

A DEMOCRACIA PLURALISTA E A CORREÇÃO DO CONTRATO SOCIAL

Fernando Maroja Silveira
Assessor Jurídico

Resumo

O objetivo deste trabalho consiste em investigar, de forma crítica, a teoria do contrato social, a qual baseou a formação da democracia moderna e ocultou, sob o signo da abstração, da universalidade e da generalidade, as desigualdades e exclusões a que a democracia contemporânea se propõe, hodiernamente, a corrigir. Para tanto, buscar-se-á demonstrar, com apoio na história e na filosofia, que o contrato social, se admitido, foi formulado e imposto pelos mais fortes sobre os mais fracos, razão pelas quais suas cláusulas estão em processo de constante revisão pela democracia contemporânea.

Palavras-chave: contratualismo; democracia moderna; democracia contemporânea; liberdade; declaração da ordem; fundação da ordem.

Abstract

The goal of this work is to critically investigate the social contract theory, with was the basis for the formation of modern democracy and hid, under the sign of abstraction, universality and generality, the inequalities and exclusions to which contemporary democracy proposes, today, to correct. To his end, we will seek to demonstrate, with support from history, philosophy and theory of law, that social contract, if admitted, was formulated and imposed by the strongest against the weakest, which is why its clauses are in the process of constant review by the contemporary democracy.

Key words: Contractualism; Modern democracy; Contemporary democracy; Freedom; Declaration of order; Foundation of the order.

1 Introdução

Enquanto a democracia moderna foi construída a partir do pressuposto de que a sociedade seria homogênea, a democracia contemporânea está a ser construída, justamente, a partir de pressuposto inverso. Ao invés de homogeneidade, fala-se, hodiernamente, em heterogeneidade, pluralidade, fragmentariedade e diversidade. O desafio atribuído à democracia contemporânea consiste, portanto, no reconhecimento da diversidade e na sua proteção.

Os críticos da sociedade pluralista alegam que a diversidade tem de ser respeitada, mas não exaltada ou celebrada. É o caso, por exemplo, de Richard Wolin, que enxerga, nos anseios dessa sociedade, uma fetichização da diversidade e uma essencialização da diferença, o que, em seu julgamento, poderá colocar, perigosamente, as diferenças acima das semelhanças humanas¹.

Entre os juristas, Gustavo Zagrebelsky ressalta que as aspirações da sociedade pluralista levaram à crise do princípio da generalidade das leis, as quais perderam a abstração, a universalidade e a generalidade de que eram dotadas perante a outrora sociedade homogênea². De acordo

¹ “*To be sure, differences need to be respected – but not fetishized. An uncritical celebration of ‘difference’ can readily result in a new ‘essentialism’ in which questions of group identity are elevated to the rank of a first principle.*”

WOLIN, Richard. The seduction of the unreason: the intellectual romance with fascism: from Nietzsche to postmodernism – Nova Jersey/Estados Unidos: Princeton University Press, 2004, pág. 13.

² “*Le ragioni di questa dissoluzione delle caratteristiche ‘classiche’ della legge possono in sintesi essere colte soprattutto in relazione ai caratteri della società attuale, determinati da un’estesa diversificazione di gruppi e strati sociali, tutti partecipanti al ‘mercato della leggi’.*

Essi determinano una accentuata differenziazione dei trattamenti normativi, sia come implicazione fisiologica del principio di uguaglianza del cosiddetto ‘Stato sociale’ (per ogni situazione, una disciplina adeguata alle particolarità), sia anche in conseguenza della pressione sul legislatore degli interessi corporativi. Da qui, l’esplosione delle legislazioni di settore, con conseguente crisi del principio di generalità,”

ZAGREBELSKY, Gustavo. Il diritto mite. Turim: Einaudi, 1992. p. 44.

com o jurista italiano, se a lei moderna expressava a ordem, a lei contemporânea manifesta mais a própria desordem da sociedade plural³.

Se essas críticas têm a sua relevância e não é nosso propósito afirmar o contrário, tampouco se pode negar que a diversidade existe desde sempre, mas estava encoberta pelo princípio da generalidade das leis ao qual se refere Zagrebelsky. Assim, a diversidade física entre homem e mulher – que levou ao predomínio masculino nas esferas política, econômica e familiar, apenas estava mascarada pela universalidade das leis, tanto quanto a diversidade histórica entre brancos e negros se mantinha oculta pela abstração legal.

Mas vamos continuar com Zagrebelsky. Quando o constitucionalista italiano se refere ao princípio da generalidade das leis, somos levados a regressar ao contratualismo, à teoria que forneceu as bases para a formação do Estado moderno e para a sua legislação genérica, abstrata e universal. Essa teoria, abraçada por pensadores tão distintos entre si, como é o caso, por exemplo, de Hobbes e Rousseau, ainda hoje apresenta sinais de vida, em pleno Século XXI. Luigi Ferrajoli, por exemplo, coloca a teoria do contrato social entre os pilares do direito penal democrático moderno⁴.

Essa sobrevida do contratualismo, essa recorrente referência ao contrato social – que o eleva à condição de pressuposto da democracia, não se encontra somente entre pensadores ou juristas estrangeiros. Também no Brasil é possível encontrar a tendência a tal associação – a partir da qual o contrato social e a democracia se tornam praticamente sinônimos. A jurista Ana Cláudia Pinho, por exemplo, declara, em sua

³“*In questa situazione, viene notevolmente ridotta l’aspirazione della legge a essere fattore di ordine. Essa è piuttosto espressione di un disordine, al quale essa cerca, al più, di porre rimedi ex post factum.*”

Idem, *ibidem*, p. 44-45.

⁴“No direito penal este nexo entre utilitarismo, contratualismo, convencionalismo e racionalismo se revela na fundação das proibições e das penas enquanto ‘instrumentos’ de tutela dos cidadãos.”

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 241.

luta contra o retribucionismo penal, que o contratualismo trouxe ao mundo jurídico o avesso de seu adversário⁵.

Nesse cenário, em que o contratualismo se tornou o *a priori* da democracia moderna, a obra-mestra do pensamento jurídico-político moderno, o propósito do presente trabalho consiste justamente em questionar essa associação e em demonstrar que os anseios da sociedade pluralista encontram legitimação na injustiça do contrato social e na exigência de reparação.

2 Contratualismo e história

Se vamos discutir sobre o contratualismo, a primeira tarefa consiste em buscar delimitar o seu propósito, questão sobre a qual não há polêmicas ou divergências na literatura. De fato, vigora uma concordância, entre os estudiosos, de que a teoria contratualista objetiva trazer à luz a passagem da vida humana em estado de natureza para a vida humana organizada em torno do poder jurídico-político. A segunda tarefa, menos simples que a primeira, é procurar defini-la. Vamos começar por afirmar que a teoria vislumbra, no instituto do contrato, a imagem que melhor ilustra a superação do estado de natureza e a origem de nossa sociedade organizada em torno do poder político-jurídico.

Prosseguindo, podemos acrescentar que os contratantes teriam, de comum acordo, renunciado a uma parte de sua liberdade, a parte menor e menos relevante. Em troca, obteriam o fortalecimento e a proteção estatal em favor da liberdade remanescente e de importância maior, à qual não teriam renunciado. Em síntese, podemos afirmar, resumindo ou parafraseando Beccaria⁶, que o contratualismo reside no

⁵“No contratualismo moderno, fica claro que a pena não é um fim em si própria, mas somente um meio de atingir o bem-estar social.”

PINHO, Ana Claudia. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 27.

⁶“As leis são condições sob as quais os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade.”

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 41.

misto de negação e afirmação simultâneas da liberdade humana, por meio de um acordo justo porquanto racional.

Não é isso o que nos diz, com outras palavras, Rousseau? Segundo a sua obra, o contrato social é reciprocidade⁷ e, por isso, se pode concluir que, se o homem alienou a sua liberdade natural, foi em seu próprio benefício e vantagem⁸. A organização jurídico-política humana não teria sido resultado, portanto, de acordo com Beccaria e Rousseau, de qualquer ato de violência, imposição ou escravidão da parte dos mais fortes em desfavor dos mais fracos.

A primeira pergunta que surge é a seguinte: existe alguma ideia, na história da teoria política, mais fantasiosa e inocente que essa? Dificilmente. Como esses homens fundadores da modernidade, todos eruditos, iluministas, enciclopedistas, foram capazes de criar uma teoria especulativa tão distante da natureza e de seu equivalente humano? Como puderam imaginar que o homem, em seu estado de natureza, foi capaz de chegar a tal acordo, tão racional, justo e igualitário? Como puderam imaginar que o mais forte renunciaria a algo, tanto quanto o mais fraco? Imaginar igualdade e fraternidade no estado de natureza é ignorar a lei mais básica e fundamental da própria natureza, que é justamente a lei do mais forte, isto é, a lei da desigualdade.

Por que se pode sustentar que os fortes não renunciam ou não renunciam tanto quanto os mais fracos? Porque essa é uma das afirmações basilares da história, tanto em sua versão antiga quanto em suas versões moderna ou contemporânea. Vejamos, por exemplo, o “Acordo de Munique”. Por acaso esse “acordo” demonstra alguma renúncia da Alemanha nazista em nome da igualdade ou da justiça perante a então

⁷“Vê-se, por esta fórmula, que o ato de associação encerra um acordo recíproco (...)”.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Jose Bushatsky, 1978. p. 88.

⁸“(…) e sendo todos nascidos iguais e livres, só alienaram a sua liberdade para atender à própria conveniência (...)”.

Idem, *ibidem*, p. 75.

Tchecoslováquia? Sabemos que não e o sabemos a partir de Eric J. Hobsbawm⁹ e Ian Kershaw¹⁰, duas autoridades no assunto. Sabemos, enfim, que esse “acordo” e tantos outros estão muito longe de confirmar as especulações de Beccaria e Rousseau.

É inegável, portanto, que a elaboração de toda e qualquer teoria política especulativa, se pretende teorizar com seriedade, não pode ignorar as lições da história. Pouco importa se a especulação é em direção ao passado ou em direção ao futuro, seu percurso deve cruzar a história e não formar, junto a ela, duas linhas paralelas, que jamais se encontram.

No caso examinado pelo contratualismo, isto é, a passagem do estado de natureza para a sociedade jurídico-política, há um agravante a mais, que consiste na ausência de qualquer mediador entre fortes e fracos, tornando ainda mais problemática a suposta renúncia dos contratantes em partes iguais – para a obtenção de garantias também iguais.

Aqui, devemos regressar ao “Acordo de Munique”. Se a presença de mediadores da altura de Inglaterra e França não garantiu, à então Tchecoslováquia, o menor vestígio de igualdade e justiça nos termos estabelecidos pelo acordo, como Beccaria e Rousseau foram capazes de especular a celebração de um contrato benéfico aos mais fortes e simultaneamente aos mais fracos, sem sequer a presença de um mediador? Qual a fonte de inspiração para essa especulação? Não podemos ser categóricos, mas é possível imaginar que não foi a história humana.

⁹O célebre historiador inglês nos diz que, graças aos termos desse “acordo”, durante muitos anos a palavra Munique se tornou sinônimo, no discurso político, de covardia.

HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve Século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 148.

¹⁰O famoso historiador alemão nos ensina que Hitler, muito satisfeito com o resultado obtido, convidou todos os participantes do acordo para um jantar festivo, mas ingleses e franceses se esquivaram com desculpas. “Depois que o trabalho sujo fora feito, eles não estavam com disposição para celebrar”.

KERSHAW, Ian. Hitler. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 476.

Se quisermos prosseguir, temos de nos desviar momentaneamente dos contratualistas e unir toda a nossa atenção em torno de um pensador alemão. Quem, senão Nietzsche, apontou algo básico sobre o tema: só pode haver acordo, em termos justos e igualitários, quando as partes envolvidas estão em pé de igualdade, ao menos na aparência. Se, por outro lado, há demais desigualdades entre as partes, o resultado do acordo só poderá resultar na confirmação da desigualdade, havendo, na melhor das hipóteses, uma concessão por parte do mais forte e não um acordo propriamente dito. É isso que o filósofo demonstra em duas passagens de “Humano, demasiado humano”:

A justiça (equidade) tem origem entre homens de aproximadamente o mesmo poder, como Tucídides (no terrível diálogo entre os enviados atenienses e mélios) corretamente percebeu: quando não existe preponderância claramente reconhecível e um combate resultaria em prejuízo inconsequente para os dois lados, surge a ideia de se entender e de negociar as pretensões de cada lado: a troca é o caráter inicial da justiça. Cada um satisfaz o outro, ao receber aquilo que estima mais que o outro. (...) A justiça é, portanto, retribuição e intercâmbio sob o pressuposto de um poderio mais ou menos igual (...) ¹¹.

Quando alguém se sujeita sob condições a um outro mais poderoso, o caso de uma cidade sitiada, por exemplo, a condição que opõe a isso é poder destruir a si mesmo, incendiar a cidade, causando assim ao poderoso uma grande perda. Por isso ocorre uma espécie de paridade, com base na qual se pode estabelecer direitos. O inimigo enxerga vantagem na conservação. Nesse sentido há também direitos entre escravos e senhores, isto é, exatamente na medida em que a posse do escravo é útil e importante para o seu senhor. O direito vai originalmente até onde um parece ao outro valioso, essencial, indispensável,

¹¹NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*: um livro para espíritos livres. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2005. p. 65.

invencível e assim por diante. Nisso o mais fraco também tem direitos, mas menores¹².

Como se pode observar, Nietzsche recorreu a Tucídides para filosofar. Ao invés de afastar história e filosofia, simplesmente as uniu. E aonde essa união o levou? A uma especulação muito mais realista e razoável em comparação àquela dos contratualistas. Por acaso a sua tese, de que a justiça contratual depende de alguma igualdade entre os agentes do contrato, não está confirmada pela história? A resposta, aqui, deve ser afirmativa. O acordo informal que uniu César, Pompeu e Crasso, conhecido pelo nome de “1º Triunvirato”, corrobora a tese nietzscheana. Se esses romanos poderosos e ambiciosos estabeleceram uma aliança igualmente benéfica a todos os três, os grandes historiadores concordam que isso somente foi possível pelo equilíbrio entre os seus poderes¹³.

¹²Idem, *ibidem*, p. 66.

¹³É o que nos ensina Greg Woolf: “Respaldados pela ameaça dos veteranos de Pompeu, combinada com o tónus financeiro de Pompeu e Crasso, além da influência que Crasso e César tinham sobre o povo, os três efetivamente governaram Roma por quase uma década, escolhendo magistrados, distribuindo províncias e exércitos (principalmente para si próprios) e tornando inútil o debate no Senado ou em assembleias.”

WOOLF, Greg. *Roma: a história de um império*. Tradução de Mário Molina. São Paulo: Cultrix, 2017. p. 180-181.

No mesmo sentido, podemos acrescentar o magistério de Adrian Goldsworthy: “Pompeu, Crasso e César estavam todos buscando vantagem pessoal. Pompeu queria terra para os seus veteranos e a ratificação do Assentamento Oriental, e Crasso, um alívio para os coletores de impostos na Ásia. César era o membro mais jovem, que necessitava de apoios de grande influência se quisesse conquistar alguma coisa frente ao seu recalcitrante colega cônsul e ganhar um importante comando provincial depois. Ele era efetivamente um instrumento dos outros dois, porque estes necessitavam de um magistrado para introduzir e pressionar a favor da legislação de que precisavam. Por isso, ele seria recompensado. Cada um dos três sabia que os outros dois beneficiar-se-iam com o arranjo, mas ficaria contente por ver isso acontecer se também alcançasse seus objetivos. Era, em última instância, um casamento por conveniência, que poderia ser rompido por qualquer um dos membros assim que deixasse de ser vantajoso para ele.”

GOLDSWORTHY, Adrian Keith. *César: a vida de um soberano*. Tradução de Ana Maria Mandim. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 221.

Considerando, assim, as lições de Nietzsche e de eventos históricos de relevo, como é o caso do “Acordo de Munique” e do “1º Triunvirato”, podemos chegar à nossa primeira conclusão: imaginar alguma justiça ou igualdade no contrato social é ir na direção contrária dos livros e registros da história.

E se avançarmos? Nesse caso, seremos obrigados a concluir que a teoria do contrato social atribui ao homem do estado de naturezas bandeiras próprias da democracia moderna, isto é, postulados próprios ao homem civilizado. Igualdade, racionalidade, reciprocidade, justiça, todos esses conceitos encarnam valores cultivados pelo homem político, todos estranhos ao homem imerso na vida pré-política. Podemos acrescentar, ainda, que o contratualismo, ao afirmar a justiça, a reciprocidade e a igualdade do contrato social, pressupõe que todas essas aspirações, típicas do homem moderno, tão problemáticas e, por tantas vezes, tão inalcançáveis, já haviam sido realizadas pelo “simples” homem do estado de natureza.

Isso nos leva a vislumbrar, no contratualismo de Rousseau e Beccaria, uma confusão entre origem e finalidade. Se a origem da sociedade organizada em torno do poder jurídico-político é temporalmente estática, quer dizer, é uma conjectura que está em passado não documentado e que, por isso, não pode ser alterada, a finalidade dessa organização social almejada só pode ser essencialmente dinâmica e direcionada ao futuro.

Assim, se uma determinada organização social está sob governo tirânico, suas finalidades serão adequadas à tirania. Contudo, havendo a deposição do tirano e o estabelecimento de um regime de inspiração democrática, haverá, conseqüentemente, uma substituição das finalidades, as quais serão deslocadas para o atendimento de interesses em concordância com o novo regime.

Não é esse o caso de nosso próprio país? Não passamos da ditadura militar à redemocratização? Sabemos que sim. Sabemos que o Ato Institucional nº 5 serviu às finalidades do regime ditatorial tanto quanto a Constituição Federal de 1988 serve ao projeto democrático em vigor. Em ambos os regimes, a origem de nosso país se manteve única e estática no lugar que designamos de passado, mas a finalidade de nossa sociedade se moveu sempre que a história nacional reputou necessário.

Em “Razão na história”, Hegel censura o historiador que executa a sua tarefa sem conseguir transcender o espírito de seu próprio tempo, sem conseguir, enfim, alcançar o espírito do tempo ao qual regressou. Esse historiador, nos diz Hegel, ao invés de alcançar o universal do passado, limita-se às individualidades – ambições, paixões, invejas etc.¹⁴ Em que sentido essas considerações do autor de “Fenomenologia do espírito” são apropriadas ao caso de Rousseau e Beccaria? Ora, ambos não conseguiram transcender o seu próprio tempo. Ao transferirem ao estado de natureza as finalidades mais elevadas da modernidade, provaram, a qualquer leitor atento, que não captaram o espírito do estado de natureza e que, ao buscarem refletir sobre a origem, não saíram de onde estavam.

Não é esse, no entanto, o caso de Nietzsche, que, refletindo sobre o surgimento do homem jurídico-político, conseguiu transcender a sua própria época e rejeitar a possibilidade do acordo imaginado por Rousseau e Beccaria. Partindo da premissa de que a natureza não é moral ou imoral e sim livre de toda e qualquer moral, o filósofo errante aniquilou, em um único parágrafo de “Genealogia da moral”, a teoria política especulativa que pior teria concebido o estado de natureza e sua superação:

Essa primeira hipótese sobre a origem da má consciência pressupõe, em primeiro lugar, que a mudança não tenha sido gradual nem voluntária, e que não tenha representado um crescimento orgânico no interior de novas condições, mas uma

¹⁴“Apresentar uma série de traços individuais – como num romance de Walter Scott – e uni-los preguiçosamente – como nas correspondências e nas crônicas – é um procedimento que nos faz desviar para uma multiplicidade de casos particulares e contingentes que são talvez historicamente exatos mas que não esclarecem, pelo contrário, antes obscurecem, o interesse principal.”

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A razão na história*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2020. p. 20.

Em seguida, Hegel acrescenta: “O pior estilo do historiador pragmático é o espírito psicológico mesquinho, que rastreia os móveis dos sujeitos que ele conseguiu, não a partir de um conceito, mas das propensões e paixões particulares, e não considera a própria coisa como impulsionadora e operante.”

Idem, *ibidem*, p. 21.

ruptura, um salto, uma coerção, uma fatalidade inevitável, contra a qual não havia luta e nem sequer um ressentimento. Em segundo lugar, que a inserção de uma população sem normas e sem freios numa forma estável, assim como tivera início com um ato de violência, foi levada a termo somente com atos de violência – que o mais antigo “Estado”, em consequência, apareceu como uma terrível tirania, uma maquinaria esmagadora e implacável, e assim prosseguiu seu trabalho, até que tal matéria-prima humana e semianimal ficou não só amassada e maleável, mas também *dotada de uma forma*. Utilizei a palavra “Estado”: está claro a que me refiro – algum bando de bestas louras, uma raça de conquistadores e senhores, que, organizada guerreiramente e com força para organizar, sem hesitação lança suas garras terríveis sobre uma população talvez imensamente superior em número, mas ainda informe e nômade. Deste modo começa a existir o “Estado” na terra: penso haver-se acabado aquele sentimentalismo que o fazia começar com um ‘contrato’. Quem pode dar ordens, quem por natureza é ‘senhor’, quem é violento em atos e gestos – que tem a ver com contratos! Tais seres são imprevisíveis, eles vêm como o destino, sem motivo, razão, consideração, pretexto, eles surgem como o raio, de maneira demasiado terrível, repentina (...) ¹⁵.

Por que estamos a afirmar que Nietzsche, em comparação aos contratualistas, é mais justo com o estado de natureza? Para responder à questão, podemos dizer que o filósofo do “eterno retorno” sabe que a necessidade está para a natureza tanto quanto a liberdade e a moralidade estão para o homem civilizado, submetido à organização jurídico-política.

Não é isso o que extraímos do art. 23, I, do Código Penal Brasileiro? Por que a lei penal afasta o crime quando caracterizado o estado de necessidade? Justamente porque a necessidade é o contrário da liberdade – a necessidade é o reino animal tanto quanto a liberdade é o reino humano. O leão, ao atacar e devorar a sua presa, não o faz por

¹⁵NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras: 2009. p. 69.

liberdade e sim por necessidade. O leão sequer conhece a liberdade, ele é apenas instinto e necessidade. E é justamente por isso, por viver apenas no reino dos instintos e da necessidade, que o leão não pode ser punido.

E o homem? O homem, em estado de necessidade, não se torna um animal? Se duas pessoas dividem um barco a afundar no meio do rio e há apenas um bote salva vidas para ambos, os dois não lutarão entre si pela posse dessa “tábua de salvação”? A resposta só pode ser afirmativa, pois os dois homens a lutar entre si não estão movidos pela liberdade e sim pela necessidade. Ambos não têm qualquer opção, não têm, enfim, liberdade. A luta entre os dois pescadores é uma questão de necessidade, de sobrevivência, de vida ou morte. Nesse instante, vale apenas o instinto de sobrevivência, nada mais. Por isso, punir o vencedor da luta seria punir uma ação puramente instintiva, uma ação que não faz *jus* ao homem. É por isso que o art. 23, I, do CPB, afasta a ilicitude de tal conduta e o faz em honra à liberdade humana.

Quando Albert Camus afirma, em seu libelo contra a pena de morte, que as leis não devem imitar a natureza humana e sim corrigi-la¹⁶, qual é o seu propósito? Reconhecer que os nossos valores democráticos (igualdade, liberdade, justiça) não estão entranhados em nossa natureza e que, justamente por isso, leis de inspiração democrática são essenciais para não nos curvarmos às nossas necessidades que nos impelem, graças ao natural instituto de autoconservação, à prática de atos individualistas.

Estamos, no fim das contas, dizendo o óbvio: ninguém nasce piedoso, pacifista, altruísta, democrático ou igualitarista, assim como ninguém nasce consciente da dignidade de pessoa humana. Todos esses valores ou ideais são resultados de muita educação, tempo e história. Imaginar, portanto, que foi pacífica e benéfica a todos, a passagem do estado de natureza para a organização político-jurídica, é transferir para os homens da natureza os ideais do homem civilizado.

¹⁶“A lei do talião é da mesma ordem da natureza e do instinto, não é da ordem da lei. A lei, por definição, não pode obedecer às mesmas regras que a natureza. Se o assassinato está na natureza do ser humano, a lei não é feita para imitar ou reproduzir esta natureza. Ela é feita para corrigi-la.”

CAMUS, Albert. *Reflexões sobre a guilhotina*. Tradução de Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 2022. p. 49.

3 Contratualismo e modernidade

Além de sua inabilidade especulativa, o contratualismo ainda apresenta o seguinte paradoxo: é fruto do pensamento jurídico-político moderno e, por isso, caber-lhe-ia afirmar, em sua especulação, a ideia de progresso, que é justamente a essência da filosofia moderna. Um simples trecho de “Introdução à história da filosofia”, de Hegel, evidencia o que estamos falando:

Aliás, na Grécia, a liberdade real encontra-se enredada numa limitação, pois, como sabemos, a escravatura existia ainda na Grécia; a vida civil dos Estados gregos livres não podia subsistir sem escravos. A liberdade era, portanto, condicionada, limitada; daí a diferença em comparação com a liberdade germânica. Podemos determinar a diferença da liberdade no Oriente, na Grécia e no mundo germânico do seguinte modo: no Oriente, apenas um é livre (o déspota); na Grécia, alguns são livres; na vida germânica, porém, todos são livres, isto é, o homem é livre enquanto homem¹⁷.

Ora, o que podemos extrair da filosofia hegeliana senão a ideia de que a história humana é o movimento gradual e progressivo do espírito em direção à liberdade? Da liberdade oriental, que Hegel reputa despótica, progredimos para a liberdade grega, que seria meramente aristocrática, até chegarmos à liberdade moderna, na qual todos nós seríamos livres.

Essa crença no progresso não é valiosa apenas a Hegel, mas também a Marx¹⁸ e à filosofia moderna de modo geral, de sorte que teria

¹⁷HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Introdução à história da filosofia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2018. p. 192.

¹⁸Já no jovem Marx essa crença no progresso se torna evidente em sua “Crítica da filosofia do direito de Hegel”, quando anuncia que a classe operária está “condenada” a transformar o mundo: “Quando o proletariado anuncia a dissolução da ordem mundial até então existente, ele apenas revela o mistério de sua própria existência, uma vez que ele é a dissolução fática dessa ordem mundial. Quando o proletariado exige a negação da propriedade privada, ele apenas eleva a princípio da sociedade o que a sociedade elevava a princípio do proletariado, aquilo que nele já está involuntariamente incorporado como resultado negativo da sociedade.”

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 162.

se tornado, segundo Michel Villey¹⁹, o próprio Deus da modernidade. Por isso, é de se estranhar a sua total ausência na teoria contratualista, cujo advento coincide com o nascimento da modernidade. Ao afirmar a suposta racionalidade, reciprocidade e igualdade do contrato social, que teria sido celebrado em benefício de todos, o contratualismo supõe que o homem passou, diretamente, do estado de natureza à democracia – apagando todos os demais estágios da história política humana, anulando, enfim, todo o progresso que a modernidade insiste em apregoar.

Se prosseguirmos, veremos que, estranhamente, Rousseau não ignora a lei fundamental da natureza. Em “A origem da desigualdade entre os homens”, Rousseau reconhece, com todas as letras, que a própria natureza pode estar na origem da desigualdade humana²⁰. Reconhece e vai além, dando exemplos de desigualdades humanas estabelecidas pela própria natureza²¹. Depois, chega a reconhecer, categoricamente, na mesma obra, o caráter extramoral da vida humana em estado de natureza, na qual os homens “(...) não podiam ser bons nem maus, e não tinham nem vícios nem virtudes (...)”²². Não sabemos como

¹⁹“O idealismo, peculiaridade da filosofia moderna, e do qual não é certo que estejamos curados, erige no lugar de Deus este grande ídolo: O Progresso (...)”. VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 2.

²⁰“Concebo na espécie humana dois tipos de desigualdade: uma eu chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma (...)”.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin Classis Companhia das Letras, 2017. p. 33.

²¹“Os filhos, trazendo ao mundo a excelente constituição de seus pais e fortalecendo-a por meio dos mesmos exercícios que a produziram, adquirem assim todo o vigor de que a espécie humana é capaz. A natureza faz com eles precisamente o que faz a lei de Esparta com os filhos dos cidadãos: ela torna fortes e robustos os que são bem constituídos e faz perecer todos os outros (...)”. Idem, *ibidem*, p. 39.

²²Idem, *ibidem*, p. 58.

Rousseau, após escrever “A origem da desigualdade entre os homens”, foi capaz de elaborar “O contrato social”. Os livros, ao invés de se complementarem, afastam-se. Enquanto o primeiro exalta a liberdade física e meramente individual do homem pré-político, o segundo afirma, por sua vez, a superação humana da natureza e a formação da vida social²³.

E Ferrajoli? Em determinada passagem de seu “Direito e razão”, o garantista retoma a sua famosa tese de separação entre direito e moral e acrescenta, ainda, a tese de separação entre direito e natureza²⁴. Por quê? O jurista sabe que a natureza não é guiada por qualquer sentimento de igualitarismo, sabe, enfim, que a natureza não é cristã, democrática ou comunista. Viver as leis da natureza seria viver uma vida humana sem qualquer valor moral, ético ou religioso. É daí que se origina a tese garantista, bastante legítima e até inquestionável, de que o Direito deve se desvincular da natureza. Porém, é justamente dessa desvinculação que surge o outro vínculo que Ferrajoli insiste igualmente em negar, isto é, aquele entre o Direito e os valores humanos – religiosos, morais e éticos.

Nesse sentido, podemos estabelecer a nossa segunda conclusão: se tanto Rousseau quanto Ferrajoli reconhecem, expressamente

²³A propósito, vale recorrer a Keith Ansell-Pearson: “*He is seen, on the one hand, to extol the primacy of individual liberty, while, on the other, to sacrifice the liberty of the individual to the authority of the State. Thus, several commentators have argued that there is a contradiction within Rousseau’s thinking on the individual and society. It has been suggested, for example, that whereas the Discourse on the Origin of Inequality (1755) offers an eloquent account of the rights of the individual, the Social Contract (1762) proposes the total subordination of those rights to the demands of the State.*”

ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche contra Rousseau: a study of Nietzsche’s moral and political thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 53.

²⁴“Em segundo lugar, a separação entre direito e moral e, por outro lado, entre direito e natureza. Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu.”

Idem, *ibidem*, p. 41-42.

ou implicitamente, o caráter extramoral da natureza, não se sabe como abraçaram a tese especulativa de que o homem pré-político teria firmado o dito acordo – aparentemente mais democrático que os próprios acordos celebrados em tempos e culturas democráticas.

4 Contratualismo, democracia e pluralismo

Se o objeto do contrato social é a liberdade de seus contratantes, parte-se, necessariamente, do pressuposto de que a liberdade já existia no estado de natureza. Há, nesse ponto, um problema apontado anteriormente, pois a necessidade está para o estado de natureza tanto quanto a liberdade está para a vida organizada em torno do poder jurídico-político. Se nos perguntarmos por que o homem dos primórdios caçava, teremos de responder que o ato visava satisfazer a sua necessidade de alimentação. A caça não era, portanto, um ato de liberdade e sim de pura necessidade, tanto quanto o ato de dormir e de manter relações sexuais são atos relacionados a puras necessidades fisiológicas. A vida era, enfim, a predominância da necessidade sobre a liberdade, conforme reconhece o próprio Rousseau em sua obra destinada à origem das desigualdades humanas:

Despojando esse ser, assim constituído, de todos os dons sobrenaturais que pode ter recebido e de todas as faculdades artificiais que só pode ter adquirido por longos progressos; numa palavra, considerando-o tal como deve ter saído das mãos da natureza, vejo um animal menos forte que uns, menos ágil que outros, porém, tudo bem pesado, organizado de forma mais vantajosa do que todos. Eu o vejo matando a fome à sombra de um carvalho, saciando a sede no primeiro riacho, encontrando sua cama ao pé da mesma árvore que lhe forneceu sua refeição, e eis suas necessidades satisfeitas.²⁵

Descrevendo um cenário idílico, Rousseau nos apresenta o homem pré-político a saciar a fome, a sede e o sono, isto é, três necessidades humanas primárias e corporais. Onde está a pretensa

²⁵Idem, *ibidem*, p. 38.

liberdade desse homem? Rousseau não a revelou, mas ainda assim sustenta essa obscura liberdade, como todos os demais contratualistas.

Se passarmos à vida humana após o estado de natureza, estaremos finalmente diante da predominância da liberdade sobre a necessidade. Anteriormente, recorreremos a Hegel e à sua tese de que a história é o avanço da liberdade humana – da liberdade de apenas um (oriental) à liberdade de alguns (grega) até à liberdade de todos (moderna). Àquela ocasião, o propósito era demonstrar que a filosofia hegeliana é a típica filosofia moderna, na medida em que afirma o progresso – ao contrário do contratualismo, que, saltando diretamente da natureza para a democracia, apaga toda a evolução histórica.

Considerando que estamos concentrados, agora, na pressuposição contratualista de que já havia liberdade no estado de natureza, temos de retornar mais uma vez a Hegel, cuja filosofia, repito, é um elogio ao homem moderno, àquele que foi além e continua a ir além de suas meras necessidades. Em uma passagem de sua “Filosofia do Direito” em defesa da propriedade privada, Hegel sublinha que a dita propriedade, ao invés de expressar a satisfação de uma simples necessidade do proprietário, afirma a liberdade ínsita do ser humano racional:

O racional da propriedade não reside na satisfação das carências, porém em que a mera subjetividade da personalidade se suspende. Só, e primeiro na propriedade, a pessoa é enquanto razão. Ainda que essa primeira realidade da minha liberdade esteja numa Coisa exterior, seja, por conseguinte, uma má realidade, a personalidade abstrata, precisamente na sua imediatidade, não pode ter outro ser-aí a não ser na determinação da imediatidade²⁶.

Ao contrário do simples animal, que tem um círculo restrito não apenas de necessidades, mas de meios para satisfazê-las, o homem, distinguindo-se daquele graças à sua liberdade e racionalidade

²⁶HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. *Linhas fundamentais da filosofia do direito: direito natural e ciência do Estado no seu traçado fundamental*. Tradução de Marcos Lutz Muller. São Paulo: Editora 34, 2022. p. 237.

dade, expande-se e vai além. Hegel demonstra que o homem se torna homem justamente quando supera o reino das necessidades e multiplica as suas carências:

O animal tem um círculo restrito de meios e modos de satisfação de suas carências, igualmente restritas. O homem, mesmo nessa dependência, prova o seu ir além da mesma e a sua universalidade, inicialmente pela *multiplicação* das carências e dos meios e, em seguida, pela *decomposição e diferenciação* da carência concreta em partes e aspectos singulares, que se tornam carências distintas, *particularizadas* e, por isso, mais abstratas.

(...)

A carência de habitação e vestuário, a necessidade de não mais deixar cru o alimento, mas de torná-lo adequado a si e destruir a sua imediatidade natural, faz com que a existência do homem não lhe seja tão cômoda quanto ao animal e que, enquanto espírito, ela não lhe deva ser tão cômoda²⁷.

É justamente por isso que Hegel defende a propriedade privada e a própria multiplicação da propriedade privada, uma vez que o homem, ao multiplicá-la para além de suas necessidades, está superando a esfera da necessidade, está multiplicando carências e está, enfim, realizando a liberdade humana.

O relevante, aqui, não é defender ou não o instituto da propriedade privada e sim demonstrar, com o auxílio de Hegel, que a liberdade está muito mais no homem moderno do que no homem em estado de natureza. Se a vida do selvagem era, acima de tudo, a mera satisfação de necessidades físicas (caçar para comer, dormir, copular), a vida do homem moderno tem uma dimensão a mais, a qual reside justamente em sua liberdade.

Se o homem moderno pode se dedicar à leitura, à ciência, ao turismo, ao yoga, à coleção de antiguidades, a algo que, enfim, não atende a uma única necessidade humana imediata, então esse homem pode se considerar imerso na liberdade. Essa distinção, entre o homem do estado de natureza – imerso na necessidade, e o homem

²⁷Idem, *ibidem*, p. 452.

moderno – mergulhado na liberdade, passou despercebida ao contratualismo.

A inabilidade da teoria contratualista para especular sobre o homem pré-político traz graves consequências à sua concepção jurídico-política, afinal de contas, se o contrato social é a renúncia de parte da liberdade humana para a defesa da liberdade remanescente, então se supõe, necessariamente, que a liberdade humana já era uma realidade no estado de natureza.

Entendemos estar mais do que demonstrado que a liberdade no estado de natureza ainda era por demais incipiente e que o homem, nesse estágio fictício ou não documentado, era a predominância da necessidade sobre a liberdade.

Mas o problema vai muito além. Se supomos que já havia liberdade no mundo pré-político, então não teria havido, assim, uma ruptura entre estado de natureza e Estado de Direito, uma vez que o contrato não teria constituído e fundado a liberdade, mas apenas a regulado.

A ideia de que o Estado não é o fundador da liberdade, mas apenas e tão somente o seu regulador, ignora que a liberdade humana, fora da sociedade jurídico-política, não pode ir além de sua camada física ou natural. É apenas no interior da sociedade jurídico-política que a liberdade humana adquire uma segunda camada e se torna superior à liberdade meramente física. Estamos nos referindo, obviamente, à liberdade jurídico-moral, que, em nosso entendimento, é fundada pelo Estado e encarna sua obra-prima.

No entanto, se o contratualismo não reconhece ao Estado a fundação da liberdade, então a sua ideia de liberdade se resume àquela primeira camada – física ou natural. E, se a liberdade não é constituída e fundada pelo acordo – mas apenas declarada e regulada, devo repetir que não há efetiva ruptura entre a vida humana antes do contrato e a vida humana posterior à sua celebração, assim como não há ruptura entre natureza e contrato.

Se o contrato não é a fundação da liberdade humana, sua celebração se limita a consagrar os termos da liberdade definidos no estado de natureza e a protegê-los. Não é isso que nos diz Hobbes? Logo no início de sua obra, no primeiro parágrafo da introdução, Hobbes afirma que a finalidade do contrato social é, acima de tudo, oferecer defesa, proteção e segurança:

Porque pela arte é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado ou Cidade (em latim *Civitas*), que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado²⁸.

Mas, afinal de contas, o que o contrato social hobbesiano visa proteger e defender? Os bens e liberdades individuais nos termos estabelecidos desde o estado de natureza, no qual vigora a célebre guerra “de todos os homens contra todos os homens”²⁹. Daí que esse contrato, que não é fundador, é um contrato de adesão, de termos preestabelecidos pelo mais forte, ao qual o mais fraco deve apenas aderir.

Essa conclusão se torna imperativa porque a defesa, a proteção e a segurança, oferecidas pelo Estado contratualista, têm por objeto meras particularidades, isto é, o patrimônio dos particulares, a vida individual, a liberdade de ir e vir dos contratantes etc. Não há, enfim, a partir do pacto, uma superação do egoísmo e do individualismo que Hobbes atribui à vida humana pré-política, assim como não há uma superação da guerra de todos contra todos, mas apenas uma mediação da guerra.

Por acaso a lógica, a própria lógica como tal e em si, não confirma a nossa sentença? Se o Estado hobbesiano é apenas a proteção de um indivíduo perante outro, não temos união, mas apenas aglomeração de indivíduos distintos. Temos, enfim, fragmentação e não união, mas a própria ideia de fragmentação pressupõe a ideia de todo e de unidade, pois a cisão só pode operar sobre o todo, só pode dividir e fragmentar

²⁸HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria: forma e poder num estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

²⁹“Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida”.

Idem, *ibidem*, pág. 75.

algo que é, necessariamente, pura unidade. Daí se conclui que a sociedade contratualista só pode ser dirigida pelo princípio da fragmentação, havendo, enfim, em seu interior, um programa de separação e não de união.

Em sua obra de maior relevo, Hannah Arendt afirma que o Estado hobbesiano não se baseia em um único princípio construtivo³⁰. A pensadora não está confirmando a nossa tese de que não há, em Hobbes, efetiva ruptura entre a vida humana antes do contrato e a vida humana posterior à sua celebração? Ora, a ausência de qualquer construção só pode resultar na conservação do *status quo* – ou seja, na conservação do estado de natureza pela sociedade de bases contratualistas.

Ao contrário do que a aparência pode sugerir, essa conclusão não é exclusiva ao contratualismo hobbesiano. Hobbes e Rousseau estão separados por suas visões sobre o estado de natureza, onde um imagina a guerra de todos contra todos e o outro imagina, por sua vez, um cenário mais idílico. Porém, tais diferenças não impediram Rousseau de se aproximar de Hobbes ao afirmar que o principal objetivo do contrato reside na mera conservação dos contratantes. Em seu “O contrato social”, Rousseau confirma a tese hobbesiana centrada na conservação dos contratantes e ainda sugere, claramente, que o contrato serve muito mais aos fortes do que aos fracos:

O contrato social tem por objetivo a conservação dos contratantes. Quem quer os fins quer também os meios, e estes meios são inseparáveis de alguns riscos. Quem quer conservar a sua vida à custa dos outros deve também dá-la por eles quando necessário.³¹

O mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar essa força em direito e a obediência em dever³².

³⁰“O Leviathan de Hobbes expôs a única teoria política segundo a qual o Estado não se baseia em nenhum tipo de lei construtiva (...)”.
ARENDR, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 207.

³¹Idem, *ibidem*, p. 109.

³²Idem, *ibidem* p. 77.

A partir do momento que o próprio Rousseau sugere que o contrato social foi formulado para transformar em lei a força dos mais fortes, Rousseau admite que o contrato social é muito mais uma imposição do que um ato de liberdade. Admite, da mesma forma, que o contrato é uma continuação, por outros meios, das desigualdades operadas no estado de natureza.

O contrato foi, portanto, uma imposição dos homens sobre as mulheres, assim como foi uma imposição dos heterossexuais sobre homossexuais e, da mesma forma, uma imposição dos brancos sobre índios e pretos. Coube aos mais fortes estabelecer as cláusulas do contrato e impô-lo, enquanto aos mais fracos coube apenas a tarefa de adesão.

Nesse sentido, a lei da Democracia moderna é a lei contratualista que oculta, sob o signo da abstração, da universalidade e da generalidade, a desigualdade e a diversidade, seja a desigualdade estabelecida pela natureza, como é o caso daquela entre homem e mulher, seja a desigualdade histórica, a exemplo daquela entre o homem branco e o homem preto.

Assim, a Democracia contemporânea, ao partir do pressuposto de que a sociedade não é homogênea e sim pluralista e heterogênea, está assumindo para si a tarefa de corrigir os termos do contrato social que baseou a formação da Democracia moderna e que excluiu, de seus benefícios, determinados grupos sociais.

Não é esse o caso da Lei nº 11.340/2006, também conhecida como “Lei Maria da Penha”? Ao endurecer o combate à violência contra a mulher, essa lei não está corrigindo o contrato social cujos termos foram estabelecidos unilateralmente pelos homens e impostos sobre as mulheres? A resposta, aqui, só pode ser afirmativa. Se a democracia moderna, ao invés de reparar essa desigualdade, tornou-a “letra de lei”, isso se deve ao fato de que o contrato social de Hobbes, Rousseau e Beccaria não rompe com o estado de natureza. Enquanto a democracia moderna se limitou a declarar liberdades, a democracia contemporânea busca fundar liberdades.

Se prosseguirmos, veremos que a própria fragmentação da sociedade não é obra do multiculturalismo ou do pós-modernismo e sim do próprio contratualismo moderno, supostamente universalista. Em sua “Filosofia do Direito”, Hegel se volta contra a concepção de Estado enquanto mero protetor da propriedade privada e da liberdade pessoal –

propugnada pela teoria do contrato social, por lhe faltar a ideia de algo que transcende as singularidades e alcança o universal:

Se o Estado é confundido com a sociedade civil e se a sua determinação é posta na segurança e na proteção da propriedade e da liberdade pessoal, então o interesse dos singulares enquanto tais é o último fim em vista do qual eles estão unidos, e daí segue-se, igualmente, que ser membro do Estado depende do capricho. – Mas o Estado tem uma relação inteiramente diferente ao indivíduo; como ele é espírito objetivo, o indivíduo só tem objetividade, verdade e eticidade enquanto é membro do Estado. A união enquanto tal, ela mesma, é o verdadeiro conteúdo e fim (...).³³

Essa é apenas uma das tantas objeções de Hegel ao contratualismo. Em diversas passagens de “Filosofia do Direito”, Hegel insiste em afirmar que o Estado não pode ter sua origem no contrato, que o público jamais poderá ter sua origem no privado. Vejamos, a título de exemplo, duas passagens elucidativas do pensamento hegeliano a respeito do assunto:

A intromissão dessa relação contratual, bem como das relações de propriedade privada em geral na relação estatal, provocou as maiores confusões no direito público e na efetividade. Assim como, em períodos anteriores, os direitos e os deveres políticos foram considerados e afirmados como uma propriedade privada imediata de indivíduos particulares em face do direito do príncipe e do Estado (...). Por mais diversos que sejam, de um lado, esses dois pontos de vista, eles têm em comum, de outro, o ter transferido as determinações da propriedade privada para uma esfera que é de natureza inteiramente distinta e mais alta³⁴.

Só que o Estado não é, de maneira nenhuma, um contrato, nem a

³³HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. *Linhas fundamentais da filosofia do direito: direito natural e ciência do Estado no seu traçado fundamental*. Tradução de Marcos Lutz Muller. São Paulo: Editora 34, 2022. p. 535.

³⁴Idem, *ibidem*, p. 289.

sua essência substancial é tão incondicionadamente a proteção e a garantia da vida e da propriedade dos indivíduos enquanto singulares³⁵.

A partir da própria ideia que temos do contrato, enquanto instituto jurídico símbolo do direito privado, pode-se dar razão a Hegel e atribuir ao próprio contratualismo a fragmentação da sociedade, afinal de contas, o contrato não é somente o cruzamento entre duas vontades distintas, com objetivos diferentes? Eu, enquanto consumidor, pretendo de você, vendedor, o seu produto. Você pretende, de outro lado, o meu dinheiro. Nossos interesses se cruzaram e se conciliaram, mas são diferentes e meramente individuais. Eu, consumidor, uni-me a você, vendedor, apenas porque você tinha algo do meu interesse. Você, por sua vez, retribuiu-me na mesma moeda, unindo-se a mim somente em razão de meu dinheiro. Nossos egoísmos se entenderam, mas apenas de modo passageiro e por isso permaneceram, essencialmente, fins egoístas.

Falta, assim, à fundação dessa sociedade contratualista a ideia de união – como Hegel acertadamente sublinhou, uma vez que o simples cruzamento de vontades individuais não alcança a união e é sempre inferior à união, pelo simples fato de que as vontades, que se cruzam no contrato, têm interesses individuais e distintos³⁶, havendo apenas uma conciliação passageira e contingencial entre esses interesses particulares.

Seria possível outro parecer sobre o tema? Dificilmente, haja vista que essa teoria concebe a formação da sociedade a partir do contrato, que é o instituto *par excellence* do direito privado. Chegamos ao ponto essencial: o contratualismo concebe a fundação da coisa pública a partir da coisa privada e particular. Como pode o público estar fundado no privado? Como pode o público ter origem em interesses meramente

³⁵Idem, *ibidem*, p. 316.

³⁶Sobre a distinção e contraposição dos interesses contratuais, é válido transcrever o seguinte magistério de Orlando Gomes: “Traço característico do contrato é plurititularidade, isto é, a co-participação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos. A contraposição é essencial, não passando o contrato, assim, de uma composição.”

GOMES, Orlando. *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 13.

particulares? Como pode o universal se limitar à aglomeração de diversas singularidades? Talvez apenas no contratualismo.

A partir de interesses meramente particulares, não é possível chegar a categorias jurídicas que se tornaram elementares à democracia contemporânea, como é o caso da função social da propriedade e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Essas categorias jurídicas incompatíveis com a concepção jurídico-política contratualista são justamente aquelas que transcendem o individualismo e pressupõem a união a que se refere Hegel.

Portanto, é no contratualismo que podemos encontrar, por exemplo, a razão para a total ausência, na Constituição Brasileira de 1891 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), de qualquer previsão sobre a função social da propriedade. Essa Constituição, inspirada na Constituição dos Estados Unidos da América e, portanto, de base contratualista, consagrou o direito de propriedade em “toda a sua plenitude” (art. 72, § 17), conferindo-lhe conotação meramente individual e abstrata – como se a propriedade estivesse abstraída em relação à coletividade e não causasse qualquer interferência, positiva ou negativa, no meio social.

Se, de um lado, essa Constituição consagrou o direito de propriedade em “toda a sua plenitude”, de outro lado, no entanto, manteve-se totalmente silente sobre o direito à educação. Isso por acaso não constitui uma prova documental e histórica de uma de nossas principais teses? Isso não prova, enfim, que o contrato social não supera o estado de natureza e que não passa de um contrato de adesão imposto pelos mais fortes sobre os mais fracos? Entendemos que sim. Se o patrimônio individual tem relevância superior ao desenvolvimento espiritual do homem, esse Estado contratualista está mais inclinado à conservação do que à superação da desigualdade.

Conclusão

Na introdução deste trabalho, apresentamos algumas críticas dirigidas ao multiculturalismo, uma das quais seria importante retomar. O constitucionalista Zagrebelsky alega, conforme exposto anteriormente, que a lei da democracia moderna expressava uma ordem, enquanto a lei da democracia pluralista ou contemporânea

nea expressa, por sua vez, uma desordem, a qual deve ser, depois de estabelecida, remediada³⁷.

O que podemos extrair dessa ponderação senão a confirmação das principais teses que sustentamos ao longo deste trabalho? Se a democracia moderna afirmava uma ordem preexistente, isto é, uma ordem anterior ao próprio Direito, então essa democracia não fundava ordem alguma. Ao contrário, limitava-se a afirmar e declarar algo fundado anteriormente a si própria.

O problema, aqui, reside no seguinte: a democracia não pode, sob pena de perder o seu caráter democrático e perecer, declarar ou afirmar uma ordem preexistente a si própria, uma vez que, nesse caso, estará a declarar ou afirmar uma ordem criada fora do Direito e de seus postulados democráticos.

Esse é o problema central do contratualismo em Hobbes, Rousseau e Beccaria. E é por isso que a democracia moderna, de base contratualista, conviveu com as desigualdades entre homens e mulheres, entre homens brancos e homens pretos, entre heterossexuais e homossexuais. A ordem da democracia moderna, a que se refere Zagrebelsky, não é propriamente dela, uma vez que fundada alhures, em algum lugar pré-jurídico e extramoral, sem lei e sem democracia.

Em um aforismo de “Crepúsculo dos ídolos”, Nietzsche sugere que a linguagem é uma redundância, uma vez que as palavras sempre nos comunicam algo que já conhecemos³⁸. Nesse sentido, a palavra “casa” nos remete a uma construção destinada à moradia humana, assim como a palavra “amizade” nos remete a um sentimento nobre que aproxima duas

³⁷ “*In questa situazione, viene notevolmente ridotta l’aspirazione della legge a essere fattore di ordine. Essa è piuttosto espressione di un disordine, al quale essa cerca, al più, di porre rimedi ex post factum.*”

Idem, *ibidem*, p. 44-45.

³⁸ “Não nos estimamos mais o bastante quando nos comunicamos. Nossas experiências decisivas não são de forma algumas tagarelas. Elas não poderiam comunicar a si próprias caso quisessem. Isso acontece porque lhes falta a palavra. Aquilo para que temos palavras também já ultrapassamos.”

NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos ou como filosofar com o martelo*. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 97.

ou mais pessoas. Ambos os vocábulos que usamos como exemplo confirmam, portanto, a sugestão do filósofo: as palavras, ao invés de nos presentear com algo novo, limitam-se a nomear aquilo que já temos em nosso conhecimento.

Seguindo Nietzsche, nós não poderíamos sugerir, então, que a democracia moderna é uma redundância? Se essa democracia está baseada na crença de que a ordem *lhe* é necessariamente preexistente, qual a função de ser dessa democracia senão repetir, em suas leis, uma ordem que já existe fora de suas leis? Se a legislação moderna declarou o “pátrio poder”, ao invés de fundar o “poder familiar”, essa democracia se limitou a afirmar, redundantemente, o poder patriarcal imposto pela figura masculina. Da mesma forma, se a lei penal moderna – como é o caso do CPB em sua redação original, extinguiu a punibilidade do estupro pelo casamento entre o agente e a vítima, a lei estava apenas afirmando, redundantemente, o machismo e o poder patriarcal.

Nesse cenário, acreditamos estar demonstrado que as aspirações pluralistas da democracia contemporânea se justificam a partir das lacunas da democracia moderna, que, reiteramos, ocultou diferenças, desigualdades e injustiças sob o signo da abstração, da universalidade e da generalidade.

Se tivermos de admitir que a sociedade jurídico-política realmente surgiu do contrato social, teremos de concluir que o contrato foi uma imposição dos mais fortes sobre os mais fracos e não um ato de liberdade e de benefício recíproco. Do contrário, jamais seria possível encontrar uma razão para as constantes revisões de suas cláusulas estabelecidas em detrimento dos excluídos – mulheres, índios, pretos, homossexuais etc.

Para concluir definitivamente este trabalho, seria relevante retornar, uma última vez, a Zagrebelsky, mais precisamente à sua sentença segundo a qual a democracia contemporânea parte de uma prévia desordem, a qual é afirmada apenas e tão somente para ser posteriormente remediada.

Ao contrário do que poderia sugerir uma leitura meramente superficial da sentença formulada pelo constitucionalista italiano, a afirmação da prévia desordem não constitui, justamente, o mérito da democracia contemporânea? Se a ordem não *lhe* é preexistente, essa democracia terá de fundá-la. A partir de então, encerra-se, de uma vez por

todas, o Direito enquanto redundância. Não há mais uma ordem prévia ao Direito – a ser simplesmente repetida, declarada e afirmada pelo ordenamento jurídico. Se Hannah Arendt afirma, conforme demonstramos anteriormente, que o Estado hobbesiano não se baseia em uma única lei construtiva³⁹, podemos sustentar que a democracia da sociedade pluralista, ao partir da desordem, obriga-se a construir e fundar a ordem democrática, a incluir os excluídos pelo contrato social.

³⁹“O Leviathan de Hobbes expôs a única teoria política segundo a qual o Estado não se baseia em nenhum tipo de lei construtiva (...)”.

ARENDR, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 207.

Referências

ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche contra Rousseau: a study of Nietzsche's moral and political thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

CAMUS, Albert. *Reflexões sobre a guilhotina*. Tradução de Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOLDSWORTHY, Adrian Keith. *César: a vida de um soberano*. Tradução de Ana Maria Mandim. Rio de Janeiro: Record, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A razão na história*. Tradução de Artur Morão – Lisboa/Portugal: Edições 70, 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Introdução à história da filosofia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2018.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito: direito natural e ciência do Estado no seu traçado fundamental*. Tradução de Marcos Lutz Muller. São Paulo: Editora 34, 2022.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria: forma e poder num estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve Século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KERSHAW, Ian. *Hitler*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*; tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras: 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos ou como se filósofa com o martelo*. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014.

PINHO, Ana Claudia. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Jose Bushatsky Editor: 1978.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin Classis Companhia das Letras, 2017.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

WOLIN, Richard. *The seduction of the unreason: the intellectual romance with fascism: from Nietzsche to postmodernism*. Nova

Jersey: Princeton University Press, 2004.

WOOLF, Greg. *Roma: a história de um império*. Tradução de Mário Molina. São Paulo: Cultrix, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Turim: Einaudi, 1992.