveram-se, intencionalmente,

---

\* Este é o texto da introdução à edição brasileira do ensaio do professor Friedrich Müller, da Universidade de Heidelberg, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – Elemente einer Verfassungstheorie VI (Quem é o povo? A questão fundamental da democracia – Elementos para uma teoria constitucional VI)*.

de denominá-la *Constituição*, pois a seus olhos tratava-se apenas de uma organização política provisória, que prepararia a futura unificação do Estado alemão. Ora, a Lei Fundamental de 1949, pela ênfase dada à proteção jurídica da pessoa humana, bem como pela harmoniosa organização dos poderes públicos no seio de uma estrutura federal muito bem balanceada, revelou-se, desde logo, como uma das melhores constituições já elaboradas na Europa em todos os tempos.

A excepcional qualidade do sistema normativo instaurado por aquela Carta Política ameaçou sufocar, seriamente, a capacidade criadora dos juristas alemães. A tentação foi grande, desde os primeiros anos, de reduzir o pensamento jurídico à condição de mera ilustração do texto constitucional, transformando os juristas numa espécie de reencarnação dos glosadores medievais: *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi* (verbosos nas questões fáceis, silentes nas difíceis, difusos nas questões estreitas ou sem importância), como sentenciou duramente Cujácio.

Era inútil esperar que o Tribunal Constitucional Federal, sempre tão celebrado pelos constitucionalistas alemães, pudesse substituir-se à doutrina no cumprimento dessa tarefa. A soma das decisões individuais desse elevado tribunal, ainda que de superior qualidade, como de fato tem acontecido, não chega a compor um sistema jurídico harmônico e bem travejado nos princípios. O *espírito* dos diferentes direitos nacionais do continente europeu, sobretudo do direito germânico (que já foi justamente caracterizado como um “direito de professores”), é a sistematicidade. É possível construir o direito constitucional norte-americano a partir dos julgados da Suprema Corte, dentro do espírito casuístico da *Common Law*. Mas esse método é inegavelmente fadado ao insucesso quando aplicado no quadro da cultura jurídica alemã.

Vale a pena lembrar, a esse respeito, que antes mesmo da primeira unificação alemã, no século passado, Carl Friedrich von Gerber pôde perfazer, servindo-se do método da “construção jurídica”, que desenvolvera com Jhering, a sistematização de um autêntico direito público, comum a todos os países de cultura alemã (1).

Pode-se dizer, sem exagero, que a produção literária e a atividade docente do professor Friedrich Müller, na Universidade de Heidelberg, foram decisivas para impedir o direito constitucional alemão, posterior à Lei Fundamental de Bonn, de repetir a lamentável esqualidez da Escola da Exegese.

Para o êxito desse empreendimento, muito contribuiu sua formação filosófica. Acompanhando com interesse e espírito crítico os desenvolvimentos da chamada filosofia hermenêutica, a partir da obra seminal de Gadamer (2), Müller percebeu desde logo a necessidade de se fundar, preliminarmente, todo o esforço de análise e compreensão do fenômeno jurídico na solidez de um *método*. A reflexão sobre o método, como bem mostrou Descartes ao inaugurar a filosofia moderna, é a condição de possibilidade de toda ortodoxia racional.

As obras intituladas *Normstruktur und Normativität* e *Juristische Methodik* – esta última em sua sexta edição (Berlim, Duncker & Humblot), e com uma tradu-

ção francesa sob o sugestivo título *Discours de la méthode juridique* (Presses Universitaires de France) – introduziram no ambiente jurídico alemão um modo renovador de se considerar o direito em sua *vigência*, ou seja, em seu efetivo vigor, muito além da expressão textual das normas. O novo método foi integralmente adotado por Konrad Hesse, ex-juiz do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, em sua conhecida exposição dos lineamentos do direito constitucional alemão (3).

Foi ainda graças a esse novo método de pensar o direito que Müller pôde superar a estreiteza de uma visão positivista, que conduz inelutavelmente ao nacionalismo jurídico. Numa época em que são levantadas, em toda parte, as fronteiras nacionais, e num país que tem sido, desde a celebração do Tratado de Roma, um dos baluartes da construção européia, é lamentável verificar que o positivismo de superfície tem conduzido ao abandono dos princípios – necessariamente gerais – como base de toda teoria jurídica duradoura. O nacional-positivismo representa, de certo modo, a negação da ciência jurídica, pois repudia aquele princípio de explicação unitária da realidade que constitui a meta de todo conhecimento científico.

Dessa miúda consideração do ordenamento nacional como sendo todo o universo da ciência jurídica, Müller sempre soube afastar-se, o que ensejou a irradiação de seu pensamento não apenas nos países cultos do Ocidente como também – o que é muito raro em matéria de escritos jurídicos – no Extremo Oriente, notadamente no Japão (4) e em Taiwan (5).

O ensaio de Müller a ser publicado no Brasil, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia – Elementos para uma teoria constitucional VI*, com agudas observações sobre o direito constitucional brasileiro, é a demonstração desse seu salutar universalismo jurídico.

### Variações sobre o tema “o povo como titular da soberania política”

Como forma de homenagear Müller, que, além de jurista-filósofo, é também um distinto melômano, pareceu-me que não seria fora de propósito oferecer aqui ao leitor, segundo o modelo do gênero musical *tema com variações*, algumas reflexões sobre o assunto de seu ensaio.

Na teoria política e constitucional, *povo* não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar, no universo jurídico-político, um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas.

A noção de povo, como se sabe, já era conhecida e utilizada na antigüidade clássica em matéria de teoria política e de direito público. Mas não tinha a importância decisiva que adquiriu na era moderna, com o ressurgimento da idéia democrática. A partir do século XVIII, já não se pode eludir a questão fundamental, ligada à própria essência desse regime político: se o poder supremo em uma demo-

cracia, como a própria etimologia nos indica, pertence ao povo, como definir este conceito de modo a torná-lo o mais operacional possível e evitar as usurpações de soberania?

Essa indagação central, na verdade, pode ser desdobrada em duas outras: a definição de povo, como sujeito da soberania democrática, diz respeito ao titular ou ao exercente dela? A soberania popular é um poder absoluto?

O esforço definitório nessa matéria, como mostra convincentemente Müller, é indispensável se se quiser superar a condenável utilização atual dessa palavra como *idolum mentis*, verdadeiro ícone ou imagem sagrada, que suscita veneração declamatória, mas nunca respeito prático e submissão política. Na América Latina, em particular, a invocação do povo exerce, atualmente, a mesma função hierática que representava, nos tempos coloniais, a invocação da figura do rei. “As ordenações de Sua Majestade”, diziam sem ironia os chefes locais ibero-americanos, “acatam-se, mas não se cumprem”. Havia aí, talvez, a aplicação em matéria política do elegante *distinguo* teológico entre o conselho e o preceito, com o qual foram sistematicamente esvaziadas todas as exigências éticas do Evangelho.

A primeira utilização conseqüente do conceito de povo como titular da soberania democrática, nos tempos modernos, aparece com os norte-americanos. Antes mesmo da declaração de independência que, por “respeito decente pelas opiniões do gênero humano”, principiava dando as razões pelas quais “um povo vê-se na necessidade de romper os laços políticos que o ligaram a outro”, Thomas Jefferson atribuía ao povo um papel preeminente na constitucionalização do país. Ao redigir o projeto de Constituição para a Virgínia (6), no primeiro semestre de 1776, propôs que essa lei suprema, após declarar caduca a realeza britânica, fosse promulgada “pela autoridade do povo” (*Be it therefore enacted by the authority of the people that...*).

Quando se tornou patente a inadequação da forma confederativa para a organização política dos diferentes Estados americanos, o recurso à idéia de povo como titular da soberania, mesmo num Estado federal e não unitário, tornou-se inevitável. Na Convenção de Filadélfia, no entanto, essa questão foi debatida de forma indireta, por ocasião das discussões a respeito do poder legislativo.

Na sessão de 12 de junho de 1787, ao se deliberar sobre a legislatura na Câmara dos Representantes, Elbridge Gerry, representante do Massachusetts, declarou que “o povo da Nova Inglaterra jamais abrirá mão das eleições anuais. Ele está a par da passagem, feita na Inglaterra, das eleições trienais para setenais, mas consideraria uma inovação dessas, aqui, como o prelúdio de uma usurpação” (7). Em réplica, Madison observou que, se as opiniões do povo deversem servir como guia para os convencionais, haveria dificuldade em saber qual o caminho a tomar. “Nenhum membro da Convenção poderia dizer quais seriam as opiniões dos seus constituintes naquele momento; muito menos poderia ele dizer o que pensariam seus eleitores, se tivessem as informações e as luzes que nós, convencionais, possuímos; e ainda menos qual seria a maneira de pensar de seus constituintes daqui a seis ou doze meses”.

Em 25 de junho, quando entrou em discussão a criação do Senado, Charles Pinckney, representante da Carolina do Sul, em longo discurso, insistiu sobre o fato de que “o povo dos Estados Unidos é, talvez, o mais singular de quantos conhecemos. No seio do povo há poucas diferenças de fortuna e, menos ainda, de posição social (*rank*)”. Observou que havia poucos homens ricos entre os americanos do norte, esclarecendo: “Por homens ricos eu entendo aqueles cujas riquezas podem exercer uma perigosa influência, como acontece com os que são considerados ricos na Europa – talvez não haja nem uma centena deles neste continente; e é improvável que esse número aumente muito no futuro”. Segundo ele, o povo norte-americano dividir-se-ia em três classes: os profissionais liberais (“que, devido às suas atividades, devem sempre ter um grande peso no governo, enquanto este permanecer popular”), os comerciantes e os proprietários rurais. “Estas três classes”, concluiu, “embora distintas quanto às suas atividades, são individualmente iguais na escala política, podendo ser facilmente provado que elas têm um só interesse”.

Sintomaticamente, nenhuma referência foi feita, nessa ocasião, à numerosa escravaria que povoava os Estados do sul. O assunto só veio à baila em 11 de julho, quando se cuidou de fixar o número de representantes de cada Estado na Câmara Federal. Como o critério adotado foi o da população de cada Estado, os sulistas, bem entendido, quiseram que os escravos contassem como membros do “povo” representado. Ou seja, que eles servissem como massa de manobra política, além de instrumentos materiais de produção.

Seja como for, é um fato óbvio que a ausência, na sociedade norte-americana, de uma tradicional divisão de estamentos sociais e, notadamente, de fundos vínculos aristocráticos, tornava mais fácil a aceitação do povo como titular da soberania. A existência da escravidão legal não representava nenhum obstáculo teórico a esse empreendimento político, pois o precedente prestigioso da democracia ateniense – em que não apenas os escravos, mas também os metecos e as mulheres eram excluídos do rol dos cidadãos – apresentava-se como o modelo para o qual todos se voltavam com respeito.

O mesmo não ocorria, claro está, na sociedade francesa daquele final de século.

No verbete da *Encyclopédie* dedicado a *peuple*, Louis de Jaucourt principia pelo reconhecimento de que se trata de um “nome coletivo de difícil definição, pois dele se têm idéias diferentes em diversos lugares, em variados tempos, conforme a natureza dos governos”. Observa, em seguida, que a palavra designava outrora o “estamento geral da nação” (*l'état général de la nation*), oposto ao estamento dos grandes personagens e dos nobres. Mas que, na época em que escrevia, o termo *povo* compreendia apenas os operários e os lavradores.

Nas sessões introdutórias dos *États Généraux du Royaume*, em 1789, essa ambigüidade essencial da noção de povo acabou vindo à tona, quando os dois primeiros estamentos do reino – os clérigos e os nobres – recusaram-se a comparecer, em protesto contra a decisão de se adotar o voto individual dos representantes, e não o voto coletivo por estamento. Na sessão de 15 de junho, Sieyès, fiel às idéias

expostas em sua famosa obra (8), propôs que o *Tiers-État*, diante da defecção das duas outras ordens, se intitulasse *Assemblée des représentants connus et vérifiés de la nation française*. Mirabeau contrapropôs com a fórmula sintética: “Representantes do *povo francês*”, observando que essa palavra era elástica e podia, conforme as circunstâncias, significar muito ou pouco. Foi esta, justamente, a crítica que os “legistas” Target e Thouret dirigiram de imediato ao grande tribuno. Indagaram eles se o termo *povo*, naquela proposta, deveria ser tomado no sentido de *plebs* ou de *populus*. A maioria convenceu-se, afinal, do perigo de o termo ser considerado no primeiro sentido, de modo a anular o caráter representativo da assembléia, quando Malouet, amigo de Necker, aceitou a proposta de Mirabeau (9).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 26 de agosto de 1789, embora assinada “pelos representantes do povo francês”, contém, no entanto, em seu artigo 3º, a disposição inequívoca: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação (com maiúscula). Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”.

A ironia da história é patente. Para afastar a ambigüidade do termo *povo*, os revolucionários franceses acabaram entronizando, em lugar do rei, um dos mais notáveis ícones políticos dos tempos modernos: a nação, à cuja sombra têm-se abrigado comodamente, desde então, os mais variados regimes antidemocráticos.

Os jacobinos, é verdade, não se conformaram com essa orientação idealizante e reagiram, após a queda da monarquia, com a Constituição do Ano I. A nova Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresentou-se então como sendo feita diretamente em nome do “povo francês”, e não de seus representantes. O artigo 25 proclamava, incisivamente: “A soberania reside no povo; ela é una e indivisível, imprescritível e inalienável”. E o artigo 7 do “Ato Constitucional” esclarecia: “O povo soberano é a universalidade dos cidadãos franceses”. “Ele nomeia imediatamente seus deputados” (art. 8); “delega a eleitores a escolha dos administradores, árbitros públicos, juízes criminais e de cassação” (art. 9); e, sobretudo, “delibera sobre as leis” (art. 10).

A influência de Robespierre transparecia aí muito clara. Em seu projeto de declaração de direitos, apresentado à Convenção em 23 de abril de 1793, propôs sem rebuscos: “O povo é soberano: o governo é sua obra e sua propriedade, os funcionários públicos são seus empregados. O povo pode, a seu talante, mudar o governo e destituir seus mandatários” (10).

É óbvio que essa transposição semântica da *plebs* em *populus* correspondia a uma revolução política por exclusão: os nobres, clérigos e burgueses não faziam parte do povo (11). O marxismo voltou a trilhar o mesmo caminho no século seguinte, ao atribuir a qualidade política de povo unicamente à classe operária.

Não é difícil perceber que todas essas ambigüidades e exclusivismos reducionistas provêm da falta de uma adequada análise conceitual. *Povo*, como bem salienta Müller, não é um conceito unívoco, mas plurívoco.

Tomemos, por exemplo, o povo em sua função de titular da soberania, no regime democrático. Dele emanam todos os poderes, segundo a fórmula consagrada (12). Tratando-se, como se trata, de um sujeito coletivo, seria puro antropomorfismo reduzir politicamente o povo a um só entendimento, uma só opinião e uma só vontade. O recurso ao princípio do voto majoritário é, portanto, inevitável. Ora, uma coisa é a totalidade do povo, como centro de imputação das decisões coletivas (a *Zurechnungsinstanz* de que fala Müller). Outra coisa é a fração dominante do povo, cuja vontade efetivamente predomina nas eleições, referendos e plebiscitos. Essa fração dominante do povo é, sem dúvida, formalmente majoritária. Mas a maioria de sufrágios corresponde sempre à vontade e ao interesse próprio dos votantes, enquanto classe ou grupo social? Quem é, concretamente falando, a maioria votante que se pronuncia em nome do povo?

Numa das passagens mais lúcidas de sua *Política* (13), Aristóteles enfrenta o problema e estabelece distinções importantes, que não se limitam à classificação das aparências.

Começa lembrando a tripartição tradicional dos regimes políticos, em função da titularidade do poder supremo (*kyrion*) (14): monarquia, aristocracia e *politéia* (15) – quando o poder político é exercido em benefício da comunidade como um todo; tirania, oligarquia e democracia – quando a finalidade perseguida pelos governantes é a sua vantagem particular. Observa então que se, formalmente (e de acordo com a própria etimologia), o critério distintivo entre esses regimes é o do número de pessoas que exercem o poder supremo, na realidade o que distingue os dominadores entre si é a sua respectiva situação sócio-econômica: oligarquia é o governo dos ricos; democracia, o governo dos pobres (*aporoí*) e não, abstratamente falando, o governo da multidão (*plethos*). Assim, prossegue, se por hipótese os ricos fossem majoritários e detivessem o poder supremo, o regime seria, apesar de tudo, oligárquico e não democrático; da mesma forma que, caso os pobres constituíssem a minoria, mas estivessem no poder, o regime deveria ser chamado democrático e não oligárquico. O fato de que a justificativa própria desses regimes, aos olhos dos detentores do poder, é a posse e a conservação da riqueza (oligarquia), ou a posse e a conservação da liberdade (democracia), mostra bem que a distinção meramente numérica é um *acidente* e não a *substância* dos regimes políticos.

Importa salientar a importância dessa análise aristotélica, pois ela constitui a chave interpretativa da natureza aparentemente bizarra de vários regimes políticos da atualidade. O estagirita não teria, assim, nenhuma dificuldade em reconhecer no regime político brasileiro, em que a esmagadora maioria pobre vota regularmente segundo o interesse e sob a influência dominante dos ricos, uma autêntica oligarquia, em que pese à aparência democrática com que se desenrolam os rituais da nossa vida política.

Na verdade, os juspublicistas teriam muito a aprender com o direito das sociedades privadas. Os empresários – mais realistas (ou menos cínicos) que os políticos – reconhecem de há muito, nas grandes sociedades anônimas, a figura do acionista

ou acionistas controladores, que exercem de fato o poder de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (16). E isto ainda que esses controladores não possuam a maioria das ações em que se divide o capital social, nem mesmo, como ocorre normalmente nas grandes *corporations* norte-americanas, a maioria das ações votantes. O que conta – para efeito de responsabilidade por abuso de poder, ou de responsabilidade subsidiária por dívidas sociais perante terceiros credores, em caso de insolvência da companhia, é o exercício de uma *influência dominante* sobre a assembléia geral (17).

Assim, a assembléia geral de acionistas – analogamente ao povo na sociedade política – tem a titularidade formal do poder supremo. A lei brasileira de sociedades por ações (art. 121) declara que “a assembléia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da sociedade e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento”. O exercício do controle – o *kyrion* de Aristóteles – manifesta-se através dos poderes decisórios da assembléia geral, como necessária legitimação de seu exercício. Mas essa legitimação é meramente formal ou procedimental. Quando há abuso de controle, não é a sociedade que responde perante o acionista prejudicado, e sim unicamente o controlador (art. 117).

Tudo isso permite observar que, nos países de grande desigualdade social – dos quais o Brasil é, por assim dizer, o modelo perverso – o aperfeiçoamento democrático não passa, necessariamente, tal como sucede em países igualitários (*rectius*, de forte classe média), pela atribuição de maiores poderes decisórios ao povo por meio da ampliação do uso obrigatório de referendos e consultas populares. É que, justamente, esses poderes acrescidos não serão de fato exercidos pelo povo enquanto corpo coletivo unitário, mas sim pelos detentores do verdadeiro *kyrion* ou poder supremo efetivo, no seio do povo. Em suma, pelos oligarcas de sempre. São eles – e unicamente eles – que constituem na realidade o *Aktivvolk*, segundo a terminologia adotada por Müller.

Aristóteles, de resto, já havia observado, agudamente, que a idéia de se atribuir a soberania à lei (*nomos*), e não a homens determinados, não muda substancialmente os termos do problema, pois as leis participam da natureza do regime político no qual são adotadas (18). Uma oligarquia só pode produzir leis oligárquicas e não democráticas.

A democratização substancial das sociedades inigualitárias não decorre, pois, mecanicamente, da simples ampliação do sufrágio popular. É mister, antes de mais nada, atacar as fontes do poder oligárquico, as quais se encontram na própria estrutura das relações econômicas e sociais, notadamente as restrições práticas à educação popular e o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante.

Não é improvável, aliás, que a esse resultado de progressiva igualdade se chegue por via de um certo “despotismo esclarecido”, em cujo quadro o povo surgirá como mero destinatário das ações governamentais (o *Adressatenvolk* a que se refere

Müller), de modo análogo à situação de um *beneficiary* diante do *trustee*, no direito anglo-saxônico. Entre o povo e seus governantes haveria, então, apenas uma *fiduciary relationship*, que se encontra, de resto, na essência da democracia representativa tradicional: o povo confia todos os poderes ativos aos governantes, para que estes os exerçam em benefício dele, povo.

Chegamos, com isto, à indagação anteriormente formulada. Admitindo-se que a maioria do povo exerça, efetivamente, o poder político supremo, é de se perguntar: a soberania popular da democracia é tão absoluta quanto a soberania monárquica do *ancien régime*? É justo que assim seja?

Para os adeptos da concepção exclusivista de povo como sinônimo de *plebs*, a resposta afirmativa não faz a menor dúvida. A soberania, segundo essa visão política, é substancialmente um *poder contra*. Para os jacobinos, o povo devia arrebatar o poder político dos reis, nobres e clérigos e passar a exercê-lo contra estes, assim como, na tosca visão política de Marx, nada e ninguém teria legitimidade para se opor à classe operária, pois ela *é o povo*, embrião da futura sociedade sem classes.

A ideologia subjacente a essas opiniões é, obviamente, a superioridade moral incontestável do povo-*plebs* sobre todos os demais grupos e classes sociais. Robespierre chegou a propor que a Convenção adotasse, na Declaração de Direitos que iria votar, a seguinte máxima: “Toda instituição que não supõe o povo bom, e o magistrado corruptível, é viciosa” (19).

A idéia de que o povo é bom e que deve, por conseguinte, ser o titular da soberania política, provém, sem dúvida, de Rousseau. Mas o pensamento do grande genebrino sobre este ponto era muito mais complexo e profundo do que os exaltados *montagnards* podiam supor.

Do fato de que o homem é sempre bom, e que a sociedade o corrompe, não se seguia logicamente, no pensamento de Rousseau, a conclusão de que as deliberações do povo fossem sempre boas. “Cada um procura o seu bem, mas nem sempre o enxerga. O povo nunca é corrompido, mas é freqüentemente enganado, e é então que ele parece querer o mal” (20).

É aí que se insere sua famosa distinção entre *vontade geral* e *vontade de todos*. Aquela “só diz respeito ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, sendo apenas a soma de vontades particulares”. E, em outra passagem: “Deve-se considerar que o que generaliza a vontade é menos o número de votos que o interesse comum que os uns; pois, nessa instituição, cada qual submete-se necessariamente às condições que impõe aos outros” (21).

No fundo, é a distinção, já feita por Aristóteles (22), entre os regimes políticos retos e os corrompidos. Nos primeiros, o titular do poder supremo age no interesse comum, enquanto que nos outros o soberano – mesmo em se tratando das democracias, nas quais a multidão (*plethos*) governa – age no seu interesse próprio. O que é próprio opõe-se ao que é comum. A propriedade exclui (23), ao passo que a comunidade reúne.

Ora, para Rousseau, nada garantiria que a vontade geral predominasse sempre sobre as vontades particulares. Ao contrário, ele tinha mesmo da vida em sociedade uma visão essencialmente pessimista. Sustentava que os povos são virtuosos apenas na sua infância e juventude. Depois, corrompem-se irremediavelmente (24). Ou seja, uma visão muito semelhante à dos epígonos do romantismo alemão, como Oswald Spengler: as sociedades jovens desabrocham-se em cultura, para se cristalizarem, quando chega a senectude, em civilização.

Não há, pois, maior contra-senso interpretativo do que afirmar, como se faz comumente, que o princípio da soberania absoluta do povo tem origem em Rousseau. Na verdade, ele, que sempre foi um moralista, preocupado antes de tudo com a reforma dos costumes, descrevia completamente de qualquer remédio jurídico para os males da humanidade.

Acontece que nós, povos de um século que conheceu os extremos do totalitarismo político, de um século que inventou a comunicação de massa, a demagogia científica e o “Estado-espetáculo”, já não podemos aceitar a soberania absoluta de ninguém, nem confiar nos simples processos de educação moral para evitar a prática de crimes contra a humanidade. Nós comemos o fruto proibido e adquirimos, com isto, a terrível ciência do bem e do mal. Sabemos que a maioria do povo é capaz de esmagar “democraticamente” a minoria, em nome do interesse nacional. Ou – o que é pior – que a minoria, detentora do poder de controle social, pode se utilizar periodicamente do voto majoritário popular para legitimar todas as exclusões sociais em nome da democracia. Sabemos que uma febre fundamentalista, habilmente instilada, pode levar a legião dos “eleitos” a esmagar os infiéis, em nome da lei divina.

Não, a soberania popular não pode ser absoluta. Ou melhor, não existe soberania inocente, porque a própria idéia de um poder supremo e incontestável representa aquela *hybris*, que a sabedoria grega sempre considerou a matriz da tragédia humana.

Voltamos, assim, à velha distinção aristotélica entre a democracia pura e simples – em que a maioria do povo exerce o poder supremo no seu próprio interesse – e o regime político moderado, a democracia justa, em que o bem comum predomina sobre todos os interesses particulares. Ora, o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum dignidade de pessoas.

Os grandes juristas do presente, entretanto, a começar por Müller, não desconhecem que, posta a questão nestes termos, nem por isso se pode dar por resolvido o dilema de se reconhecer a efetiva *vigência* dos direitos humanos, fora do positivismo estatal e do jusnaturalismo abstrato. Reencontramos, assim, o problema jurídico-político mais crucial de todos os tempos, o problema que representa bem aquela *crux* escatológica diante da qual se decide a perdição ou a salvação da humanidade: *como colocar o Direito acima da vontade dos homens?*

## Notas

- 1 Sua obra *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* foi publicada em 1865, portanto seis anos antes da fundação do Império Alemão.
- 2 *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, cuja primeira edição é de 1960.
- 3 *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20<sup>a</sup> ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, n<sup>o</sup> 60 e ss.
- 4 Cf. a edição em japonês de sua coletânea de ensaios, intitulada *Entfremdung. Schriften zur Rechtstheorie: Sogai to kokka*, em tradução de Masanori Shimizu e Michio Yamamoto, Tóquio, Fukumura Shuppansha, 1974.
- 5 Tradução chinesa de *Recht – Sprache – Gewalt*, por Sen-rong Lin, Taipé, 1986. Essa mesma obra foi editada no Brasil, sob o título *Direito, linguagem, violência*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, com tradução de Peter Naumann e revisão dos professores Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho.
- 6 “A Bill for new-modelling the form of Government and for establishing the Fundamental principles thereof in future”. Jefferson acrescentou, em nota ao projeto, a seguinte observação: “Propõe-se que esta lei, após correção pela Convenção, seja levada à decisão do povo, reunido em seus respectivos condados, e que os votos de dois terços dos condados seja um requisito para a sua aprovação”. Cf. *The Portable Jefferson*, edited by Merrill D. Peterson, Penguin Books, p. 242 e ss.
- 7 As citações que se seguem são extraídas das anotações de James Madison sobre os debates na Convenção de Filadélfia, *apud* Page Smith, *The Constitution – A documentary and narrative history*, Nova York, Morrow Quill Paperbacks, 1980.
- 8 “Em toda nação livre, e toda nação deve ser livre, só há uma maneira de se solucionarem os dissídios que dizem respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, mas à própria nação. Se não temos Constituição, é preciso elaborá-la; somente a nação tem o direito de fazê-la”. E pouco mais adiante: “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei” (*Qu’est-ce que le Tiers-État?* Genebra, Librairie Droz, 1970, cap. V, p. 177 e 180).
- 9 Sobre esse episódio, cf. Michelet, *Histoire de la Révolution Française*, Gallimard, *Bibliothèque de la Pléiade*, vol. I, p. 101 e ss.
- 10 *Discours et rapports à la Convention*. Paris, Union Générale d’Éditeurs, 1965, p. 124-125.
- 11 “O despotismo produziu a corrupção dos costumes, e a corrupção dos costumes sustentou o despotismo. (...) Tem-se então reis, padres, nobres, burgueses, a canailha: mas não se tem o povo nem homens” (*op. cit.*, p. 135).
- 12 A Constituição Federal de 1988 distingue, corretamente, entre titularidade e exercício do poder político, ao dispor que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>).
- 13 III; 1279a, 25 e ss. O filósofo volta à mesma idéia em vários outros passos da obra

(1281a, 12-19; 1289b, 29-32; 1290a, 30 e b, 20; 1291b, 2-13; 1296a, 22-32; 1296b, 24-34; 1315a, 31-33; 1317b, 2-10; 1318a, 31-32), o que demonstra que se trata de um elemento central de sua filosofia política.

- 14 É importante observar que Aristóteles distinguia esse poder supremo, correspondente à noção moderna de soberania, do poder da magistratura suprema, ao qual dava o nome de *politeuma* (cf. *Política* III; 1278b, 10).
- 15 Não se sabe se, à época de Aristóteles, o regime em que a multidão exerce o poder supremo em função do bem comum carecia, de fato, de uma denominação própria. Em outra passagem da *Política* (IV; 1293a, 40-43), o filósofo esclarece que essa denominação comum é dada a esse regime, porque ele é raramente encontrado.
- 16 São as expressões empregadas pela lei brasileira de sociedades por ações (Lei n° 6.404, de 15/12/1976, art. 116) para definir o “acionista controlador”. Sobre o assunto, permito-me indicar ao leitor minha obra *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- 17 A expressão *beherrschender Einfluss* foi usada, pela primeira vez, na lei acionária alemã de 1937, e retomada pela vigente lei de 1965 (§ 17), em matéria de grupos de empresas (*Konzerne*): “*Empresas controladoras e controladas* (1) Empresas controladas são empresas juridicamente autônomas, sobre as quais uma outra empresa (empresa controladora) pode exercer, de modo direto ou indireto, uma influência dominante”. O controlador, aliás, pode não ser acionista, mas exercer essa influência dominante *ab extra*. É o que ocorre, não raramente, com os bancos, quando são os maiores credores de uma empresa prestes a falir; ou com as grandes empresas de televisão, perante as empresas retransmissoras de seus programas.
- 18 *Política* III; 1281a, 35.
- 19 *Op. cit.*, p. 125. Não deixa de ser irônico que o terrível revolucionário aceitasse ser chamado, pelos seus seguidores, “o incorruptível”.
- 20 *Du Contrat Social*, livro II, cap. III.
- 21 *Ibidem*, livro II, cap. IV.
- 22 *Política* III; 1279a, 30-40.
- 23 Como dispõe lapidarmente o BGB, em seu § 903, “o proprietário de uma coisa pode, na medida em que a lei ou os direitos de terceiros não se opõem, fazer com a coisa o que bem entender e *excluir qualquer pretensão de terceiros sobre ela*”.
- 24 “A maioria dos povos e dos homens são dóceis em sua juventude; eles tornam-se incorrigíveis ao envelhecerem. Uma vez estabelecidos os costumes e enraizados os preconceitos, é um empreendimento perigoso e vão querer reformá-los; o povo não admite que se procure destruir seus males, procedendo como aqueles doentes estúpidos e sem coragem que tremem à simples vista do médico” (*Du Contrat Social*, livro II, cap. VIII).

*Fábio Konder Comparato* é professor titular da Faculdade de Direito da USP.