



O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À DEMOCRACIA¹

THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO DEMOCRACY

Stephan Kirste

Professor Catedrático da Universidade de Salzburg, Áustria.

Resumo

Em meu artigo eu defendo a tese de que existe um direito humano fundamental à democracia. Este direito deve ser entendido como um direito à igualdade de participação na deliberação, na decisão, na interpretação e na aplicação dos direitos e deveres em geral. Diferente do conceito de "igual origem" ou "co-origem" dos direitos humanos e da democracia em Habermas, vou defender uma reconstrução de ambos sobre a base da liberdade: A liberdade é o fundamento de todos os direitos de participação. O direito humano à democracia pode ser distinguido de outros direitos de participação pela igualdade de participação. Por isso significa necessariamente igual participação em questões que dizem respeito a todas as pessoas de igual forma.

Palavras-chave: direitos humanos, democracia, igual origem, igualdade de participação, liberdade.

Abstract

In my paper I am defending the thesis that there is a fundamental human right to democracy. This right is to be understood as a right to equal participation in the deliberation, decision, interpretation and enforcement of general rights and duties. Different from Habermas' concept of "equal originality" or "co-originality" of human rights and democracy, I am going to defend a reconstruction of both on the basis of freedom: Freedom is the fundament of all rights to participation. The human right to democracy can be distinguished from other rights

¹ Traduzido do original em alemão por Marcos Augusto Maliska. Texto integrante da bibliografia referente ao minicurso "O Direito Fundamental à Democracia. Liberdade, Autonomia e Passado no Estado Constitucional" ministrado pelo Prof. Dr. Stephan Kirste, no segundo semestre de 2015, junto ao Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil, no quadro da disciplina "Constituição e Estado Pós-Nacional", ministrada pelo Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska.

to participation by the equality of participation. Therefore it means necessarily equal participation in matters that concern all legal persons equally.

Key-words: human right, democracy, equal originality, equality of participation, freedom.

1. INTRODUÇÃO

Na história da filosofia surgiu já desde muito cedo, desde as grandes revoluções do Século XVIII, a reivindicação de que a pessoa não só desfruta desta ou daquela liberdade e está sujeita juridicamente a determinados deveres, mas também que autonomamente deve determinar essas liberdades e deveres. A luta por esse direito determinou os Séculos XIX e XX e mostrou-se também recentemente na revolução árabe. Como consequência dessas exigências morais foram reconhecidos nas Constituições Nacionais a liberdade de expressão, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, o direito ao voto livre, igual, direto e universal, o direito fundamental a uma decisão justa e o direito à boa administração. No nível supranacional estão protegidos aspectos desses direitos pela União Europeia (Art. 11, 12, 39 da Carta de Direitos Fundamentais, Art. 20 II b do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia). Com a autodeterminação dos povos (Art. 1 II da Carta das Nações Unidas), a proteção do direito ao voto (Art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos) e de comunicação (Art. 19 da Declaração Universal) e liberdade associativa (Art. 20 da Declaração Universal) o Direito Internacional do Século XX reconheceu essas demandas também como direitos universais (FRANCK 1992, S. 57 e seg.). Especialmente o art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos² contém a obrigação dos Estados de capacitar os indivíduos para participar das eleições e pressupõe, de resto, as liberdades de associação e comunicação sob a influência da exigível liberdade de informação como fundamento das eleições.³ A Declaração do

² Comentário Geral Nº 25: O direito de participar nos assuntos públicos, direito ao voto e direito de igual acesso ao serviço público (Art. 25): 12.07.1996 CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, Comentário Geral Nº 25. (Comentários Gerais), adotado pela Comissão em sua reunião 1510 (quinquagésima sétima sessão) em 12 de julho de 1996, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?OpenDocument>, acessado pela última vez em 13.03.2013: "Art. 25 está cerne do governo democrático baseado no consentimento do povo e em conformidade com os princípios do Pacto".

³ O comentário diz: "8. Os cidadãos também tomam parte na direção dos negócios públicos, exercendo influência através de debate público e do diálogo com seus representantes ou por meio da capacidade de se autoorganizarem. Esta participação está assentada na garantia da liberdade de expressão, de reunião e de associação".

Milênio da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adota: “Os homens e as mulheres têm o direito de viver a sua vida e de criar os seus filhos com dignidade, livres da fome e livres do medo da violência, da opressão e da injustiça. A melhor forma de garantir estes direitos é através de governos de democracia participativa baseados na vontade popular”.⁴ Declarações regionais de direitos humanos, como o art. 3º 1 do Protocolo Adicional a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o art. 10 da Convenção Europeia, art. 26, Frase 1 da Carta Interamericana, reconhecem que a democracia é a forma de vida baseada na liberdade e na melhoria das condições econômica, social e cultural. Essas declarações, no entanto, não tratam de um direito subjetivo do indivíduo à democracia.

A questão da justificação de um direito humano fundamental à democracia é ainda muito controversa. Direitos humanos fundamentais e democracia são conceitos que geralmente estão contrapostos. Concepções que veem em geral tal direito por justificável tomam a democracia como em uma relação de prioridade em face dos direitos humanos fundamentais (Rousseau), ou os direitos humanos fundamentais em relação à democracia (pensamento liberal) ou, ainda, por fim, de “uma igual origem dos direitos humanos fundamentais e da democracia” (teoria discursiva).

Em contraste a esses entendimentos, o presente texto irá defender a tese de que um direito humano fundamental positivo à democracia somente pode estar fundamentado se direitos humanos fundamentais e democracia puderem ser justificados a partir de um único princípio. Esse princípio único se constitui no princípio jurídico da liberdade. Na forma de direito positivo os direitos humanos fundamentais e a democracia somente podem, no entanto, se justificar se o sistema jurídico (*Rechtsform*) em si está baseado na liberdade. No lugar da igual origem dos direitos humanos fundamentais e da democracia tem-se a fundamentação de ambos a partir do conceito de direito como uma ordem da liberdade. Assim, inicialmente eu me dedico a uma crítica geral dos direitos humanos fundamentais e das teorias da primazia. Por fim, eu vou desenvolver a minha própria concepção. Eu entendo o conteúdo do direito humano fundamental à democracia como um direito à livre e igual participação na deliberação, decisão, interpretação e execução dos direitos, deveres e interesses do bem comum.

⁴ Resolução nº 55/2 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 8.9.2000, I., 6.

2. PARA UMA CRÍTICA DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À DEMOCRACIA

2.1. A teoria dos direitos humanos fundamentais como restrições externas do poder estatal

Na tradição de Carl Schmitt a crítica adota em parte uma relação externa da democracia e dos direitos humanos fundamentais.⁵ Com a revolução francesa foi substituída, de fato, a legitimação do poder absoluto. No lugar do fundamento de legitimação monárquico de um poder estatal ilimitado se inseriu a legitimação democrática. Os direitos humanos fundamentais se encontram em ambas as formas de legitimação do poder estatal como restrições externas.

Schmitt e esses críticos deixam escapar, no entanto, que com a troca da legitimação subjetiva do Monarca pelo Povo também se encontrou uma troca do modo de legitimação. O monarca absoluto podia contar com a finalidade do Estado e sua legitimação histórica hereditária como pessoa política. Na democracia o povo age também como agregado das pessoas políticas; porém, essas pessoas fazem valer seus direitos apenas como pessoas e não seus poderes historicamente tradicionais. A democracia não pode se legitimar do passado, senão da confirmação repetida no processo atual de deliberação e decisão. Essas decisões livres do povo conduzem constantemente ao domínio político nova força legitimadora. A compreensão da democracia é assim abreviada, quando se a compreende como troca de legitimação subjetiva de um contrário igual ilimitado poder estatal. No Estado de direito democrático vale não apenas o princípio que o Estado está a serviço das pessoas e não a pessoa a serviço do Estado⁶; no Estado democrático de direito tem-se também muito mais, que o Estado só se realiza por meio das pessoas. Enquanto se compreende a democracia apenas como modo de legitimação de um contrário poder estatal inalterado, os direitos fundamentais devem permanecer externos à democracia:

⁵ Sobre isso também BIELEFELDT 1998, p. 103.

⁶ Assim, o conhecido art. 1º do projeto de Herrenchiessee. "(1) O Estado está a serviço das pessoas, e não as pessoas ao Estado" Coing apontou já em 1950 que tal afirmativa não apenas protege a liberdade negativa e positiva, mas também a liberdade humana ativa: "O direito está a serviço das pessoas. A pessoa afirma o direito; o direito deve servir a pessoa. A Pessoa, no entanto, possui a sua própria dignidade. Ele é chamado a dar forma a sua vida autonomamente e de forma responsável". Esta abordagem proativa tem para ele, inicialmente, apenas uma dimensão privada, não possui uma dimensão política (COING, 1950, p. 205)

eles se constituem em normas restritivas e também normas de autorização⁷. Só quando a democracia é entendida como expressão dos direitos humanos fundamentais a pessoa é compreendida em seu direito na justificação do Estado; nesse momento, no entanto, a relação dos direitos humanos fundamentais com a democracia não é mais externa.

2.2. A existência pré-estatal dos direitos humanos fundamentais e a institucionalização da democracia

Além disso, se traz argumentos estruturais contra um direito humano fundamental à democracia. Ernst-Wolfgang Böckenförde compreende os direitos humanos fundamentais como direitos categóricos, que pertencem ao ser humano (*Mensch*) em razão de sua condição humana, independentemente de sua posituação institucional (BÖCKENFÖRDE, 1998, p. 236.). “A democracia significa, em sentido contrário, a execução concreta, o exercício institucional e processual da soberania e o poder político decisório por meio do povo; povo esse empiricamente dado e concretamente localizado, não um povo como sujeito transcendental” (1998, p. 237). Uma vez que a “forma politicamente organizada” da democracia é dependente de pressupostos institucionais, que não existem para os direitos humanos, ou os direitos humanos fundamentais se relativizariam, quando se acrescenta um direito humano fundamental à democracia, ou a democracia se dissolveria, quando se fizesse dela um direito humano fundamental.

Aqui se tem uma compreensão instrumental de direito e liberdade: o direito tem a tarefa de possibilitar e assegurar a liberdade. O direito precisa estar “alinhado” com a liberdade (BÖCKENFÖRDE, 1991, p.44); mas esse alinhamento se operará apenas secundariamente também por meio da liberdade propriamente. “O direito aparece assim como forma necessária da liberdade”, o envolvimento da liberdade nessa ordem é para a proteção da liberdade na sua subordinação. A relação entre liberdade e direito permanece, como escreve Böckenförde, “uma mera relação externa” (1991, p. 45). De fato, Böckenförde tem a seguinte compreensão: “O princípio da autodeterminação do

⁷ MAUS 1999, p. 279: “O problema encontra-se em uma dimensão internacional, em uma política global dos direitos humanos que isola os direitos humanos do seu contexto democrático, que transforma direitos originários pré-estatais de defesa em face do monopólio de poder do Estado em catálogos de tarefas para um monopólio global do poder, ou seja, indefine o direito de liberdade como norma de autorização”.

indivíduo necessita ser levado em conta na formação e no exercício da chamada vontade estatal, ou seja, do poder de decisão estatal e de realização de tarefas”, para que o poder público não permaneça distante do indivíduo. Contudo, esse requisito somente se dirige como obrigação objetiva ao Estado e não garante ao indivíduo nenhum direito subjetivo.

Outros autores também possuem a opinião de que a democracia não constitui um direito subjetivo, senão que é “um processo organizado de tomada de decisão livre entre iguais como fonte de legitimação de todas as leis positivas, até mesmo dos direitos humanos fundamentais (BRUNKHORST, 1999, p. 173). Assim, o processo democrático objetivamente entendido seria o fundamento dos direitos humanos fundamentais, não o contrário”.

Em razão do princípio da liberdade permanecer apartado do direito e do Estado, o direito tem apenas uma função instrumental e a democracia é entendida apenas como princípio objetivo, que é trazido de fora para o Estado. O direito não funciona na perspectiva propriamente de realização ativa da liberdade. Essa crítica ao direito humano fundamental à democracia baseia-se frequentemente em considerações históricas (HOFMANN, 2001, p. 7). Primeiro, o foco parece estar sobre os direitos de defesa, tanto na filosofia como na prática política. Ernst Tugendhat salienta que os direitos humanos fundamentais liberais têm se desenvolvido inicialmente nos Estados não democráticos. Assim, não há qualquer ligação necessária entre a realização dos direitos humanos fundamentais e a forma de governo da democracia⁸. Na boa tradição aristotélica (ARISTOTELES, 1967) Montesquieu já havia escrito que a liberdade estava no agir em conformidade com as leis, ou seja, sem o direito de fazer aquilo que se quer⁹. Ela se estende consequentemente também à proibição de se estabelecer as próprias leis. De fato, parece ser que embora as grandes revoluções do século XVIII tenham reivindicado esse direito, ele não foi ao mesmo tempo codificado. Muito mais foram garantidos inicialmente os direitos de defesa e depois os direitos de prestação e participação – em todo caso na Alemanha – e, por fim, os direitos à autodeterminação

⁸ Tugendhat é da opinião de que o liberalismo teve a sua origem nos limites da ordem autocrática; houve, portanto, liberalismo sem democracia, e há a ideia de democracia sem liberalismo. Mas a única ordem política legítima parece ser a de uma democracia liberal, porque só ela parece estruturar o poder político no sentido de que os indivíduos, em primeiro lugar e em conjunto, são os portadores do poder político e, em segundo lugar, mantêm um espaço próprio, como indivíduos”, TUGENDHAT 1998, p. 52

⁹ MONTESQUIEU, 1992, p. 212 e seg. “Na verdade parece que o povo na democracia faz aquilo que quer. Mas a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Em um Estado, ou seja, em uma sociedade, na qual existem leis, a liberdade somente pode existir daquilo que se pode fazer; a pessoa faz o que pode fazer e não pode ser obrigada a ser, e fazer, aquilo que não pode querer”.

e participação no processo político. No entanto, como toda construção histórica não se tem aqui também nenhum argumento categórico. Em razão do Estado de Direito Democrático não apenas, contudo, promover e proteger a liberdade, mas também ser expressão dela, é que a democracia não deve permanecer como um princípio objetivo, senão que sua reconstrução a partir da liberdade não está fundamentalmente excluída.

2.3. Os direitos humanos fundamentais são fundados deontologicamente – a Democracia, de outro modo, é fundada pragmaticamente e axiologicamente.

Jamen Griffin levantou uma objeção estrutural a um direito humano fundamental à democracia em sua bastante influente monografia “On Human Rights”. Os direitos humanos fundamentais podem ser derivados da dignidade humana; o princípio democrático busca, contudo, objetivos pragmáticos como a estabilidade do processo político¹⁰. Assim, respectivamente, da dignidade humana resultaria uma pretensão definitiva dos direitos humanos, enquanto que a democracia representaria apenas um princípio objetivo da organização estatal.

Com relação à dignidade humana assume Griffin que ela seria protegida pelos direitos humanos. Ela própria seria fundamentada a partir dos valores da vida, da autonomia e da liberdade do indivíduo. No entanto, não há nenhuma necessidade de compreender a dignidade humana nesse sentido exclusivamente como um valor objetivo. Por que não deveria ela ser reconstruída como direito subjetivo? Pode-se objetar que ela possui conteúdo demasiado vago para um direito subjetivo. Mas, em contraste, pode-se argumentar, entretanto, que há concepções claras que lhe dão um conteúdo muito bem definido. Pode-se entender ela talvez como autofinalidade da pessoa ou como capacidade de liberdade da pessoa, que também então protege a pessoa em face dos direitos de liberdade, quando a pessoa não pode fazer uso de sua liberdade¹¹. Tome-se talvez a concepção de Kant, que a pessoa deve ser tratada como sujeito e não como mero objeto. Assim, essa concepção não deve valer apenas para as liberdades concedidas, mas também para o conteúdo dos direitos humanos

¹⁰ GRIFFIN 2011, p. 249: “Os direitos humanos cresceram para proteger o que nós vemos como constituindo a dignidade humana: a vida, a autonomia e a liberdade do indivíduo. Instituições democráticas cresceram em nossa necessidade de um procedimento de decisão para grupos – um procedimento que seja estável, que consiga transferir o bem público, que seja adequado a uma sociedade cujos membros são mais ou menos iguais em poder ou valor, que reconcilie perdedores nas decisões sociais à estrutura básica da sociedade e tenda a promover o bem comum – ou seja, a ordem, a justiça, a segurança e a prosperidade”.

¹¹ Compare-se, nesse sentido, KIRSTE, 2013, p. 119-138.

fundamentais. Muito mais a pessoa é tratada na fundação da liberdade como sujeito ativo e não como mero objeto de uma concessão de direito.

Esse tema não necessita ser aprofundado. Revela-se suficiente mostrar que a dignidade humana propriamente pode ser compreendida como fundamento dos direitos humanos no sentido de um direito subjetivo. Friedrich Müller escreve que “a democracia é um direito positivo de cada ser humano” (MÜLLER, 2003, p. 72). Entende-se ela como autofinalidade, sendo então ela não apenas o fundamento de um status negativo de defesa, um status positivo prestacional e de participação, mas também um status ativo de colaboração¹². Nesse status, o indivíduo ao decidir sobre os seus direitos pode se tratado como sujeito com capacidade de ação e não apenas como objeto. Esse status seria então o fundamento tanto de um direito democrático de participação como também de um direito de ser ouvido nos processos administrativos e judiciais.

Dependendo da compreensão da dignidade humana como um direito subjetivo é possível também a fundamentação de um direito humano fundamental à democracia.

Samantha Besson também compreende a democracia como um valor objetivo. “Não pode haver nenhum direito a um valor e a democracia é um valor como tal” (BESSON, 2011, p. 78). Na verdade é certo que valores e normas se excluem reciprocamente, pois os valores são afirmações e confissões sobre o bem, e as normas, do contrário, preceitos de dever ser que contém uma obrigação (KIRSTE, 2010, p. 93 e seg.). Por outro lado, no entanto, não se exclui que direitos subjetivos transformam valores em normas. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais compreende seu objeto de regulamentação igualmente como um valor objetivo, tal como a liberdade de opinião no direito de liberdade de expressão como um valor central para o pensamento liberal. Daí que o contrário também não se exclui, que a proteção de um valor seja moldada na forma de um direito subjetivo. É possível, portanto, um direito subjetivo proteger o mesmo interesse – por exemplo, a liberdade – que a comunidade jurídica entende como um valor.

Nem a distinção entre direitos humanos fundamentais como normas categóricas e a democracia como pragmática, nem aquela distinção entre os direitos humanos fundamentais subjetivos e o princípio objetivo da democracia são contra a possibilidade

¹² KÖHLER 1999, p. 124: “Os direitos humanos só se deixam fundamentar por meio de uma referência ao status da pessoa como um fim em si mesma, ou seja, como pessoa, os quais na liberdade, igualdade e inalienabilidade da pessoa encontram a sua expressão. O fundamento está assim, em última instância, na dedução do direito aos direitos humanos – e com isso no direito à democracia”.

de um direito fundamental à democracia. Agora, que nem a estrutura do poder público, ou ainda a relação com os direitos humanos fundamentais, ou, finalmente, a estrutura de direitos subjetivos sejam contra um direito humano fundamental à democracia, isso não significa que ele também esteja fundamentado positivamente.

3. PARA A FUNDAMENTAÇÃO DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À DEMOCRACIA

Os autores que aceitam um direito humano fundamental à democracia o fundamentam de maneira muito diferente. Aqui devem ser distinguidos (1.) os fundamentos instrumentais; (2.) as teorias da igual origem dos direitos humanos fundamentais e da democracia e (3.) as teorias intrínsecas da relação entre direitos humanos fundamentais e democracia.

3.1. Da relação instrumental do direito à democracia com os direitos humanos fundamentais

Vários autores justificam o direito à democracia de forma instrumental¹³. Assim, a “democracia serve... à realização dos direitos humanos fundamentais, porém os direitos humanos não servem à realização da democracia” (KÖHLER, 1999, p. 113). A democracia protege melhor que outras instituições os interesses dos indivíduos, assim como dizem John Stuart Mill e também John Rawls (1971). Os direitos individuais são mais bem protegidos pela democracia do que por outras formas de governo.

Rawls se opõe à ideia da posição central da autonomia política dos cidadãos. Se posicionando contra as concepções republicanas de Hannah Arendt, escreve ele que a preferência que Arendt dá à posição central da autonomia política coletiva na antiga Atenas não serve, todavia, para o Estado liberal atual. E continua: Não obstante, as liberdades políticas podem ser consideradas como liberdades fundamentais, também quando esses direitos são apenas meios instrumentais para a proteção e a conservação de outras liberdades fundamentais (RAWLS, 2003, p. 222). A conclusão de Rawls tem também para Charles Beitz talvez um caráter instrumental do direito humano fundamental à democracia. Se poderia ter que os interesses essenciais das

¹³ Allen Buchanan admite que deveria haver um direito à democracia para melhorar o cumprimento de outros direitos humanos. BUCHANAN 2004, p. 142 e seg.

peças pudessem ser mais bem satisfeitos em outras formas de governo (BEITZ, 2009, p. 176). Como prova, ele faz referência a estudos que mostram que a prosperidade de uma população e, em especial, o combate à miséria em Estados não democráticos não são menores que nos Estados democráticos.

Essa compreensão levanta, por um lado, o problema do paternalismo (KIRSTE, 2011) e, de outro, também fica claro que um interesse será menos satisfeito com outras formas de governo, a saber, aquele da liberdade: Se os cidadãos possuem apenas liberdade privada, esta pode ser assegurada perfeitamente; eles, no entanto, não possuem a política. Essa somente pode ser obtida em uma democracia.

Também Beitz refere-se às condições as quais a democracia é dependente: Além de uma cultura democrática amadurecida – um argumento que se encontra nos fundamentos da República de Weimar e também na primavera árabe e que não pode ser desconsiderado¹⁴ – um mínimo de bem estar social e educação (BEITZ, 2009, p. 181). No entanto, não se trata de nenhum argumento conclusivo contra um direito humano fundamental à democracia. Na sua base não se deixa fundamentar meramente o caráter instrumental de tal direito. Por causa da unidade dos três momentos da liberdade se pode também argumentar, por que eles mutuamente se apoiam e se fortalecem: os direitos de liberdade negativa não podem ser exercidos se o indivíduo não possui os recursos necessários para a sua liberdade: alimentação, educação, etc. Estes fundamentam seus direitos de liberdade positivos. Se estes, no entanto, foram recebidos como esmola, a sua liberdade será violada, mesmo para defender seus direitos, ou seja, os seus direitos de liberdade ativos. Desses direitos ele não pode, por outro lado, fazer qualquer uso real, como participar dos assuntos públicos ou defender seus direitos subjetivos, quando lhe faltar os recursos necessários, e formar a sua própria compreensão no mercado livre das ideias. Com isso ainda não se fundamenta, por que não se pode ter uma quarta ou quinta categoria de direitos de liberdade; esses deveriam provir do próprio conceito de liberdade. A necessidade da relação entre “Estado de Direito e Democracia” – Estado Social – é, no entanto, definida propriamente das dimensões de um direito de liberdade. Incisivamente: Na República de Weimar o Estado de Direito, de fato, estava presente, a democracia não podia se estabilizar por longo período, porque o Estado Social

¹⁴ BEITZ 2009, p. 180: “Assim, embora talvez haja um sentido “ideal” em que as instituições democráticas podem ser melhor justificadas por considerações sobre o seu desempenho apropriado em face de outras, é incerta, tendo em consideração sociedades pobres como grupo, que nenhuma estratégia prática possível de ação política traria uma transição bem sucedida”.

estava sobrecarregado; na Revolução árabe faltou o Estado de Direito. Ao mesmo tempo se pode enfraquecer a segunda objeção de Charles Beitz: a objeção da instabilidade. Liberdade democrática só conduz à instabilidade ou a fortalece quando não são realizadas outras dimensões dos direitos de liberdade.

Amartya Sen segue Rawls e Beitz primeiro na avaliação da função instrumental e enfatiza o fato de que as grandes fomes da história nunca se deram em Estados funcionalmente democráticos com uma imprensa livre, porque nesses Estados a imprensa livre e as eleições exercem um controle suficiente sobre as intenções de autoenriquecimento¹⁵. Ele vai, no entanto, além de Rawls, quando assume de todo que a liberdade política é parte da liberdade e parte central da concepção da pessoa de vida boa¹⁶. Além disso coloca-se a função instrumental, que proporciona às pessoas a oitiva pública de suas questões e a possibilidade da política de aprender com os seus erros – este último não seria necessário para se exigir um direito humano fundamental à democracia.

3.2. A relação instrumental dos direitos humanos fundamentais para a democracia

As teorias instrumentais podem também ser defendidas de maneira invertida, que os direitos humanos fundamentais não apenas possuem um significado instrumental para a democracia. Aqui se encontram especialmente teorias republicanas e comunitárias. Assim, assume Rousseau, que a democracia exerce um efeito educativo sobre as pessoas e faz valer suas capacidades sociais. Essas são, então, conducentes para a comunidade.

3.3. A igual origem dos direitos humanos fundamentais e da democracia em Jürgen Habermas

¹⁵ SEN, 1999, p. 3-17, p. 7 e seg.: Tenho discutido em outro lugar o fato notável que na terrível história da fome no mundo, nenhuma fome substancial jamais ocorreu em qualquer país independente e democrático com uma imprensa relativamente livre. Não encontramos exceções a esta regra, não importa onde nós olharmos ... As políticas não foram criticadas, porque não havia partidos de oposição no parlamento, nem imprensa livre e nem eleições multipartidárias”.

¹⁶ SEN, 1999, p. 3-17, p. 9: A liberdade política é uma parte da liberdade humana em geral, e o exercício dos direitos civis e políticos é uma parte crucial da boa vida dos indivíduos como sociais seres. A participação política e social tem um valor intrínseco à vida humana e ao bem-estar. Impedir a participação na vida política da comunidade é um grande privação...

Jürgen Habermas opõe-se a noção de que os direitos humanos fundamentais seriam direitos morais pré-estatais, que poderiam ser impostos aos cidadãos por um soberano paternalista bem intencionado (HABERMAS, 1996, p. 301 e MAUS, 2011, p. 346). Ele se questiona quais direitos fundamentais dos cidadãos livres e iguais seriam admitidos no estabelecimento do direito positivo na forma de um discurso racional (HABERMAS, 1998a, p. 175). Esses são inicialmente aqueles direitos que são necessários para um discurso racional no quadro do direito positivo: “A busca interna da relação entre direitos humanos fundamentais e soberania popular está então no fato de que os direitos humanos fundamentais institucionalizam as condições de comunicação para a formação de uma vontade política racional” (HABERMAS, 1998a, p. 175). Nessa comunicação a forma jurídica já é pressuposta. Com ela também se insere a subjetividade jurídica da pessoa de direito. Essa pessoa de direito tem a capacidade de ser portadora dos direitos humanos fundamentais liberais. O “gozo da autonomia privada” depende naturalmente do uso adequado que se faz da autonomia política (HABERMAS, 1998a, p. 177). A forma jurídica bem como também o princípio do discurso são pressupostos da forma processual dos direitos humanos fundamentais. A extensão dos direitos humanos fundamentais liberais depende, então, do critério de que os cidadãos são suficientemente independentes “em razão da garantia igualitária de uma autonomia privada” (HABERMAS, 1998a, p. 177). A própria legitimação discursiva dos direitos humanos fundamentais provém, assim, de fora da forma jurídica. A natureza e o alcance dos direitos humanos fundamentais liberais são determinados na sequência das exigências do discurso.

Embora Habermas veja o problema da instrumentalização dos direitos humanos fundamentais liberais a partir da autonomia política, ele não conseguirá trazer ambos nos contornos do direito positivo em uma relação equivalente. A razão dessa impossibilidade é que ele não reconstrói a forma jurídica propriamente a partir do princípio fundamental da própria ordem jurídica e da soberania popular. Assim, como a forma jurídica já existe, os contornos dos direitos humanos fundamentais concretos estão sujeitos ao discurso, que também submete ao seu regime os direitos humanos fundamentais negativos.

Os direitos humanos fundamentais não concorrem com a soberania popular, senão são idênticos às condições do discurso público para a limitação da liberdade (HABERMAS, 1989, p. 469). A autonomia política não está nem abaixo nem acima da autonomia privada dos cidadãos. Por conseguinte, o sistema de direitos assegura as

formas de comunicação que são necessárias para uma produção legislativa politicamente autônoma (HABERMAS, 1994, p. 134 e seg.). Aqui são assim os sujeitos de direitos iguais aos autores de direitos. Apenas a razão teórica discursiva pode provar a necessária relação entre autonomia privada e autonomia pública. Também Sheila Benhabib e Ingeborg Maus (2011, p. 344) assumem com razão que as pessoas somente são autoras de seus direitos quando elas podem autonomamente interpretar seus próprios direitos subjetivos (BENHABIB, 2007, p. 21).

No entanto, não é suficiente dizer que os autores são ao mesmo tempo destinatários dos direitos (BENHABIB, 2007, p. 15). O que é comum no autor e no destinatário e fundamenta os direitos humanos fundamentais e a democracia? Não está totalmente claro ainda, se, não para Habermas, todos os direitos humanos fundamentais contém seu fundamento apenas no princípio do discurso, assim que, da mesma forma como para Rousseau, os direitos negativos são suplantados pelos ativos. Esse perigo existe também em todo caso em Sheila Benhabib¹⁷.

A “igual origem” significa tão somente que um princípio não deve ter primazia sobre o outro. Não significa que os Direitos Humanos Fundamentais e a Democracia teriam a mesma origem. A sua “intrínseca relação” refere-se à função equivalente para a institucionalização jurídica do princípio do discurso. O princípio do discurso necessita de ambos para a sua realização. A partir da instrumentalização da democracia para os direitos humanos fundamentais por meio da concepção liberal e da instrumentalização dos direitos humanos fundamentais para a democracia por meio da concepção republicana tem-se aqui a instrumentalização recíproca de ambos para o discurso.

Na verdade, para a transformação dos direitos humanos no direito, positividade e legitimidade precisam se unir. Esta união, no entanto, diferente do que pensam Maus e Habermas, não provém apenas de uma exigência fundada a partir do “padrão duplo” (*Janusköpfigkeit*) dos direitos humanos fundamentais e da democracia, ou seja, da “relação interna”, mas propriamente da liberdade protegidas por eles. Quando se pensa em autodeterminação, isso significa a realização da liberdade não apenas como garantia de suas condições de realização, que a destina um espaço de liberdade, mas também, a participação na decisão sobre a transformação desses direitos em direito positivo. Outro entendimento implicaria em um reducionismo prático da liberdade ao

¹⁷ “Direitos humanos, princípios morais articulados que protegem a liberdade comunicativa dos indivíduos; enquanto tais princípios morais são distinguidos da especificação jurídica dos direitos, no entanto, há uma necessária e não meramente contingente conexão entre os direitos humanos como princípios morais e sua forma jurídica”.

seu lado privado. A liberdade que está em causa aqui é a liberdade jurídica ou o direito como a existência (*Dasein*) da liberdade (HEGEL, 1986, p. 119) – não apenas a dimensão negativa, mas também as dimensões positiva e ativa.

O preço que se paga pelo fato da relação entre a autonomia política e privada provir das necessidades da teoria do discurso está na escravização de ambos para as necessidades do discurso. Uma assimetria pela instrumentalização da autonomia política a serviço da autonomia privada e da autonomia privada a serviço da autonomia política só se deixa evitar quando ambas são entendidas como expressão de valores comuns¹⁸.

3.4. Da intrínseca relação entre direitos humanos fundamentais e democracia.

Poucas teorias partem de uma intrínseca relação entre democracia e direitos humanos fundamentais. Elas fundamentam essa relação a partir de um valor comum ou de um interesse comum. Assim escreve Thomas Frank que o direito à democracia serve para que todas as pessoas “assumam a responsabilidade por moldar o tipo de sociedade civil na qual elas querem viver e trabalhar” (FRANCK, 1992, p. 79).

Tal interdependência interna foi adotada por Jean-Jacques Rousseau. A liberdade egoística original das pessoas se transforma pela *volunté générale* em uma lei ordenada. Porque ele, todavia, não confia na liberdade humana e teme pela recaída a qualquer momento na liberdade do amor próprio, as pessoas em razão do contrato social não apenas são, como pessoas portadoras de direito subjetivos, pessoas de direito, mas, além disso, socializam sua personalidade moral e ética e por meio de uma religião política vinculam-se ao pensamento geral. Disso se servem, de fato, os temores dos críticos de um direito à democracia. A democracia absorve os direitos humanos fundamentais negativos.¹⁹ Ao mesmo tempo em que todos os direitos se

¹⁸ Partindo de uma interpretação kantiana de dignidade humana e uma “igual liberdade solidária” fala Bielefeldt que dignidade humana e democracia abrangem-se mutuamente: A democracia é necessária para a determinação e a formulação dos direitos humanos; estes por sua vez são direitos de comunicação e associação, pré-condições do processo político-democrático de formação de opinião. BIELEFELDT, p. 107 e seg.

¹⁹ GIERKE 1902: “Tudo para alcançar esse [a regeneração da liberdade e da igualdade no Estado de Natureza perdida pelo mal do mundo] objetivo conduz como única forma lógica e caminho legalmente válido a formação de um contrato de associação com o conteúdo de uma absoluta observância de todos os direitos individuais em uma totalidade soberana (*l'aliénation totale de chaque associé avec tous droits a toute la communauté*). Assim, surge, apesar de todos os pontos individuais de saída e destino, o despotismo ilimitado do soberano retratado em toda vontade da maioria, o qual salva, em face de Rousseau, apenas a disposição de uma série de inconseqüências e sofismas de direitos humanos naturais indestrutíveis”.

compreendem do direito de participação democrática, se perdem, em Rousseau, aquelas forças que se encontram atrás dos direitos, que asseguram ao indivíduo, ainda justamente na dimensão negativa dos direitos humanos fundamentais, que mantém ele como pessoa moral na fronteira do direito, que a pessoa moral pode permanecer como a força motriz tanto na ação jurídica privada como na ação jurídica pública ativa.

Immanuel Kant horroriza-se não apenas em face das consequências rousseanas, como também em face de um direito à democracia. Nesse caso, seria a fundação desse direito adotado inteiramente em seu conceito jurídico. Kant compreende o direito da liberdade externa. Com isso, permanece a liberdade interna para a perfeição moral diferente do que, para Rousseau, o domínio do indivíduo, a necessária vinculação com a sua autonomia moral²⁰. Por meio da limitação do espaço de liberdade das ações externas, se deve proteger, pura e simplesmente, a possibilidade do indivíduo para essa autodeterminação moral. Todavia, Kant vê juntamente com Rousseau, que a limitação do espaço de liberdade não deve permanecer no arbítrio do governante e toma – por sua vez liberdade fundamentada – no conceito de direito, que a liberdade negativa dos cidadãos deve ser determinada por meio de uma “lei geral de liberdade”. A exigência de se conceder assim as leis, como se elas tivessem sido determinada pelos cidadãos sobre si mesmos, permanece, no entanto, uma ideia regulativa, como também a do contrato social é condição de possibilidade de um entendimento racional do Estado e não se trata de nenhum contrato realmente firmado. Também a rejeição de ações estatais paternalistas em face do indivíduo e do povo igualmente não leva a um argumento para a democracia, mas para uma limitação das tarefas estatais, que não podem incluir a felicidade das pessoas²¹. Democracia é, portanto, um princípio objetivo e nenhum direito subjetivo. A ideia regulativa não alcança a sua institucionalização no direito positivo²². Além disso, o critério da independência dos cidadãos de participar nos assuntos públicos mostra que Kant entende essa participação não como um direito de todas as pessoas. No

²⁰ No qual a autonomia está na liberdade através da lei moral: Kirste, 2015, p. 65-89, p. 69 e seg. para uma diferenciação da autonomia como determinação da lei por meio do *Selbst* e a determinação do *Selbst* por meio da lei.

²¹ Ditado comum: “Um governo construído sobre o princípio da benevolência para com o povo, como de um pai para como os filhos, ou seja, um governo paternal ..., no qual os súditos, como crianças menores que não podem distinguir o que é verdadeiramente benéfico ou prejudicial, são obrigados a se comportar passivamente e aguardar a felicidade como uma mera decisão do chefe de Estado, que como também se sabe, se constitui de mera bondade soberana: trata-se do maior despotismo concebível (a Constituição que desconsidera toda liberdade dos súditos, os quais nenhum direito possuem)”.

²² Também hoje fala talvez Michelman do Direito à Democracia como uma ideia regulativa. MICHELMAN, 1999, p. 65.

entanto, o que ele inicialmente realiza é o retorno da forma jurídica e dos direitos subjetivos ao princípio comum da liberdade negativa externa e, depois, a orientação do conteúdo do direito à liberdade. Ele se horroriza também com a fundamentação da forma de governo em uma exteriorização da liberdade do sujeito de direito.

Tendo em conta a necessidade de transformação da liberdade individual em liberdade subjetiva, na qual o indivíduo tenha um espaço de liberdade para assegurar sua liberdade individual, seria importante se compreender ambas como expressão da liberdade. Ou em outras palavras: unir Rousseau e Kant tendo em conta a relação entre direitos humanos fundamentais e democracia. Essa tentativa já foi assumida por Hegel: Liberdade é para Hegel a autoconsciência do espírito ou o estar-junto-a-si do espírito (*Beisichselbstsein des Geistes*). Esse ser (*Sein*) não é porém inteiramente fato dado, mas deve ser produzido por ele mesmo. No conceito de autolibertação (*Selbstbefreiung*) Hegel une liberdade negativa e liberdade positiva²³ e leva-as da liberdade de ação para a liberdade de estado (*Zustand*). Em Hegel Bourgeois e Citoyen possuem ambos o seu espaço na comunidade – o Bourgeois na sociedade burguesa, onde ele desenvolve a força de suas necessidades e habilidades individuais (R § 190)²⁴; o Citoyen no Estado político, onde ele trabalha para o todo. Mas isso não chega a uma separação entre Estado e sociedade. A pessoa quer viver não apenas a privação do cidadão; ela quer intervir também na vida pública (*das Allgemeine*)²⁵. Assim, desenvolvem-se na sociedade já primeiramente instituições morais, que são resultantes dos interesses particulares e que intervêm com isso também na comunidade em geral. Essas são as corporações e também os tribunais. Aqui a pessoa já atua para o todo, com certeza ainda não consciente como eficácia institucionalizada geral²⁶. Mas há um interesse do todo, que o interesse particular, que

²³ “Todo o desenvolvimento do conceito do espírito (*Geist*) representa apenas o seu libertar-se (*Sichfreimachen*) de todos os conceitos de formas não apropriadas de sua existência (*Daseins*); uma libertação, a qual possibilita que essas formas se transformem em uma realidade completamente adequada ao conceito do espírito”.

²⁴ R-Griesheim, § 182, p. 472: “Os franceses fazem uma distinção entre *bourgeois* e *citoyen*; o primeiro é a relação do indivíduo em uma comunidade, tendo em vista a satisfação das suas necessidades; não há nenhuma relação política, pois esta tem apenas o *citoyen*. Aqui consideramos apenas os indivíduos como *bourgeois* e, na transcrição de Hotho no § 187, p 580, tem-se: “Os cidadãos são indivíduos privados, membros de uma comunidade que tem algo especial para seu propósito, e na medida em que tal comunidade em tal propósito é limitada, o burguês é *bourgeois*; o *citoyen* é membro político do Estado como um Estado político. Na sociedade burguesa, a finalidade é finalidade privada”.

²⁵ LÖWITZ 2011, p. 389, escreve: „Como pessoa privada em contraste com a comunidade pública (*öffentliche Allgemeinheit*) a pessoa em si mesma é apenas um tipo privado de humano”.

²⁶ R-Griesheim, § 251, p 620 e seg. : “As pessoas, dizem elas, são egoístas; segundo: elas querem ser ativas para o coletivo, não querem se reduzir apenas ao *bourgeois*, elas querem também por meio da suas compreensões de mundo, de suas vontades ser atuantes para o coletivo. Um campo assim tão

se exerce individualmente em diversas atividades sociais, encontre expressão não apenas no indivíduo, mas também nas organizações de indivíduos com interesse geral²⁷. Nesse ponto, essa organização realiza também um interesse político e geral.

No Estado constitucional hegeliano a atividade para a coletividade ainda descansa sobre as bases da soberania monárquica. No entanto, esta é, desde então, compartilhada com a soberania popular; com isso, porém, as necessidades da pessoa de atuar em diferentes esferas para a comunidade não são afastadas e encontram-se também protegidas juridicamente. De fato, Hegel reconhece o direito do indivíduo a sua liberdade individual e compreende também o Estado como Estado de Direito assentado sobre a liberdade. Ele reconhece, além disso, que a liberdade positiva pretende se realizar na comunidade e se materializar nas instituições sociais. Com isso ele reconhece de fato um status ativo fundado na liberdade. Hegel é, no entanto, cético em face da democracia (§ 308). Hegel confia, em seu tempo, nos arranjos corporativos, que são extraídos de um bem particular produzido pelas forças sociais, institucionalizados e devem ser fecundos para a moralidade do todo. Também nos processos judiciais, para Hegel, não se decide sobre a pessoa passando por cima de seus direitos, mas em razão de sua ativa participação no processo. Somente no plano da lei geral a proteção da liberdade não corresponde à participação de todos os cidadãos na decisão sobre essa proteção. Aqui ele teme o “atomismo da vontade individual”, que ele percebeu ao observar a revolução francesa (HEGEL, 1986, p. 791). Hegel confia muito mais essa decisão ao servidor público como uma “categoria do todo” (*Stand des Allgemeinen*) que não compartilha interesses particulares da comunidade. Hegel procura também vincular a liberdade subjetiva negativa com a autodeterminação positiva em um campo específico. Esse direito livremente fundado de participação não leva, no entanto, a uma livre colaboração sobre as decisões

grande de atividades para o coletivo, o qual é moralmente aceito e que não traduz apenas uma prescrição vista a partir de sua própria percepção, de sua própria vontade, é dada aos cidadãos de um Estado, de uma comunidade, na corporação... É uma dificuldade como se deve agir para com o coletivo, é preciso instruir a pessoa em um campo e isso acontece no círculo da corporação. A corporação tem inicialmente a mesma determinação, a mesma finalidade, como a polícia, ou seja, o interesse especial, o qual não significa, contudo, como para a polícia apenas o objeto de uma atividade ordenada externa, mas o objeto de uma ação é servir o coletivo, mas somente apenas se o indivíduo tomar parte dessa atividade. A corporação faz o elo de ligação entre a família e o Estado, como um elo moral de...”

²⁷ R-Griesheim, § 251, p 621 e seg.: “O *bourgeois* é um membro de uma comunidade, mas o seu interesse especial está em seu ofício, o objetivo individual é conduzir o seu negócio, esta é a sua finalidade íntima, a que lhe está mais próxima. Esse objetivo deve, necessariamente, ser conhecido e reconhecido pelos membros sob a forma do público, e assim a comunidade contém vários desses círculos ... o interesse também que se façam aliança dos negócios são os próximos interesses especiais, objetivos, inseridos em uma relação que moralmente está em si”.

políticas gerais. Como, mais tarde, também em George Jellinek, o status ativo não é uma expressão de uma livre colaboração (participação) do indivíduo na ordem política, mas um status obrigatório (*Pflichtenstatus*). Assim, somente se pode ter como certo que o Estado faz frente ao indivíduo como uma natureza objetiva, que de fato contém e assegura em si a liberdade individual, porém não pode ser sua criatura.

Se a fundamentação de um direito humano fundamental à democracia deve resultar não da instrumentalização do direito humano fundamental por meio da democracia ou o contrário, da democracia por meio do direito humano fundamental, mas com base em um princípio comum de liberdade, então se deve expor, que a transformação da liberdade humana em direito subjetivo propriamente é expressão dessa liberdade jurídica. Desta maneira, a forma jurídica mesma deve ser reconstruída a partir da liberdade e não apenas ser legitimada *ex post*.

4. A FORMA JURÍDICA

4.1. O conceito de direito

O direito positivo é geralmente entendido como aquela facticidade, na qual a sua validade é justificada por meio de outros – seja o direito natural, seja a democracia. Por outro lado, aqui se considera que a forma do direito positivo não necessita de nenhuma justificação externa, mas já é conceitualmente passível de reconstrução. Essa reconstrução deve ser feita por meio da liberdade. Isso não significa que toda ordem jurídica concreta em todo mundo já esteja pronta para ser justificada pela liberdade. Evidentemente, há ordens jurídicas que se defrontam com uma não livre sujeição legal. Essas ordens jurídicas não fazem nenhum uso assim do potencial do conceito de direito e transferem a justificação jurídica ou a crítica da até agora deficiência jurídica para outros sistemas sociais, como a moral ou o protesto político.

O direito aqui deve ser entendido como um sistema de normas²⁸. Uma norma é então direito, quando a sua criação e imposição é normatizada. Normas são preceitos de dever ser. Preceitos de dever ser diferenciam-se de sentenças afirmativas em razão de que eles se regulam por meio do dever em forma de mandamentos, proibições ou autorizações. A positividade dessa norma se dá por meio da ação humana. Sem essa ação humana não haveria nenhuma norma que se coloca para si a questão, se ela é

²⁸ Ver KIRSTE 2010, p. 87 e seg.

direito. Essa ação é a facticidade, que levanta o problema se ela é direito ou um ato de arbítrio, ou talvez um comando. Também um comando arbitrário pode ter o conteúdo de uma norma. O que, porém, diferencia o direito; é que a norma jurídica é criada por meio de um processo ordenado. Essa ordem contém o processo de criação do direito que é ele mesmo normatizado. Isso se dá por meio de regras de ordem constitucional e legal sobre o processo legislativo ou também por meio da ordem processual para as decisões judiciais, para a criação de normas jurídicas administrativas ou regras sobre os acordos contratuais. Constituições, leis, portarias, tratados internacionais de direito público e privado são, nesse aspecto, tipos de normas jurídicas. A criação da norma é com isso uma necessária condição para a positividade da norma. No entanto, ela não é também uma condição suficiente para a forma jurídica da norma. Aqui se faz necessário, que a norma seja criada em um processo normativo disciplinado.

Na maioria dos casos a imposição da norma ou a eficácia geral da ordem jurídica são vistas como condição necessária do direito. De fato, se diferenciam muitas normas jurídicas de normas morais ou convencionais em razão de elas poderem ser impostas obrigatoriamente. No entanto, por um lado, isso não vale para todas as normas jurídicas e, por outro, existem também outras normas sociais que reagem por meio de sanções quando são violadas. Muitas normas de direito internacional não podem ser impostas obrigatoriamente, ainda que elas sejam criadas por meio de um processo normativo ordenado e devam controlar o comportamento de seus destinatários. Pode-se reagir a violação de convenções por meio do rompimento de comunicação. Acima de tudo há, porém, formas de aplicação da norma, que não são jurídicas, mas representam puramente o poder: tortura para imposição da norma, justiça com as próprias mãos, etc. são na verdade medidas de força para a imposição de normas, que, no entanto, não são vistas, majoritariamente, como direito. O que isso se difere da imposição jurídica de normas é que a imposição do direito segue um processo ordenado. Também o processo de criação de normas é disciplinado no direito por meio de normas. Aqui se consideram, especialmente, as normas sobre execução ou sobre o uso do poder. Não que a imposição da norma seja o elemento necessário para o seu caráter jurídico, mas que ela seja imposta por meio de um processo normatizado. Uma necessária e suficiente condição para que uma norma seja direito é que sua criação e imposição, caso sigam, sejam normativamente ordenadas. Dito de maneira direta: direito é norma normatizada ou um sistema normativo reflexivo. Isso é que diferencia o direito da moral, do direito natural ou de um puro despotismo.

Decisivo para a questão colocada é que a facticidade do direito, que se encontra na criação e na imposição, já está rompida por meio de uma ordem normativa do processo para o desenvolvimento da norma e para a imposição da norma. A ordem normativa de criação e imposição processual de normas conduz e avalia os diferentes e possíveis modos processuais factuais para o surgimento e efeito da norma. O direito não é uma facticidade, que deveria ser avaliado normativamente, por primeiro, segundo critérios que se encontram fora dele para obter a validade jurídica. O direito positivo supera, ele mesmo, significativamente, o dualismo facticidade e validade, no qual ele toma em si, de seus elementos fáticos, os critérios normativos para a ordem jurídica. Isso significa para o agora determinado conceito de direito o momento de validade do direito, então a concretização da normatização da criação e imposição por meio do registro em uma ordem jurídica determinada. Em suma: validade jurídica é o pertencimento de uma norma jurídica ao sistema de sentido de uma concreta ordem jurídica. Apenas para invalidar aqui eventuais objeções, deve-se enfatizar que com isso nada é dito sobre a validade moral ou social do direito.

4.2. A livre decisão sobre o conteúdo do direito

Porque a simples facticidade da criação da norma, como o fato da imposição, tão pouco são suficientes para o direito, esse conceito de direito é aberto para um refinamento da criação e da imposição das normas. É tarefa de toda ordem jurídica determinar até que ponto ela transforma os critérios de validade da moral ou de outra ordem em critérios de validade para o direito.

O criador do direito decide, ele próprio, no quadro das normas processuais para ele válidas, quais características morais, religiosas, econômicas ou outras devem ser transformadas em regras jurídicas. Ele não está aqui juridicamente vinculado nem ao direito natural e nem a imposição dos fatos. Essa decisão diz respeito à questão quão complexa é o refinamento em si da capacidade de processamento de problemas do direito ou como se expressam intensamente esses problemas. Como sistema de normas o direito tem a ver com o controle forçado de comportamento. Ao contrário do controle de comportamento forçado ou inconsciente, as normas dirigem-se à ação livre. Elas pressupõem que o destinatário da norma também pode agir de maneira diferente e determinam uma ação alternativa como preferível. No entanto, elas também

permitted freedom when they open the possibilities of action recognized juridically.

The problems of this normative system are the content of legal obligations (command, prohibition, authorization) and the legitimation of this obligation. The regulation of the process in the moral sphere follows a self-obligation, because there is no external, obligatory, instance that can bind the individual. Even when there is such an instance with the pretension of binding, it is dependent on the will of the agent, as he himself will accept this pretension of binding for his own action. These are norms that he himself establishes for himself. On the contrary, the law, using external means of coercion, has the possibility of executing the binding of its norms also against the will of the addressee (Modelo 1: Modelo de segurança do direito). With this, the addressee of the norm finds himself subject to a control of behavior heteronomous. The law is legitimated, thus, in fact, by its form; it is not, however, the expression of his freedom, but the freedom of another. The problem of the imposition of the norm is resolved in this form, in truth, in the legal system; the legitimation thus does not need to be integrated into the law. If the norm is produced by an autocratic or oligarchic power, its content can be legitimated, if it creates just relations. It is also possible that this norm obtain economically significant results, in the measure in which it promotes the well-being of the individual or the community. Rescuing the sequence or the content of regulating the obligation of another legal norm, that binds the legislator – thus perhaps the Constitution –, it has also a legal legitimation. It enjoys, at this point, a legitimation *Output*. For the individual perhaps he takes, however, what he has against the natural or moral norms, to know, the possibility of he himself deciding if he recognizes it as binding for his behavior²⁹.

Here the law, in this form, can also increase its complexity by opening for the individual the legal possibility of he himself deciding on the basis of the binding. Contractual obligations are, then, juridically legitimate, when the obligations of the addressees of the contract were treated in the agreement on the basis of the autonomy of the will. General norms of binding are thus juridically legitimate, when they are the expression of the will of the addressees of these norms,

²⁹ ARENDT, 2000, p. 167: O crime do tirano “não era só violar os direitos oficialmente reconhecidos e as leis, mas também o banimento dos súditos do espaço público para a esfera privada do lar, a alegação de que cada um deve cuidar de si mesmo e deixar a preocupação com o bem comum somente para ele próprio, tirano, ou para aqueles por ele indicados”

etc. (Modelo 2: Modelo da autonomia). Entre o modelo 1 e o modelo 2 são possíveis duas variantes diferentes. Em razão do direito se caracterizar por um sistema de normas, no qual sua criação e imposição são normatizadas, pode ocorrer que a criação de uma norma possa ser autônoma (Modelo 2), no entanto, com isso, por meio da submissão a uma norma superior, sobre a qual os destinatários não possuem nenhuma autonomia decisória. Uma lei autocrática pode limitar, por exemplo, a autonomia privada das partes de um contrato.

Quando o direito não normatiza, ele mesmo, esses problemas do conteúdo da norma e da fundamentação da norma, ele os transfere para outro sistema de normas e outros padrões de comportamento. Desta forma é extremamente complexo se combater esses problemas com as formas dadas. Uma ordem jurídica, no entanto, que abrange os destinatários na fundação da norma em cada fase do processo de criação e imposição da norma, utiliza-se do potencial da forma jurídica para lidar com as suas tarefas. Autocracias que submetem o emprego da coação a um processo que, no entanto, protegem normas, que apenas servem ao próprio proveito e não servem à justiça ou ao bem-estar, são desta forma extremamente complexas (*unterkomplex*), pois elas cedem completamente as questões da fundamentação da norma e da justiça a outros sistemas de normas e sociais.

5. LIBERDADE E DIREITO

Quando as normas se orientam pela liberdade, porque elas querem regular a escolha entre as alternativas de ação e quando o direito também regula a escolha entre as alternativas de regulação e imposição dessas normas, então a liberdade é um problema central, que necessita da regulação jurídica.

5.1. A liberdade

Desde a idade moderna o centro da liberdade está na autodeterminação (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 42; GERHARDT, 1999; KIRSTE, 2015, p. 65 e seg.). Ela significa, negativamente, a independência do próprio em face de uma determinação estranha e, positivamente, a liberdade de poder dar autonomamente os motivos de sua determinação. A pessoa é livre no pensar, quando ideias e conceitos se apresentam não de maneira estranha no seu raciocínio como dogmas ou associações, mas quando

ela se apropriou deles no pensamento, ou seja, trouxe à consciência. A sua ação é livre quando os motivos da ação desviam-se em sua autodeterminação (*Selbstgesetzgebung*) – assim autonomia – e não são renunciados heteronomamente. A esse respeito, a liberdade não é algo que é dado à pessoa, mas é algo construído por ela mesma na medida em que ela transforma para ela mesma uma coisa estranha em algo próprio. Ela mesma então é livre quando e na medida em que o seu ser propriamente não é dado, mas formado autonomamente por ela mesma em razão da liberdade de escolha dos motivos.

A liberdade jurídica é a possibilidade da pessoa se autodeterminar por ela mesma em suas ações jurídicas e não estar subordinada a nenhuma outra pessoa. Esse é inicialmente o caso quando as normas do direito garantem direitos subjetivos à pessoa. Um direito subjetivo é uma norma que coloca ao destinatário desse direito uma obrigação (um mandamento, uma proibição) e garante ao sujeito desse direito a exigência de realização dessa obrigação (KIRSTE, 2012, N.r. 2; ALEXY, p. 171 e seg.). A teoria do direito do Século XIX detalhou, após o trabalho preparatório realizado pela filosofia da *persona moralis*, que o sujeito de direito pode ser entendido não apenas como simplesmente pessoa natural, mas que a pessoa pode ser transformada em pessoa jurídica, na medida em que ela é reconstruída juridicamente como ponto de imputação dos direitos e dos deveres e com isso como sujeito de direito (KIRSTE, 2015b, p. 345-382). Por meio dessa imputação dos direitos humanos a pessoa passou a ser um sujeito de direitos humanos. Daí é que surgiu a brutalidade descrita por Hannah Arendt, que enquanto o destinatário dessa obrigação dos direitos humanos foi o Estado, a perda da nacionalidade levava também a perda da subjetividade dos direitos humanos (ARENDDT, 1958, p. 266 e seg.). O Estado podia se desobrigar de sua responsabilidade para com os direitos humanos quando ele retirava do indivíduo o direito de nacionalidade. Assim, a pessoa de fato caía fora do direito, porque ela sem subjetividade jurídica era um *Nullum* jurídico, um mero objeto do direito. Assim necessitou-se de um direito que impedisse essa possibilidade ao Estado. Um direito a ter direitos, acertadamente um direito a ter subjetividade jurídica. Desse direito o Estado não pode se desobrigar, porque ele já é protegido anteriormente a essa subtração. Ele assegura a pessoa que ela não deve ser tratada como objeto em face do poder público. Na medida em que o direito internacional no art. 6 da Declaração Universal dos Direitos Humanos garantiu esse direito, realizou-se de forma positiva aquela exigência que Kant prescreveu para a dignidade humana. Com a pretensão à

subjetividade jurídica o indivíduo passou a ser sujeito de imputação de direitos. Com todos os outros direitos, os direitos humanos tomaram a forma próxima dessa pessoa jurídica. Entendidos como possibilidade de expressão da liberdade, os direitos humanos fortaleceram a liberdade jurídica da pessoa e o ser juridicamente livre. Assim não apenas a forma jurídica é expressão da liberdade, mas o direito subjetivo propriamente e o sujeito de direito, ao qual ele é destinado. Fazendo uso de sua liberdade privada ou de sua liberdade pública, então se realiza aquela liberdade, já pretendida potencialmente no conceito jurídico moderno e no direito subjetivo. Portanto, diferente do que pensa Habermas, ambas as liberdades já se fundamentam no direito moderno na forma jurídica.

5.2. A proteção da liberdade por meio dos direitos subjetivos

Sujeitos de direitos humanos são indivíduos como nos casos de direitos de comunicação e de voto e grupos, como nos casos de direito de autodeterminação (BESSON, 2011, p. 82.). Os destinatários dos direitos humanos são os Estados e as organizações supranacionais³⁰.

O sujeito desse direito é negativamente livre, quando é proibido ao destinatário da norma impor uma obrigação ao sujeito. Nesse aspecto, a sua liberdade é protegida como um direito de defesa. Igualmente é protegida a sua liberdade positiva, porque ele pode agir de maneira autônoma no campo protegido. Juridicamente falando a sua liberdade positiva é, porém, também protegida, quando ao destinatário de seu direito se impõe na forma de um mandamento uma obrigação de agir. Permanecendo nessa situação, a liberdade seria protegida apenas como no Modelo 1. O sujeito é livre em relação ao exercício do direito, não em relação a sua fundamentação. Nas palavras de Georg Jellinek: o *status subjectionis*, o *status negativus* e o *status positivus* são protegidos (BRUGGER, 2011, p. 1 e seg.). Nesse nível o direito tem, de fato, uma função instrumental de proteger a liberdade³¹. Além disso, o destinatário da norma

³⁰ A questão é saber se o nacional de um Estado pode fazer valer o seu direito humano à democracia em face de outro. Gould (2004, 212) argumenta que “uma pessoa é considerada significativamente atingida, se a decisão em causa impactar a liberdade básica, as necessidades ou o interesse central que são protegidos pelos direitos humanos”. No entanto, uma vez que no direito à democracia se trata da legitimidade da autoridade pública, eles devem ser diferenciados: Direitos gerais de comunicação e de participação associativa poderiam ser julgados por este critério: o direito humano à democracia, no entanto, só pode basear-se em lesão decorrente de ato de autoridade pública, conforme: CAVALLERO, 2009, p. 57.

³¹ BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 42. As declarações de direitos humanos “são na sua maioria originadas da

ainda não é livre: ele é materialmente não livre, pela obrigação que ele se sujeita, e pela forma não livre, porque ele não pôde participar da fundamentação dessa obrigação. O sujeito de direito e o destinatário são assim limitados na sua liberdade positiva, quando e enquanto eles não participarem da fundamentação do direito. Permanecendo deveres recíprocos, o problema pode ser resolvido por meio de um contrato: sujeito e destinatário do direito devem fazer uso de sua liberdade positiva na fundamentação do direito. Dependendo da natureza do contrato eles podem restringir espontaneamente por meio do contrato a sua liberdade negativa: a autodeterminação é também garantida. O fato de o sistema jurídico regular a autonomia privada, ele resolve, com isso, o problema da legitimação das obrigações assumidas pelos indivíduos.

Como se encontra agora a questão dos direitos subjetivos e deveres do indivíduo na relação com o poder público (seja ele estatal ou supranacional)? Formalmente, eles são direitos subjetivos como qualquer outro. Materialmente, protegem os direitos do indivíduo, como direitos de defesa, a sua liberdade positiva e negativa; como direito de prestação e participação, os seus pressupostos da liberdade, contanto que ele mesmo não os possa proporcioná-los. Além disso, encontram-se diferentes obrigações do Estado perante o indivíduo na forma de um mandamento de ação (recolhimento de tributos) ou proibições (não lesar outros). Elas limitam a sua liberdade, sem que ele tenha participado contratualmente da fundação dessa limitação da liberdade. Aqui, porém, também vale a sentença: Estivesse permanecida a concessão desses direitos nesse plano, a sua liberdade positiva como autonomia com relação à fundação desses direitos ainda não teria sido suficiente³². Eles seriam protegidos em seu benefício muitos mais em um sentido paternalista, porém sem a sua vontade³³. A fundação dos deveres e a concessão de direitos, sem que dessa declaração seja sua liberdade positiva, é também heterônoma. Sua justificativa ocorre, portanto, em geral, fora do direito, no campo da moral ou de outros discursos sociais. A realização dos direitos humanos como direito positivo é possível nessa situação, porém

aspiração à liberdade em face da supremacia estatal e da não observância do direito à liberdade. Mas mesmo para eles se mostra que entre a liberdade e o direito se tem uma relação necessária e conceitual: a liberdade, para existir e ser assegurada, precisa ser formulada como direito e ser reconhecida como tal”.

³² Está correto também conceitualmente Robert Alexy, para o qual autonomia não é divisível (ALEXY, 1998, p. 261); mas o constitucionalismo demonstrou que a realização de ambos os aspectos certamente não tem como ocorrer simultaneamente.

³³ Para o conceito de paternalismo como ação benevolente em face de outros sem o seu consentimento, ver KIRSTE, 2011, p. 805 e seg.

ela é deficiente com relação à liberdade. Direitos podem também ser direitos humanos sem uma fundamentação democrática. Nesse ponto está certo Frank Michelman para o qual a democracia não é nenhuma condição para os direitos humanos (MICHELMAN, 1999, p. 53.). Que a pessoa, no entanto, não participe da fundamentação dos direitos, ela limita o aspecto ativo de sua liberdade e deixa uma parte de sua forma jurídica sem legitimação formal.

5.3. A fundamentação dos direitos subjetivos à liberdade

O problema aqui é legitimar uma obrigação universal. O direito do indivíduo e a obrigação de todos referem-se assim à liberdade de todos. Essa consternação não deve ser heterônoma, a fundamentação, em todo caso, deve estar, para todos, na expressão da liberdade³⁴. Com as palavras de Robert Alexy: “Quisesse-se restringir os direitos humanos à autonomia privada, dar-se-ia ao indivíduo apenas a autodeterminação no quadro inteiramente de uma lei heterônoma. Isso, no entanto, contradiz a ideia de autonomia” (ALEXY, 1998, p. 261.). A autonomia do indivíduo é também apenas então protegida quando ele pode participar da fundamentação dos direitos dos indivíduos e da obrigação de todos³⁵. A deliberação e a decisão sobre os direitos humanos e a interpretação de seu conteúdo devem, portanto, ser feitas por uma questão de liberdade nos discursos democráticos (BIELEFELDT, 1998, p. 107 e seg.). Sem direitos humanos negativos o direito que se orienta na liberdade é em si contraditório; sem direitos humanos positivos no status ativo ele é incompleto³⁶. Ambas são condições necessárias e suficientes para a reconstrução do direito a partir da liberdade. O status ativo completa, desta forma, o círculo do status jurídico.

O status ativo é aqui fundamentado a partir da liberdade. Enquanto Georg Jellinek construiu esse status ainda como status de dever de participação no poder

³⁴ BENHABIB, 2007, p. 14: “no discurso ético nos perguntamos: quais normas e disposições institucionais normativas seriam consideradas válidas para todos aqueles que fossem atingidos se eles fossem participantes de especiais argumentações morais chamadas discursos”? Groß, 2011, p. 142: Na perspectiva do princípio básico da democracia, que “os direitos políticos devem estar acoplados à pessoa envolvida, se segue que o direito à participação democrática é um direito individual, que tem sua origem na dignidade humana”.

³⁵ JELLINEK, 1911, p. 53 e seg.: “livre é aquele que não está submetido a ninguém a não ser a si mesmo; este é o segundo nuance da história universal da ideia de liberdade na história moderna. Ao lado do liberal se tem o conceito democrático de liberdade”.

³⁶ “Se as pessoas são vistas não apenas como meros sujeitos da lei, mas também como autores dela, pode-se dizer que a contextualização e a interpretação dos direitos humanos resultam de processos públicos e livres de opinião democrática e formação da vontade”, BENHABIB, 2007, p. 21.

estatal independente em face do indivíduo, ele precisa ser entendido no Estado de Direito democrático na perspectiva da autonomia jurídica do indivíduo. Ele inclui então os direitos do indivíduo à participação na deliberação, fundamentação, interpretação e imposição de seus direitos e obrigações e do bem comum.

A fundamentação a partir da liberdade no status ativo possibilita se entender, além disso, o direito à democracia como um elemento nos limites de um amplo direito de participação e não se reduzir a democracia às eleições e, com isso, se deixar levar por um direito ilusório com trágicas consequências para a democracia³⁷. Essa participação acontece sempre quando normas jurídicas surgem – na Constituição, no processo legislativo, na administração, na decisão, no contrato. Ela pode ser entendida também tanto como autonomia privada, associações sociais, ONGs³⁸, no autogerenciamento da administração ou como participação democrática no governo. Que o motivo para essa dimensão é a preocupação com a liberdade, as possibilidades de intervenção são distintas no contrato, onde se encontra uma determinada influência, sobre a associação social e também ONGs, nas quais influências assimétricas são legítimas, a depender do engajamento e da preocupação, até a participação na atividade legislativa simétrica acertada, que respectivamente deve ser estritamente igual³⁹. A influência de organizações nas decisões políticas deve depender assim da participação democrática de seus membros. ONGS estruturadas de forma não democrática não são expressão da autonomia política de seus membros e podem contribuir por meio de especialistas, em todo caso, para a legitimação *output* do domínio, não, porém, legitimar o domínio a partir da liberdade (KIRSTE, 2013b, p. 309-337.).

³⁷ BURCHILL, 2001, p. 134 destaca com razão que: “um direito internacional da democracia preocupado apenas com eleições não é suficiente. Eleições são fundamentais para o processo democrático. Elas são um meio pelo qual os indivíduos e as sociedades podem expressar suas opiniões. Ao limitar a democracia a um procedimento, a uma compreensão de que a democracia é ou deveria ser, ela se torna limitada... Um direito internacional da democracia que se desenvolve com as necessidades e interesses dos indivíduos em mente irá perceber a necessidade de se olhar para além das eleições para assegurar que a democracia que existe é eficaz e não ilusória”.

³⁸ Nesse sentido também KIRSTE, 2013b.

³⁹ Para esse aspecto justifica também Dworkin a fundamentação do direito à democracia a partir da igualdade: “O segundo direito é o direito de ser tratado igualmente. Este direito não implica em uma igual distribuição dos bens ou das oportunidades, mas o direito de ser considerado e respeitado com igualdade na decisão política sobre como esses bens e oportunidade são distribuídos... Eu proponho que o direito de ser tratado igualmente, sob a concepção liberal de igualdade, deva ser considerado fundamental e que uma restrição forte ao direito de igual consideração somente possa valer em... determinadas circunstâncias.” (DWORKIN, 1984, p. 440)

6. A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS À DEMOCRACIA A PARTIR DA LIBERDADE

Uma ordem jurídica que normatiza não apenas a proteção e a restrição à liberdade, mas nessa normatização propriamente está ordenado, que o indivíduo tem o direito de fundamentar a forma e o conteúdo do direito em todos os níveis a partir da liberdade: por meio da normatização da criação e imposição das normas a forma jurídica rompe desde já com a natureza imediatista da fundamentação dos interesses do direito e com a imposição forçosa. Assim, a forma jurídica cria o pressuposto de que o conteúdo jurídico apenas em uma forma normativa reflexiva pode ser transformado em direito.

A liberdade pode ser protegida nessa forma na figura dos direitos subjetivos. No modelo da segurança os direitos humanos podem ser protegidos nas dimensões do *status subjectionis*, *status negativus* e *status positivus* (modelo da segurança do direito). A liberdade é, no entanto, não apenas um bem jurídico protegido e restringido, mas muito mais são a proteção e a restrição dessa liberdade expressões elas mesmas da liberdade. O direito foi determinado como norma, no qual a sua criação e imposição foi regulada por outras normas. Uma ordem jurídica concretiza o conceito jurídico no sentido que suas normas tanto reconduzem a criação de normas à livre autodeterminação, como consideram a liberdade na imposição do direito e essas normas delimitam as liberdades dos cidadãos entre si e possibilitam a liberdade, onde o indivíduo não pode sozinho cuidá-la, assim essa ordem realiza o potencial de liberdade contido no conceito de direito (Modelo da autonomia do direito). Na medida em que a forma jurídica, conceitualmente, já não é entendida como facticidade, porque ela avalia normativamente o elemento que com ela se vincula aos fatos, ela se coloca à liberdade de antemão não também como algo estranho, perante as condições de legitimação, mas tem o potencial para uma ordem da liberdade. O seu núcleo, a norma, dirige-se necessariamente para liberdade, podendo decidir entre as alternativas de ação desejadas e não desejadas e encoraja o cidadão eventualmente a tomar consciência dessa liberdade. A sua estrutura reflexiva ordena a liberdade a poder escolher entre diferentes alternativas de norma e possibilidades de imposição. Com acerto enfatiza Hannah Arendt, que com o aumento da organização da sociedade por meio de seus cidadãos, a sensibilidade para com uma determinação estranha, daquela

por eles formada, cresce⁴⁰. O direito pode fazer uso apenas minimamente desse potencial, quando um autocrata impõe forçosamente normas injustas. A liberdade do sujeito do direito é imposta evidentemente de fora do direito e contra ele. O direito pode, ele próprio, também deixar determinar todos por ele atingidos sobre os direitos e deveres garantidos juridicamente e incluir sua liberdade, na medida do possível, também na imposição, nos processos de oitiva e possibilidades de comparação. Ele concretiza assim seu potencial de liberdade. O direito, então, não apenas protege a liberdade e a possibilita, mas é sua expressão⁴¹. Essa ordem da liberdade decide, então, até mesmo sobre o quanto ela regula a realização da liberdade propriamente ou pretende transferir ao indivíduo ou a outros discursos de fora do direito. Ela não é nenhuma situação, mas permanece na liberdade de sua pertença em movimento⁴².

A liberdade como autodeterminação negativa, positiva e como determinação, também desse próprio, se expressa no status dos direitos subjetivos, do status negativo, do status positivo e do status ativo⁴³. A unidade desses três no conceito de liberdade manifesta-se na fundamentação da forma reflexiva do direito e é o fundamento para a relação entre direitos humanos fundamentais e democracia. Diferente de Habermas que fundamenta os direitos humanos liberais e políticos a partir do princípio do discurso e, em seguida, dirige-se ao direito, a concepção aqui apresentada parte do pressuposto, que o conceito moderno de direito já contém por meio de sua estrutura reflexiva o potencial da liberdade, que se atualiza e se concretiza pelos direitos humanos fundamentais subjetivamente.

O direito à democracia é o direito à participação na fundamentação de todos os direitos e deveres universais. Na estrutura reflexiva ordenada do direito não há apenas um direito que é garantido por uma ordem jurídica paternalista, como diz Frank Michelman⁴⁴; ele também se realiza muito mais na fundamentação dessa ordem

⁴⁰ ARENDT, 1958, p. 300: "Quanto maior é o desenvolvimento de uma civilização, quanto mais completo é o mundo feito por ela para ser a casa humana, quanto mais as pessoas se sentem em casa nessa estrutura artificial, tanto mais elas serão sensíveis a tudo, sobre o que elas não produziram, a tudo, que misteriosamente apenas a elas é dado".

⁴¹ Isso já sabia Aristóteles, ainda que ele considerasse a realização dessa possibilidade para o seu tempo como ainda improvável: "O pressuposto de uma constituição democrática é a liberdade. Este é o discurso habitual, que os cidadãos somente nessa Constituição desfrutam da liberdade; porque o, se diz que cada democracia deve ter um objetivo... segundo [princípio da Democracia] é porém, que cada um vive em uma república como quer; esta é a liberdade sua própria, se outra caracteriza o escravo que vive como ele não quer viver". (ARISTOTELES, 1967, Politik VI, 2, 1317a 40-b 17, p. 217)

⁴² E para se evitar assim o com acerto criticado naturalismo, ver MENKE 2011 p. 16.

⁴³ Para a divisão dos direitos humanos segundo esses três status, ver KIRSTE, 2013, p. 122 e seg.

⁴⁴ MICHELMAN, 1999, p 56: A ideia seria que os direitos os quais uma pessoa não os ativamente exerce ou autonomamente interpreta, com vistas a essa pessoa não são, de fato, "direito", mas atos de

jurídica propriamente. O direito humano fundamental à democracia, garantido por uma ordem jurídica nacional, supranacional ou internacional é, por consequência, a chave propriamente da concretização do potencial da liberdade da forma jurídica. Ela não se confronta com essa forma jurídica, mas a realiza. Os sujeitos de direito autônomos realizam sua liberdade na estrutura reflexiva do direito apenas, então, quando a criação de normas é expressão da liberdade. Essa chave não é, com certeza, um tórculo, mas muito mais um moinho que sempre tritura a naturalidade das novas normas e as transforma em normas jurídicas e, com isso, ela própria, repetidamente, sempre se renova. Também aqui o direito se une a uma vinculação futura com a possibilidade do futuro. O reconhecimento do direito humano fundamental à democracia é, igualmente, o reconhecimento de se esclarecer sempre e novamente os direitos humanos (VISMANN, 1996, p. 323.), o direito das pessoas de em si, desde sempre, se determinar no autocrizado reino da liberdade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert (1998): Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. In: Philosophie der Menschenrechte. Eds. v. Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg. Frankfurt/Main 1998, pp. 244-264.

_____. (2002): A Theory of Constitutional Rights. Oxford (original: Theorie der Grundrechte. Frankfurt/Main. 1996).

ARENDT, Hannah (1958): The Origins of Totalitarianism. Cleveland and New York 1958.

_____. (1990): On Revolution. London 1990.

_____. (2000) Über die Revolution. 4. Aufl. München 2000.

ARISTÓTELES, Politics. With an Engl. Transl. by H. Rackham. Cambridge, Mass. 1967.

BEITZ, Charles (2009): The Idea of Human Rights. Oxford.

BENHABIB, Sheila (2007): Another Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights. In: Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association, Vol. 81 (2007), pp. 7-32.

BESSON, Samantha (2011): Demokratie als Menschenrecht. In: Gret Haller; Klaus Günther; Ulfrid Neumann (Eds.): Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie? Frankfurt/Main-New York.

misericórdia por parte de outros atuantes.

BIELEFELDT, Heiner (1998): Philosophie der Menschenrechte. Grundlage eines weltweiten Freiheitsethos. Darmstadt 1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1998): Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte? In: Philosophie der Menschenrechte. Eds. v. Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg. Frankfurt/Main 1998, pp. 233-243.

_____. /Enders, Christoph (1991): Freiheit und Recht. Freiheit und Staat. In: Böckenförde: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt/Main.

BRUGGER, Winfried (2011): Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Eine Würdigung und Aktualisierung anlässlich seines 100. Todestages im Jahr 2011, in: Archiv des öffentlichen Rechts 136 (2011), S. 1-43.

BRUNKHORST, Hauke (1999): Menschenrechte und Souveränität – ein Dilemma? In: Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik (1999). Eds. v. Brunkhorst, Hauke; Köhler, Wolfgang R.; Lutz-Bachmann, Matthias: Frankfurt/Main, pp. 157 ff.

BUCHANAN, Allen (2004): Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law. Oxford.

BURCHILL, Richard (2001): The Developing International Law of Democracy. In: The Modern Law Review 64 (2001), pp. 123 ff.

CAVALLERO, Eric (2009). Federative Global Democracy. *Metaphilosophy* 40 (1):42-64.

COING, Helmut. Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte. In: Beiträge zur Rechtsforschung. Hrsg. v. Ernst Wolff. Berlin und Tübingen 1950, p. 191-205.

DWORKIN, Ronald (1977): Taking Rights Seriously. London.

FRANCK, Thomas M. (1992): The Emerging Right to Democratic Governance. In: *American Journal of International Law* 86 (1992), pp. 46 ff.

GERHARDT, Volker (1999): Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität. Stuttgart.

GIERKE, Otto von (1902): Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik. 2.ed. Breslau 1902.

GOULD, Carol (2006): Self-Determination beyond Sovereignty: Relating Transnational Democracy to Local Autonomy. In: *Journal of Social Philosophy* 37 (2006), pp. 44-60.

_____. (2009): Structuring Global Democracy: Political Communities, Universal Human Rights, and Transnational Representation. In: *Metaphilosophy* 40 (2009), pp. 24-41.

_____. (2013): The Human Right to Democracy and its Global Import. In: *Human Rights: The Hard Questions*, ed. Cindy Holder and David Reidy. Cambridge 2013, pp. 285-300.

GRIFFIN, James (2011): *On Human Rights*. Oxford.

HABERMAS, Jürgen (1996): *Between Facts and Norms*. Cambridge, M.A. (original: *Faktizität und Geltung*. Frankfurt/Main 1994.)

_____. (1998): *The Inclusion of the Other*. Cambridge, M.A. (original: *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt/Main 1996.)

_____. (2001): *Remarks on legitimation through human rights*. In: *The Postnational Constellation*. Cambridge, M.A. (original: *Zur Legitimation durch Menschenrechte*. In: *Die postnationale Konstellation*. Politische Essays. Frankfurt/Main 1998)

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (Encyclopedia III): *Encyclopedia of the Philosophical Sciences Part Three*. Transl. by William Wallace. Oxford 1971.

_____. (Enzyklopädie III): *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse 1830*. Dritter Teil. *Die Philosophie des Geistes*. Mit mündlichen Zusätzen. Werke, Bd. 10. Eds. v. E. Moldenhauer u. K. M. Michel. Frankfurt/Main 1986.

_____. (Phil. of Right): *Philosophy of Right*. Edit. By Allen W. Wood. Transl. by H.B. Nisbet. Cambridge 1996. Original: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*.

_____. (Rechtsphilosophie/Griesheim 1824/25): *Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift K. G. v. Griesheim 1824/25*. In: *ders.: Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818 - 1831*. Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting. Vierter Band. Stuttgart-Bad Cannstatt 1974, pp. 66 - 752.

_____. (Rechtsphilosophie/Hotho 1822/23): *Philosophie des Rechts*. Nach der Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho 1822/1823. *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818 - 1831*. Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting. Dritter Band. Stuttgart-Bad Cannstatt 1974.

HOFMANN, Hasso (2001): *Menschenrechte und Demokratie*. Oder: Was man von Chrysipp lernen kann. In: *Juristenzeitung* 2001, pp. 1-8.

JAEGER, Werner (1973): *Paideia*. Berlin 1973.

JELLINEK, Georg (1911): *Die Entstehung der modernen Staatsidee*. In: *Schriften und Reden*, Vol. 2. Berlin 1911, pp. 45-63.

KANT, Immanuel (On the Old Saw): *On the Old Saw: That May Be Right in Theory, but It Won't Work in Practice*. Philadelphia 1974, pp. 58-59. Original: *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*.

KIRSTE, Stephan (2010): *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Reihe: Einführung Philosophie).

_____. (2011): *Harter und Weicher Rechtspaternalismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik*. In: *Juristenzeitung* 2011, p. 805 ff.

_____. (2012): § 204. *Die naturrechtliche Idee überstaatlicher Menschenrechte*. In: *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. 10. Eds. v. P. Kirchhof und J. Isensee. Heidelberg 2012, pp. 1-30.

_____. (2013): *Das Fundament der Menschenrechte*. In: *Der Staat* 2013, pp. 119-138.

_____. (2013b): Politische Partizipation und globale Politik – Zur menschenrechtlichen Begründung eines Rechts auf globale Partizipation. In: Jürgen von Ungern-Sternberg/Hansjörg von Rainau: Politische Partizipation. Idee und Wirklichkeit von der Antike bis in die Gegenwart. Berlin (Colloquia Raurica Bd. 13), pp. 309-337.

_____. (2015) Recht – Selbst – Bestimmung. Neuere Konzepte der Autonomie und ihr Verhältnis zum Recht. In: Würde und Autonomie. Hrsg. v. K. Seelmann u. D. Demko. Stuttgart, 2015.

_____. (2015b) Die beiden Seiten der Maske – Rechtstheorie und Rechtsethik der Rechtsperson. In: Kirste, S./Gröschner, R./Lembcke, O. (Hrsg.): Person und Rechtsperson. Tübingen (Mohr, Reihe Politika) 2015.

KÖHLER, Wolfgang R. (1999): Das Recht auf Menschenrechte. In: Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik (1999). Eds. v. Brunkhorst, Hauke; Köhler, Wolfgang R.; Lutz-Bachmann, Matthias: Frankfurt/Main, pp. 106 ff.

LÖWITH, Karl (2011): Menschenrechte und Bürgerrechte bei Rousseau, Hegel und Marx. In: Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen. Eds. v. Christoph Menke und Francesca Raimondi. Frankfurt/Main 2011, pp. 381 ff.

MAUS, Ingeborg (1999): Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie, in: Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler, Matthias Lutz-Bachmann (Hg.), Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik, Frankfurt am Main 1999, pp. 276-292.

_____. (2011): Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie. In: Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen. Eds. v. Christoph Menke und Francesca Raimondi. Frankfurt/Main 2011, pp. 333 ff.

MENKE, Christoph (2011): Einleitung. In: Die Revolution der Menschenrechte. Frankfurt/Main 2011, pp. 15 ff.

MICHELMAN, Frank I. (1996): Parsing “A Right to Have Rights”. In: Constellations 3 (1996), pp. 200-208.

_____. (1999): Bedürfen Menschenrechte demokratischer Legitimation? In: Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik (1999). Eds. v. Brunkhorst, Hauke; Köhler, Wolfgang R.; Lutz-Bachmann, Matthias: Frankfurt/Main, pp. 52-65.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat de: Vom Geist der Gesetze. Tübingen 1992.

MÜLLER, Friedrich (2001): Demokratie in der Defensive. Funktionelle Abnutzung – soziale Exklusion – Globalisierung. Elemente einer Verfassungstheorie VII. Berlin.

_____. (2003): Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung. Elemente einer Verfassungstheorie 8. Berlin.

MURSWIEK, Dietrich (1996): Souveränität und humanitäre Intervention. In: Der Staat 35 (1996), pp. 31-44.

PICO DELLA MIRANDOLA (Dignity): On the Dignity of Man. In: The Renaissance Philosophy of Man, ed. by E. Cassirer, P.-O. Kristeller, J.H. Randall, Jr.. Chicago and London 1948, pp. 223-254.

PLATO (Laws): Laws. In: Plato with an English Translation IX. Ed. by R.G. Bury. Cambridge 1952.

_____. (Timaeus): Timaeus. In: Plato with an English Translation VII. Ed. by R.G. Bury. Cambridge 1952.

RAWLS, John (1971): A Theory of Justice. Cambridge, M.A.

_____. (2001): Justice as Fairness. Cambridge, M.A.

SEN, Amartya (1999): Democracy as a Universal Value. In: Journal of Democracy 10 (1999).

TUGENDHAT, Ernst (1998): Die Kontroverse um die Menschenrechte. In: Philosophie der Menschenrechte. Eds. v. Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg. Frankfurt/Main 1998, pp. 48-61.

VISMANN, Cornelia (2011): Menschenrechte: Instanz des Sprechens – Instrument der Politik. In: Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen. Eds. v. Christoph Menke und Francesca Raimondi. Frankfurt/Main 2011, pp. 161-185.

WOLF, Erik (1970) Platon. Dialoge der mittleren und späteren Zeit, Briefe. Griechisches Rechtsdenken IV, 2. Frankfurt/Main 1970.

Recebido em 23/08/2016

Aprovado em 23/08/2016

Received in 23/08/2016

Approved in 23/08/2016