



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

DIEGO VIRGÍNIO DE SOUZA SANTOS

**DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: a eficácia dos direitos
sob a ótica de Jürgen Habermas**

**CAMPINA GRANDE – PB
2010**

DIEGO VIRGÍNIO DE SOUZA SANTOS

**DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: a eficácia dos direitos
sob a ótica de Jürgen Habermas**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, em
cumprimento à exigência para obtenção do
grau de bacharel. Orientadora: Prof^a Me.
Melissa Gusmão Ramos

CAMPINA GRANDE – PB
2010

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S237d Santos, Diego Virgínio de Souza.
Democracia e Direitos Fundamentais [manuscrito]: a eficácia dos direitos sob a ótica de Jurgem Habermas / Diego Virgínio de Souza Santos. – 2010.
48 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.
“Orientação: Profa. Me. Melissa Gusmão Ramos, Departamento de Direito público”.


1. Democracia 2. Direitos fundamentais I. Título.

21. ed. CDD 321.8

DIEGO VIRGÍNIO DE SOUZA SANTOS

**DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: a eficácia dos direitos
sob a ótica de Jurgens Habermas**

Aprovada em 14 / 12 / 2010.



Prof.ª. Me. Melissa Gusmão Ramos / UFPB
Orientadora



Prof. Msc. Hélio Santa Cruz Almeida Junior/ UEPB



Prof. Msc. Amilton de França / UEPB

DEDICATÓRIA

*Aos meus pais, pelo amor ilimitado, incondicional, e sempre constante
em nossa família.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, Pai, Filho e Espírito Santo, que é Uno e Trino, Princípio, Meio e Fim. A ele toda honra e toda glória, agora e para sempre.

A Maria, Mãe de Deus e Nossa Mãe, por sua intercessão ininterrupta a todos nós que por ela recorremos.

Aos meu pais, Índio e Fafá, para mim, papai e mamãe, por me proporcionarem tamanho Amor, que une e que faz da minha família a melhor do mundo.

Aos meus irmãos, Sylvinha e Fernandinho, por compartilharmos juntos os melhores e piores momentos das nossas vidas, que fizeram nos fortalecer em nossa fraternidade.

A minha morena linda, Érica, que mesmo distante se faz presente em minha vida.

Aos meus amigos, que não citarem nomes para não omitir qualquer que seja, meu muito obrigado.

A minha orientadora, Melissa, que foi de basilar importância na execução de todo este trabalho científico. A ela, meu agradecimento especial.

Enfim, a todos que de forma direta ou indireta participaram da minha vida acadêmica, contribuindo para minha formação, inclusive a Ruffles, por fazer uma batata frita tão gostosa, a Danone, pelo iogurte mais gostoso que se tem, e ao Infinity Pré da Tim, que possibilitou meu namoro, meu muito obrigado.

“Amai a Deus sobre todas as coisas,
E amai o próximo como a ti mesmo.”
Mc, 12, 28b-34

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar a teoria concretista de Habermas sob a ótica da eficácia dos direitos fundamentais. Faz-se ao longo do estudo a delimitação do objeto de pesquisa através da elaboração de conceitos e do confronto destes com a perspectiva de diversos autores que constroem uma crítica à teoria procedimental de Habermas. Elabora-se uma breve sociogênese dos direitos humanos. Analisa-se o conceito de Estado Democrático de Direito e suas imbricações com os direitos fundamentais. Perquire-se acerca da dicotomia entre legitimidade e eficácia da norma, a fim de encontrar uma possível solução. Compreende-se o conceito de Democracia Procedimental e sua contribuição para a eficácia dos Direitos Humanos. Conclui-se com explanações acerca da contribuição da obra habermasiana para a teoria da democracia e dos direitos fundamentais. A metodologia paliçada é a hermenêutica dialética crítica. A pesquisa é bibliográfica, com base em documentos já elaborados, tais como livros, periódicos, jornais e revistas, além de publicações, como artigos científicos e resenha. O estudo também é de caráter exploratório sobre a temática apresentada, pois objetiva compartilhar contribuições teóricas também de outros autores acerca da temática estudada..

PALAVRAS-CHAVE: Democracia procedimental. Direitos fundamentais. Eficácia da norma jurídica.

RÉSUMÉ

La présente recherche a comme l'objectif l'analyse de la théorie concretiste d'Habermas sous l'optique de l'efficacité des droits fondamentaux. On fait tout au long de l'étude la délimitation de l'objet de recherche par l'élaboration de concepts et de la confrontation d'entre eux avec la perspective de plusieurs auteurs qui construisent une critique à la théorie procédurale d'Habermas. Une narrative historique des droits de l'homme est élaborée. On analyse le concept de l'État Démocratique et ses relations avec les droits fondamentaux. On discute la dichotomie entre la légitimité et l'efficacité de la norme, pour trouver une possible solution au problème. On comprend le concept de Démocratie Procédurale et sa contribution pour l'efficacité des Droits de l'homme. On conclue avec des explications concernant la contribution du travail habermasien pour la théorie de la démocratie et des droits fondamentaux. La méthodologie est La dialectique critique. La recherche est bibliographique et est basée sur des documents déjà élaborés, comme des livres, des journaux des magazines et des publications diverses, comme des revues scientifiques. L'étude est aussi de caractère exploratoire sur le thème présenté, donc Il vise à partager des contributions théoriques aussi d'autres auteurs concernant le thème étudié.

MOTS-CLÉS: Démocratie procédurale. Droits fondamentaux. Efficacité de la norme juridique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
1.1 Surgimento dos Direitos Humanos.....	12
1.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	17
1.2 Terminologia.....	18
1.2.1 Diferenciações entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	19
1.4 Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras.....	21
1.5 A problemática da efetivação dos Direitos Humanos nas Constituições Contemporâneas.....	22
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	25
2.1 Definições preliminares.....	25
2.2 O processo de formação do Estado de Direito.....	26
2.3 Estado de Direito e Estado Democrático de Direito	28
2.4 O ordenamento jurídico e o poder político no Estado Democrático de Direito e na Democracia Representativa.....	32
3 A DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	37
3.1 O conceito de Democracia procedimental.....	37
3.2. A Democracia como o direito a um processo de participação no processo de discussão da formação da norma.....	40
3.3 A Democracia Procedimental e a eficácia dos direitos fundamentais	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

A simples análise etimológica da palavra – da junção do grego “*kracia*” (governo)¹ e “*demo*” (povo) – suscita, em momentos históricos diversos, interpretações divergentes que podem vir a contrariar a própria essência da democracia

Entretanto, a grande transformação da democracia para a compreensão do modelo democrático contemporâneo reside, sem dúvida, na reconciliação pós 1945 da democracia e do liberalismo sob o traço conceitual da Democracia Constitucionalista e no regaste dos Direitos da Pessoa Humana, reconstituindo a lógica histórica da compreensão do que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito.

Em virtude desse campo complexo no qual se insere o estudo da teoria da democracia, construir uma representação que alcance, de forma mais plena, o desejo expresso em seu conceito é um desafio que não cessa de aguçar os teóricos do assunto. A dissonância se justifica pela tensão permanente entre o ideal político e uma realidade histórica sempre variável que, por vezes, se distancia deste ideal.

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito consolidou a Constituição e resgatou os direitos da pessoa humana sob a doutrina do constitucionalismo. Em síntese, pode-se dizer que o constitucionalismo moderno caracteriza-se pela existência de uma Constituição jurídica, pela universalização dos direitos e liberdades, com suas respectivas garantias, e pelo aperfeiçoamento de técnicas que limitam o poder político.

Nesta relação tensional entre constituição, direitos fundamentais e democracia Jurgen Habermas formula a Teoria da democracia procedimental. Buscamos através desta pesquisa compreender como a teoria de Habermas pode contribuir para uma maior eficácia dos direitos fundamentais.

No primeiro capítulo, falar-se-á sobre a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, a fim de caracterizar melhor o estudo.

No segundo capítulo, analisar-se-á a construção do Estado Democrático de Direito Ocidental.

E, por fim, no terceiro e último capítulo conceituar-se-á a democracia procedimental e evidenciar-se-á sua contribuição para a eficácia dos direitos fundamentais.

¹ Há traduções também no sentido de associar *Kracia* como sinônimo de poder.

Na tentativa de embasar metodologicamente uma vertente teórica que contemple as relações entre democracia, legitimidade, Estado e direito, e para melhor compreender os sentidos daí subjacentes, ancora-se esta pesquisa na utilização da hermenêutica dialética crítica.

Para a dialética crítica a função do filósofo não seria a de simplesmente elevar a consciência histórica e trazê-la para o presente, mas sim descortinar os interesses e ideologias que estão por trás da narrativas e que impedem a construção da linguagem sem limites e coação. Para Habermas (1990) todo encontro de ideias realizado com consciência histórica, embora experimente uma relação de tensão natural entre o texto e o presente, é possível de ser compreendido consciente e criticamente. Neste sentido, Habermas coloca a dialética e a crítica como pressupostos básicos das ciências sociais.

Para empreender-se a pesquisa e proporcionar o conhecimento da realidade complexa na qual se situa o objeto, foi necessário o confronto com fontes diversas: livros, periódicos, artigos, relatórios, leis, regulamentos, e etc. Assim, o estudo será construído através de uma pesquisa bibliográfica, que possibilitará a elaboração de seus fundamentos teóricos. É denominada bibliográfica, pois segundo Santos (2000, p.157,) é feita com base em documentos já elaborados, tais como livros, periódicos, jornais e revistas, além de publicações, como artigos científicos e resenha.

O estudo também apresentará um caráter exploratório sobre a temática apresentada, na tentativa de apontar ideias e compartilhar contribuições teóricas também de outros autores acerca dos desafios interpretativos aos quais nos lançamos.

1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 - Surgimento dos Direitos Humanos

Os Direitos Humanos, assim como a maioria dos ideais democráticos, nasceram em um momento histórico onde prevalecia a centralização do poder político e militar nas mãos de um monarca soberano, regime conhecido como o Absolutismo ou Estado Absolutista.

A concentração do poder era tamanha que foi atribuída ao rei Luís XIV, conhecido como "Rei Sol", figura ilustrativa deste período e rei da França entre 1643 e 1715, a célebre frase "o Estado sou eu".

A burguesia, nova classe social da época, por sua vez, encontrava-se insatisfeita com a concentração e organização imposta pelo Estado Absolutista. Responsável pelo pagamento de grande parte dos impostos, esta classe era o sustentáculo econômico do regime, mas, ao mesmo tempo, não gozava do status da nobreza, e, embora comprasse grande parte dos cargos políticos, não chegava a ter participação efetiva no poder político. (RAMOS, 2008).

Esta insatisfação culminou com duas importantes revoluções, na Europa, que mudariam o cenário político da época, quais sejam: a Revolução Inglesa do século XVII e, a Revolução Francesa do século XVIII, que com a limitação dos poderes dos monarcas até a sua subordinação ao povo (Todo poder emana do povo) e, principalmente, a introdução dos princípios de igualdade, liberdade e fraternidade, seriam o marco na conquista dos direitos humanos.

A Revolução Inglesa se deu através de um conjunto de transformações sociais e políticas vividas na Inglaterra durante o século XVII. Boa parte destas transformações aconteceram por meio da elaboração de cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais unidos à constante afirmação do Parlamento inglês e dos precedentes judiciais, estes formadores da *common law*. (SILVA, 2009)

Entre estes textos podemos citar a *Magna Carta* (1215-1225), a *Pettition of Rights* (1628), o *Habbeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688).

José Afonso da Silva (apud SILVA, 2009, p. 152) ao citar Albert Noblet, nos revela uma questão curiosa a cerca da *Magna Carta*:

longe de ser a carta das liberdades nacionais, é sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e dos direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres.

Isto, porém, como assevera o mesmo autor, não exclui o fato de que este documento viesse a se tornar um “símbolo das liberdades públicas”, revestido com “o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês [...], extraindo-se dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês”. (apud SILVA, 2009, p. 153).

Ainda sobre os textos citados, lembremos daquele que se tornou o mais importante dentre os mesmos, a *Declaração de Direitos (Bill of Rights, 1688)*, que caracterizava-se pela limitação do poder real, submetido a esta declaração e aceito por aquele que viesse assumir o trono.

É através deste documento que a Inglaterra consolida a monarquia constitucional, submetida à soberania popular, servindo de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX. (SILVA, 2009)

Entre a Revolução Inglesa citada e a Revolução Francesa do século XVIII, importantes acontecimentos históricos, que viriam a contribuir significativamente com a concretização dos direitos humanos, e que realizaram-se fora do continente europeu, devem ser lembrados.

A *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776)*, que era uma das treze colônias inglesas na América, por exemplo, é considerada a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno, isto porque a mesma continha as bases do direito do homem, como o Princípio da Igualdade e o Princípio da Soberania Popular, como se observa na leitura dos artigos 1º, 2º e 3º desta:

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Artigo 2º - Toda a autoridade pertence ao povo e por consequência dela se emana; os magistrados são os seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo.

Artigo 3º - O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto

grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração.²

Outro acontecimento relevante na evolução da constituição dos direitos humanos foi a Independência das Colônias Inglesas da América do Norte, século XVIII.

Na Constituição Americana de 1787 não havia declaração de direitos fundamentais, que foi imposta como condição para a união de alguns Estados independentes na formação de um Estado Federal. A Carta de Direitos que continha esta declaração deu origem às dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se acrescentaram outras até 1975, que constituem o *Bill of Rights* do povo americano. (SILVA, 2009).

Estas emendas asseguram os direitos fundamentais deste povo, e serviram de base para a positivação dos direitos humanos em outras nações no decorrer da história.

José Afonso Silva (2009) sintetiza os principais direitos extraídos destas emendas, dos quais podemos destacar:

- (1) liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição (Emenda 1º);
- (2) inviolabilidade da pessoa, da casa, de papéis e posses de objetos (Emenda 4º)
- (3) direito de defesa e de um julgamento por juiz natural e de acordo com o devido processo legal, isto é, com garantias legais suficientes (Emenda 5º)
- (4) garantia do direito de propriedade, de que não se poderá privar senão para uso público e com justa compensação (Emenda 5º)” (SILVA, 2009, p. 155)

Ainda concernente aos movimentos que culminaram na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), abordemos a revolução que criou tal documento, a Revolução Francesa de 1789.

Esta foi caracterizada pelo conjunto de acontecimentos que se seguiu após a formação da Assembléia Constituinte, influenciados pelas ideias iluministas de John Locke, Montesquieu, Voltaire e Jean Jacques Rousseau, dentre outros.

² Para acessar a Declaração de Direitos consulte http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia

O lema desta revolução, "*Liberté, Egalité, Fraternité*" (Liberdade, Igualdade, Fraternidade) seria, tempos depois, base para a classificação dos direitos humanos em três gerações, sendo, cada uma, conceituada por estas três palavras.

Como já relatado, a insatisfação da população com os modos com que o Estado Absolutista guiava o Estado Francês chegava a níveis tão graves que o povo se viu na eminência de ir às ruas com o objetivo de tomar o poder e arrancar do governo a monarquia comandada pelo rei Luis XVI.

Símbolo desta revolução, e exemplo da insatisfação popular, foi o episódio conhecido como a *Queda da Bastilha* em 14 de julho de 1789.

A multidão, num primeiro momento, dirigiu-se aos Inválidos, o antigo hospital onde concentravam um razoável arsenal. Ali, apropriou-se de três mil espingardas e de alguns canhões. Correu o boato de que a pólvora, porém, se encontrava estocada num outro lugar, na fortaleza da Bastilha. Marcharam então para lá. [...] Durante o assédio, o marquês de Launay, o governador da Bastilha, ainda tentou negociar. Os guardas, no entanto, descontrolaram-se, disparando na multidão. Indignado, o povo reunido na praça em frente partiu para o assalto e dali para o massacre. O tiroteio durou aproximadamente quatro horas. O número de mortos foi incerto.³

Mas o principal fato desta revolução, e objeto de estudo deste tema, foi a aprovação da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* em 26 de agosto de 1789, pela Assembléia Constituinte, formada pelo que era conhecido como Terceiro Estado (camponeses, artesãos, burgueses).

Este documento veio a sintetizar, em seus dezessete artigos e um preâmbulo, os ideais libertários e liberais da primeira fase da Revolução Francesa.

Alguns autores relatam o fato de uma possível influência que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, adotada pela Assembléia Constituinte francesa em 27.8.1789, teria sofrido da Revolução Americana, especialmente da Declaração da Virgínia, já que ela precedeu a Carta dos Direitos, contida nas dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, que foi apresentada em setembro de 1789.

No entanto, como relata José Afonso da Silva citando Mirkiné Guetziévitch, apenas a técnica das declarações americanas foi recebida, já que as duas foram fortemente

³ Informação narrada em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bastilha>

influenciadas pelos ideais e pensadores iluministas, pensamento político europeu predominante à época.

Na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII. As fontes filosóficas e ideológicas das declarações de direitos americanas como da francesa são européias, como bem assinalou Mirkine Guetzévitch, admitindo que os franceses de 1789 somente tomaram de empréstimo a técnica das declarações americanas, mas estas não eram, por seu turno, senão o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII - desta corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal. E porque esta corrente era geral, comum a todas as Nações, aos pensadores de todos os países, a discussão sobre as origens intelectuais das Declarações de Direitos americanas e francesas não têm, a bem da verdade, objeto. Não se trata de demonstrar que as primeiras Declarações provêm de Locke ou de Rousseau. Elas provêm de Rousseau, e de Locke, e de Montesquieu, de todos os teóricos e de todos os filósofos. As Declarações são obra do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII.” (SILVA, 2009, p. 157)

E é este mesmo autor que traz com maestria a diferenciação entre estas duas declarações, destacando o valor universal da Declaração francesa em detrimento da americana, focada mais na tensão particular que envolvia os, então, Estados Independentes norte-americanos, além de descrever os três caracteres fundamentais da mesma.

A Declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração Francesa de 1789 é mais abstrata, mais ‘universalizante’, de onde seus três caracteres fundamentais, consoante Jacques Robert: a) *intelectualismo*, porque a afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das idéias; é que para os homens de 1789, a declaração dos direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal; b) *mundialismo*, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar *valor universal*; c) *individualismo*, porque só consagra as liberdades dos *indivíduos*, não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião; preocupa-se com defender o indivíduo contra o Estado. É, por isso, o documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos dos séculos XIX e XX.” (SILVA, 2009, p. 157,158)

Destarte, enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias européias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos. (COMPARATO, 2008).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tornam-se, assim, a proclamação das liberdades e dos direitos fundamentais do Homem de forma ecumênica, visando abarcar toda a humanidade, revelando, em toda sua essência, sua característica de universalidade.

Este documento tornou-se um clássico para as democracias do mundo contemporâneo tendo, nas ideias iluministas, a base dos princípios da liberdade e da igualdade perante a lei, da defesa inalienável à propriedade privada e do direito de resistência à opressão, entre outros.

É o que se conclui da leitura do seu primeiro artigo, que introduz as ideias de igualdade e liberdade acima citadas: “Art. 1º. Os homens nascem e vivem livres e iguais em direitos. As diferenças sociais só podem ser fundamentadas no interesse comum.”⁴

Foi ele, também, base para a promulgação pela Organização das Nações Unidas da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* em 10 de dezembro de 1948.

1.1.1 – Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborada após o fim da 2ª Guerra Mundial, palco de diversas atrocidades reveladas após o encerramento das hostilidades.

À época, nem todos os membros das Nações Unidas partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento que, embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e África do Sul abstiveram-se de votar.

De qualquer modo, a Declaração, que retomou os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito

⁴ Consulta na íntegra disponível em <http://educacao.uol.com.br/historia/ult1704u87.jhtm>

universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens.

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem não tem força vinculante, já que se trata de uma recomendação que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus.

Hoje em dia, porém, este entendimento encontra-se defasado por se entender que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.⁵

1.2 – Terminologia

Muitas são as designações empregadas para expressar os direitos fundamentais do homem, como, por exemplo: "Direitos naturais", "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos individuais", "direitos públicos subjetivos", "direitos fundamentais", "liberdades fundamentais", "liberdades públicas". (SILVA, 2009)

Esta variação encontra fundamento na tentativa de muitos autores em sintetizar aqueles em uma expressão que possa, de alguma forma, elucidar grande parte dos elementos que os compõe, já que a síntese da totalização destes elementos em uma só expressão seria impossível.

Referindo-se a variedade de conceituação destes direitos, Penido (2005, p. 403) – trata da diversidade de suas definições, revelando a imprecisão conceitual sobre os mesmos:

Um conceito é a delimitação de uma perspectiva dentre outras existentes. Assim como existem várias expressões para designar os Direitos Humanos, também coexistem diversos conceitos que o definem, apesar de não haver uma precisão conceitual, na qual se permita reconhecer uma referência semântica que possa considerar-se límpida e inequívoca.

⁵ Disponível em retirado do site <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/konder.htm>

Outra explicação quanto à variação da diversificação em expressar estes direitos é a que se refere ao tempo em que foi realizada, ou seja, percebe-se que a preferência por uma determinada designação varia no tempo e no espaço.

Em um primeiro momento falava-se em *Direitos Naturais*, entendendo que estes eram inerentes à natureza do homem. As principais críticas reveladas à esta expressão giram em torno de que os mesmos seriam direitos positivos, encontrando fundamento e conteúdo nas relações humanas. (SILVA 2009).

Direitos individuais é a terminologia que, a cada dia, vem sendo afastada por maioria da doutrina, pelo simples fato do individualismo presente claramente nesta expressão, isto porque encontramos, entre os direitos fundamentais do homem, além de direitos individuais, sociais e transindividuais.

Outra expressão que figura entre os doutrinadores, *direitos públicos subjetivos*, que afasta a figura do Estado em benefício de determinadas esferas privadas, está superada pela dinâmica econômico-social do nosso tempo, que exige atuação ativa dos poderes públicos, assim como *liberdades fundamentais e liberdades públicas*, conceitos limitativos e insuficientes.

Para Paulo Bonavides e José Afonso da Silva, a melhor expressão para designar estes direitos seria “direitos fundamentais da pessoa humana”.

No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. (SILVA, 2007, p.178)

1.2.1 – Diferenciações entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Como já acima analisado, não há expressão ideal que integre a complexidade que envolve os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana e conduza a compreensão deste fenômeno em sua totalidade, isto porque este encontra vários tipos de contribuições, tanto das idéias liberais e democráticas, até as socialistas, resultando, ao longo da história, em transformações fundamentais neste instituto, que incorporou contornos econômico, cultural e social. (PENIDO, 2005, p. 422).

Entre estas denominações, no entanto, duas se destacam por sua utilização constante entre os doutrinadores que estudam este campo: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Assim como SILVA (2009, p. 176), PENIDO (2005, p. 422) destaca a utilização da expressão *Direitos Humanos* como aquela empregada nos documentos internacionais, sendo criticada primeiramente pelo fato de que “não há direito que não seja humano”, além de não conter “uma concepção fechada, precisa e definitiva” (Silva/Penido).

Já a utilização do termo *Direitos Fundamentais* se mostra recente, e diferenciado em cada país que o adota. É o que nos revela estudo realizado entre as várias constituições destes por GAITAN e PEGORADO (2005, p. 452):

[...] as palavras ‘direitos fundamentais’ não vêm utilizadas nos modelos históricos nem nos textos mais antigos, enquanto representam, se não uma constante, pelo menos uma presença recorrente nas constituições do segundo período de pós-guerra mundial e mais ainda naquelas de recente revisão (na América Latina) ou reescritas *ex novo* depois da queda do muro de Berlim (na Europa centro-oriental e na ex-URSS).

No entanto, interesse do nosso estudo é a diferenciação existente entre estes dois termos no nosso Ordenamento Jurídico. Observa-se, numa primeira análise, que esta diferenciação se mostra pacífica entre a maioria dos doutrinadores.

Segundo a mesma, os Direitos Humanos seriam aqueles inerentes à pessoa humana, direitos naturais universais, vistos como pretensões de direitos, reconhecidos no âmbito dos documentos de Direito Internacional, tendo validade que desconhece fronteiras nacionais, comunidades éticas específicas, porque afirmados por fontes de direito internacional.

Por sua vez, os Direitos Fundamentais caracterizam-se como aqueles que cada ordenamento jurídico específico os considera como tais, variando segundo a normatização de cada Estado, sendo, assim, delineadores do perfil ético do Direito e definidores da ação estatal em seus diversos setores, tutelando, como os direitos humanos, a liberdade, a vida e a dignidade da pessoa humana.

Destarte, a expressão "direitos fundamentais" designa as posições jurídicas básicas reconhecidas como tais pelo Direito Constitucional positivo de um dado Estado,

em um dado momento histórico, enquanto os “direitos humanos” seriam aqueles inerentes à pessoa humana, utilizados nos documentos de Direito Internacional.

Numa concepção mais simples, poderíamos dizer que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados em cada Estado.

Sobre essa questão, encontramos posicionamento de alguns autores, relatando esta diferenciação e abordando a nomenclatura adequada, mas todos frisando a ideia acima relatada.

O mestre J.J. Canotilho, por exemplo, ao invés da terminologia direitos humanos, utiliza “direitos formalmente constitucionais” que seria aqueles consagrados e reconhecidos pela constituição de cada Estado, além do termo “direitos materialmente formais”, porque as normas que os reconhecem e protegem não têm a forma constitucional, seriam aqueles direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, que seriam, na nossa perspectiva, direitos humanos.

Já Norberto Bobbio realiza uma distinção entre direitos do homem unicamente naturais (que equivalem aos direitos humanos) e direitos do homem positivados (que equivalem aos direitos fundamentais), dando ênfase à positivação dos direitos humanos:

quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência.(BOBBIO,1992, p.54)

Desta forma, o autor nos apresenta esta conversão universal em direito positivo dos direitos do homem, realçando a diferença entre os direitos do homem inerentes a todo ser humano (direitos humanos) e direitos do homem efetivamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico-positivo de um determinado Estado (direitos fundamentais).

1.4 – Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras

Observando-se as Constituições Brasileiras, desde a de 1824 até a atual, percebemos que em todas encontramos dispositivos que referem-se a proteção dos direitos humanos.

Verifica-se que a cada nova constituição, o tema recebe cada vez mais destaque, chegando à promulgação da atual Carta Magna, conhecida como Constituição

Cidadã, na expressão cunhada pelo Presidente da Constituinte, falecido Deputado Ulysses Guimarães.

Na Constituição Imperial de 1824, encontramos título sob a rubrica *Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, tendo no seu artigo 179, trinta e cinco incisos dedicados aos direitos e garantias individuais, especialmente.

Já na Constituição de 1891, temos a Seção II do Título IV com uma *Declaração de Direitos*, tendo ressalva importante no seu art. 78 que viria a ser regra nas constituições subsequentes:

Art 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

A Constituição de 1934 abriu um título especial para a *Declaração de Direitos*, apenas não seguido pela de 1937, nele inscrevendo não só os direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos. Além disso, essa Constituição incorporou o Título denominado “Da Ordem Econômica e Social”, reconhecendo os direitos econômicos e sociais.

A Constituição de 1946 trouxe o Título IV sobre a *Declaração dos Direitos*, com dois capítulos: um sobre a *Nacionalidade e a Cidadania* e outro sobre os *Direitos e Garantias Individuais*. Assim como as de 1967 e 1969, está presente nesta os direitos econômicos e sociais.

Por fim, a Constituição de 1988, com técnica mais moderna, abre-se com um título sobre os direitos fundamentais, introduzindo o Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, incluindo os *direitos e Deveres Individuais e Coletivos* (Cap. I), os *Direitos Sociais* (Cap. II), os *Direitos da Nacionalidade* (Cap. III), os *Direitos Políticos* (Cap. IV) e os *Partidos Políticos* (Cap. V). Ainda podemos destacar o Título VII – *Da Ordem Econômica e Financeira*, e o Título VIII – *Da Ordem Social*, onde se localizam conteúdo dos direitos sociais referidos no Cap. II do Tít. II.

1.5 – A problemática da efetivação dos Direitos Humanos nas Constituições Contemporâneas

Na tentativa de garantir a efetividade dos Direitos Humanos, os países buscaram a sua positivação, mediante sua inscrição no texto das constituições, já que as declarações de direitos necessitavam de força e mecanismos jurídicos que lhe imprimissem essa eficácia.

É bem verdade que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, adotada e proclamada pela Assembléia das Nações Unidas, por seu conteúdo que integra o respeito à dignidade humana, não deveria ter nenhum tipo de resistência em sua aplicação em quaisquer que sejam os países, sem, até mesmo, a necessidade de sua positivação.

Porém, mediante o Princípio da Legalidade, expressão maior do Estado Democrático de Direito, basilar em qualquer sistema que preza pela ordem e segurança jurídica do seu ordenamento, ligando-se, assim, à ideia de justiça, temos a garantia vital de que a sociedade não está presa às vontades particulares, pessoais, daquele que governa, mesmo não se tratando os direitos fundamentais da pessoa humana como estes.

Neste sentido, Silva (2009, p. 167) citando Biscaretti di Ruffia, revela-nos as possíveis fases do processo de efetivação dos direitos humanos nos textos constitucionais:

No curso do século XIX, a enunciação dos direitos e deveres dos indivíduos sofreu uma dupla transformação: passou para o então próprio texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de *normas jurídicas positivas* (Ainda dos respectivos geral e de princípio), válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita *subjetivação*), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídica de seus pontos mais delicados, de moda a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua *positivação*).

Outra problemática que envolve a questão da efetividade dos direitos humanos é que se refere a esta eficácia após sua positivação nos ordenamento jurídico do Estado.

Temos, então, que o grande problema da questão não se refere apenas ao reconhecimento deste direito pelo ordenamento jurídico estatal, e sim de como fazer com que se tornem efetivadas as normas relacionadas aos direitos humanos.

Isto porque, apesar de ser reconhecida juridicamente, os direitos humanos ainda são extremamente violados pelos Estados no âmbito interno e externo, sua efetividade como norma se torna o grande obstáculo para sua concretização.

Alguns autores defendem a criação de um órgão maior para dirimir os conflitos existentes quanto à preservação dos direitos humanos, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Para Habermans (1989), a busca da efetivação dos direitos humanos só se daria através do uso da razão comunicativa aplicada à teoria do discurso na construção de uma nova relação entre o Estado e a sociedade e na revitalização dos processos de formação do poder político e do ordenamento jurídico através da concepção da Democracia Procedimental. (RAMOS, 2008)

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 – Definições preliminares

Com a finalidade de melhor compreensão do tema o qual vamos abordar, iniciamos este capítulo com noções e conceituações básicas do objeto tratado, necessárias ao bom entendimento do debate científico que se segue.

É bem verdade que os conceitos mudam junto às transformações sociais que delas provem. De qualquer forma, mesmo observando este dinamismo, é necessário traçar a conceituação e delimitação dos institutos ora analisados, na perspectiva de melhor clareza do pensamento que se quer formular.

Na análise do objeto em questão, revela-se importante a introdução de conceitos que lhe darão maior amplitude de conhecimento, como é o caso, inicialmente, da definição de “Estado”, proposta por Weber (apud BOBBIO et al, 1998, p. 676):

Estado é uma empresa institucional de caráter político, organizada social e juridicamente onde o aparelho administrativo leva adiante com sucesso uma pretensão de monopólio da coerção física legítima, tendo em vista o cumprimento das leis.

Temos, nesta ideia, a primeira noção deste instituto, vista pelo teórico como “empresa institucional”, formada por elementos que o caracterizam, tais quais, elementos políticos, sociais e jurídicos, e, ainda tendo esta instituição o “monopólio da coerção física legítima”, compreendida está legitimidade “como um grau de consenso significativo capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos” (RAMOS, 2008).

Ao final, o autor nos demonstra que a finalidade desta organização política esta centrada no “cumprimento das leis”, ou seja, do seu conjunto normativo, composto de princípios, procedimentos e regras jurídicas obrigatórias e legitimadas por uma ordem social que determina a vida em sociedade, buscando um ideal de justiça e o equilíbrio das relações sociais instáveis (REALE, 2002, p. 49 apud RAMOS, 2008).

Outra concepção acerca do instituto abordado, o Estado, que evidência com clareza seus elementos, é aquela que parte da ideia de Estado Moderno, como sociedade

política e juridicamente organizada, dotada de soberania, dentro de um território, sob um governo, para a realização do bem comum do respectivo povo.

Podemos extrair deste conceito, os elementos básicos formadores do estado moderno, vejamos:

- a) O povo que é o conjunto de pessoas submetidas à ordem jurídica estatal, que compreende o nacional residente e o que está fora dele.
- b) Território é o elemento material, espacial ou físico do Estado. Compreende a superfície do solo que o Estado ocupa, seu mar territorial e o espaço aéreo (navio, aeronaves, embaixadas e consulados “fictos”).
- c) Governo é a organização necessária ao exercício do poder político.
- d) Soberania é o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência. A soberania do Estado não reconhece poder igual, superior ou concorrente na ordem interna ou internacional.⁶

Ainda, sobre os elementos do Estado, vemos autores que os distingue entre materiais e formais, como é o caso de MALUF (1995, p. 23)⁷, afirmando serem os elementos materiais do Estado a população e o território; e os elementos formais constituídos por um governo soberano (poder) e um ordenamento jurídico; e ainda um elemento final, o bem comum.

Através deste breve relato sobre o “Estado” e seus elementos formadores, buscou-se um primeiro esclarecimento acerca deste instituto, já que afrontar em poucas páginas, com pretensão de exaustividade a temática referente ao *Estado*, revela-se mais que árduo, impossível.

2.2 O processo de formação do Estado de Direito

O ser humano, por sua natureza, necessita da vida em sociedade, criando, assim, a humanidade, através de elementos que somente ele possui: a razão e a fala.

Constitui uma necessidade do indivíduo integrar um corpo social. Ou por ser impossível sobreviver isolado, ou, noutro sentido, porque, associado, mais provavelmente evoluirá; fato histórico é que o homem é

⁶ Disponível em <http://forum.jus.uol.com.br/123715/elementos-do-estado/>

⁷ Disponível em <http://br.monografias.com/trabalhos915/conceitos-gerais-estado/conceitos-gerais-estado2.shtml>

assim considerado apenas quando integrante de uma coletividade” (RAMOS, 2008).

Com a vida em sociedade estabelecida de, surgem também os problemas a ela inerentes. É daí que advém a “política” como meio de possibilitar a convivência em sociedade, tornando-se para o homem uma necessidade, ou aptidão, no entender de Aristóteles, por que “sendo a comunidade o resultado natural da conduta humana e a política sua conseqüência, o homem seria, em si, um animal político”. (Ramos, Ano)

Além da política, nasce também a necessidade de estabilização do poder, instituindo-se um “governo” administrante.

Temos, então, os elementos formadores do Estado conforme Ciência Política, senão, povo, território, poder, governo, fins, sendo aquele uma organização institucional desses elementos, expressos por um conjunto de normas.

O governo, como administrador da convivência em sociedade, passa a limitar as vontades individuais em busca de um determinado fim, qual seja, o bem comum.

O ser humano, como indivíduo de vontade e anseios próprios, enxerga o ônus da vida em sociedade: submeter-se a um governo que nem sempre atenderá àquelas aspirações próprias.

Apesar de impelidos pela necessidade de permanecer unidos, em comunidade, não desejam se submeter sinteticamente à ordem social, nem tampouco desejam que a comunidade se reduza analiticamente às aspirações individuais. Assim, os indivíduos não podem se reduzir a sua atividade social, tampouco pode esta se reduzir às aspirações dos indivíduos, porque contrário à finalidade da própria vida em sociedade.(RAMOS, 2008)

Conclui a autora: “decorre desse raciocínio um antagonismo potencial: à ideia de indivíduo passa a opor-se à ideia de Estado” (RAMOS, 2008,p. 84).

Desta forma, quanto maior o alcance do estado nas relações em sociedade, menor a expressão individual exercida por cada um.

O indivíduo, então, se vê na necessidade de limitar esse exercício do poder, na tentativa de barrar o avanço do mesmo, instituindo, assim, um governo de convivência.

Essa limitação do poder se mostra eficaz, ao longo da história, através de documentos, estatutos, que visem a disciplina do Estado a uma norma pré-estabelecida, da qual o governante esteja subordinado e lhe confira a legitimidade de exercer este poder.

Afasta-se os antigos princípios de ordem pragmática, tomando força a programaticidade dos textos legais, consolidando a doutrina denominada “legalismo”.

Este, impulsionou um importante fenômeno histórico-jurídico nesta mesma época, o Constitucionalismo, baseado em uma lei fundamental do Estado (Lei Maior), em cujos preceitos as demais normas encontram fundamento.

Este fenômeno constitui-se no estabelecimento de normas fundamentais de um ordenamento jurídico de um Estado, localizadas no topo da pirâmide normativa, ou seja, sua constituição. Seu estudo implica, deste modo, uma análise concomitante do que seja constituição com suas formas e objetivos.

O exercício do poder, então, que já não podia dar-se senão de forma controlada, havia de observar os preceitos fundamentais daquela norma magna. E àquele conjunto de normas que disciplinariam, daquela hora em diante, o exercício do poder – que emana do povo, mas se exerce pelos dirigentes do Estado –chamou-se Constituição” (RAMOS, 2008, p.96)

Vislumbra-se, aqui, uma situação jurídica na qual cada um é submetido ao respeito do direito, do simples indivíduo até a potência pública, o Estado de Direito. A partir desta instituição, os mandatários políticos são submissos às leis promulgadas.

Neste sistema institucional, reitera-se, o poder exercido é limitado pela ordem jurídica vigente, que irá dispor, especificamente, desde a forma de atuação do Estado, suas funções e limitações, até às garantias e direitos dos cidadãos. Dessa forma, tanto Estado, quanto seus indivíduos são submetidos ao Direito.

O Estado, assim, não poderá impor suas vontades que não tiverem fixadas em lei, e nem poderá atuar contra as leis existentes. Dessa forma, o Estado deverá, além de acatar as leis, proteger sua população, concedendo-lhe segurança, e sendo eficiente na busca do bem comum.⁸

Destarte, se estabelece o Estado de Direito, onde “o poder político se encontra subordinado ou delimitado por um ordenamento jurídico, composto por normas objetivas disciplinadoras da atividade estatal”. (Ramos, Ano, p. XX)

2.3 Estado de Direito e Estado Democrático de Direito

⁸ Disponível em: (retirada do site <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=6367>)

Em uma primeira análise, pode-se chegar á conclusão de que o “Estado Democrático de Direito” é a simples junção de cada conceito destas palavras, dando-lhe um sentido.

Ou mesmo concluir que implantando-se a “democracia” no “Estado de Direito” surgiria o “Estado Democrático de Direito”. Como bem leciona J.A. Silva (2009, p.), referendo-se a evolução destes conceitos:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e a produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, [...]

Para entender, então, o significado real do instituto do Estado Democrático de Direito teremos que observar a evolução e as características de seus elementos componentes, para, no final, chegarmos ao conceito síntese e seu real significado.

O Estado de Direito surgiu em contra-partida ao Estado Absolutista, onde confundiam-se as figuras do governo, poder e da lei.

Através da influência das ideias iluministas, onde se erguia a bandeira da liberdade, e por isto também chamar este instituto de “Estado Liberal de Direito”, conseguiu a derrocada do absolutismo, marcando a passagem do poder das pessoas ao poder das leis.

Neste ponto, já podemos abstrair as características básicas do Estado de Direito: submissão ao império da lei; divisão de poderes (legislativo, executivo e judiciário); enunciado e garantia dos direitos individuais (Silva, 2009).

O Estado de Direito servia, assim, de apoio aos direitos do homem, mas, ao passar do tempo, isto se tona insuficiente, necessitando-se de uma evolução deste instituto.

É o que relata Verdú (apud J A Silva, 2009):

Mas o Estado de direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito

Nesta mesma ideia, acrescenta Ramos (2008):

Devido à rigidez e à inflexibilidade das regras, o positivismo jurídico se tornou a garantia do Estado de Direito (...) com a apropriação histórica dos valores liberais por setores cada vez mais amplos da sociedade e com as contradições do mundo aristocrático-burguês, a igualdade formal, por si só, acabou revelando-se uma garantia inócua.

É daí que surge o Estado Social de Direito, resultado da transformação do Estado Liberal clássico e, conseqüentemente, é parte do curso histórico Estado de Direito, incorporando os direitos sociais para além dos direitos civis.

Neste tipo de estado, o “qualitativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (VERDÚ, apud J.A. Silva, 2009).

Tratando do protecionismo econômico e desenvolvimento dos direitos sociais, Bonavides (1987, p.186) traz um apanhando destes, resumindo a articulação dos mesmos:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

Apesar de, no plano material, este tipo de estado buscar a criação de uma situação de bem-estar geral, garantindo o desenvolvimento da pessoa humana, verifica-se, ao longo da história, que este coaduna com regimes políticos antagônicos.

Disto podemos colher duas expressões deste mesmo estado, o Estado Social Ocidental, aquele modelo que defende as linhas mestras do capitalismo e para tanto considera apropriado constituir e defender alguns direitos trabalhistas e o Estado Social

Oriental, em que o desenvolvimento dos direitos sociais e trabalhistas fundamentais serviu de empuxo para se distanciar ideologicamente do modelo capitalista (MARTINEZ, 2004)

A tentativa de conformar o Estado Social de Direito com a possibilidade de realização material destes direitos não alcançou o sucesso esperado. É o que se observa, por exemplo, nos Estados Sociais da Alemanha nazista ou da Itália fascista, que nem sempre observavam o respeito às leis, ao devido processo legal e ao equilíbrio interpoderes (RAMOS, 2008).

Ao citar Sobrinho (2005, apud RAMOS, 2008, p.75), esta mesma nos revela dois momentos distintos e característicos do Estado de Direito:

Deste modo, o objetivo inicial do Estado de Direito era o da perspectiva de organizar a convivência pela juridicização; Inicialmente sob a forma de Estado Liberal - o Estado dos direitos da liberdade: da separação dos poderes, das formas de governo e dos direitos individuais, civis e políticos -, depois sob a forma de Estado Social - o Estado dos direitos da justiça: direitos sociais e o direito ao desenvolvimento.

Podemos assim concluir que o Estado de Direito, quer Liberal quer Social, nem sempre caracterizou o Estado Democrático, sistema que segundo Crosa (apud J. A. SILVA):

impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.

A jurisdição das forças políticas que disputam o controle do Estado e do governo está presente no Estado Democrático, assim como os possíveis interesses de relevo público ou global. (MARTINEZ, 2004)

A necessidade faz surgir a criação de um novo conceito, o Estado Democrático de Direito, que não se conclui da união formal dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, e sim os supera, incorporando um componente revolucionário de transformação do *status quo*. (SILVA, 2009)

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária

(art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturais e etnias e pressupões assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (Silva, 2009, p. 119/120).

Neste tipo de estado objetiva-se a aplicação da garantia ao respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

Habermans (1997c), Bedin (2007) e J. A. Silva (2000), (apud RAMOS, 2008), delineiam os principais traços do Estado Democrático de Direito contemporâneo: a soberania popular; o princípio democrático; a divisão de poderes; o Estado Constitucional; um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais; a garantia dos direitos humanos; órgãos judiciais, livres e independentes; democracia política, social, econômica e cultura com a promoção da justiça social; respeito aos direitos da pessoa humana e os expressa através de direitos fundamentais; observância dos princípios da igualdade formal e material, da legalidade e da segurança jurídica.

A relação entre o poder político e o ordenamento jurídico torna-se, no Estado Democrático de Direito, a ponte para a eficácia dos direitos que o fundam. (Ramos, Ano).

2.4 O ordenamento jurídico e o poder político no Estado Democrático de Direito e na democracia representativa

A democracia é um regime de governo em que o poder de tomar importantes decisões políticas está com os cidadãos (povo), direta ou indiretamente, por meio de representantes eleitos.

J. A. Silva (2009) o define traçando a intrínseca relação existente entre este instituto e os direitos fundamentais.

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas um meio e instrumento de realização de valores essenciais de

convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. (SILVA, 2009, p. 125/126)

Já na célebre definição de Lincoln, *democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo*.

Baseados neste conceito podemos concluir que neste sistema o povo é fonte e titular do poder, fundamentado na vontade deste e apoiado em seu consentimento, além de o mesmo ser o fim para a sua existência, garantindo a liberdade de toda imposição autoritária e o máximo de bem-estar e segurança.

No Estado Democrático de Direito a democracia revela-se como essência ao mesmo, figurando principalmente como garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Ora, em um Estado onde seu ordenamento jurídico funda-se nestes direitos, diferentemente não poderia agir.

Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais são uma dimensão essencial do Estado Democrático de Direito e uma referência essencial de legitimidade de uma ordem jurídica específica; também, que devem ser observados como um conjunto de normas constitucionais superiores, que obrigam o legislador a respeitá-las, sob pena de nulidade das próprias leis (BEDIN, 2007, apud RAMOS, 2008, p 85).

Vislumbra-se, além disto, duas acepções difusas da democracia no Estado Democrático de Direito: formal, no tocante ao respeito à legalidade, subordinando o poder ao direito; e material, caracterizado pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Destarte, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais mostra-se como pressuposto ao ideal de democracia constante no Estado Democrático de Direito.

A ideia de que “todo o poder emana do povo” é extraído da afirmação de que a democracia é o governo do povo. As formas pelas quais este mesmo povo participa do poder originam três tipos de democracia analisados por Silva:

Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica. *Democracia indireta*, chamada *democracia representativa*, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que ele periodicamente. *Democracia semidireta* é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo, nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a *democracia participativa*.” (SILVA, 2009, p. 136)

A Democracia representativa revela-se o principal modelo adotado entre os governos democráticos.

Neste tipo de democracia um grupo ou uma pessoa é eleita, normalmente por votação, para "representar" um povo ou uma população, isto é, para agir, falar e decidir em "nome do povo". Os "representantes do povo" se agrupam em instituições chamadas Parlamento, Congresso ou Assembléia da República.

O povo, então titular do poder, delega este a representante, muitas vezes por via de instituições eleitorais que visam disciplinar as técnicas de escolhas destes representantes, através de um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político.

Esta delegação se traduz na legitimidade herdada por aqueles que assumem o papel de governantes.

É caracterizada pela capacidade de um determinado poder para conseguir obediência sem necessidade de recorrer à coação que supõe a ameaça da força, de tal forma que um Estado é legítimo se existe um consenso entre os membros da comunidade política para aceitar a autoridade vigente.

Por conseguinte, fica delegado, também, a estes representantes, o exercício do poder, que, de acordo com os princípios que regem o Estado Democrático de Direito, deve expressar-se conforme determina o ordenamento jurídico legal, estando intimamente ligado a e delimitado por este.

Ocorre, porém, que estes mesmos governantes que devem se conduzir de acordo com o ordenamento jurídico nacional são os mesmos que detém o monopólio de produzi-lo, o que, de certa forma, leva-nos a concluir que a legitimidade da democracia representativa revela-se apenas formalmente, visto que a conformação da vontade dos governantes nem sempre se coaduna com a vontade dos que os escolhe.

No Estado Democrático de Direito o titular do poder político é o povo, que, preservando a qualidade de detentor, apenas delega seu exercício aos governantes. Se os governantes, no exercício de sua vontade política, produzem normas contrárias aos interesses dos representados, mas conformes com o ordenamento jurídico, não há, na prática, além da possibilidade de se recorrer ao judiciário, meio de conformá-las com estes interesses. Isto ocorre porque na ordem constitucional representativa não há *referendum*, ou meio de verificar a presunção de legitimidade desta vontade, senão por iniciativa do próprio governante. Pode-se afirmar, então, que não existe uma real legitimidade, mas apenas uma presunção de legitimidade, uma vez que o acordo de delegação de poderes é anterior à elaboração da norma. (RAMOS, 2008)

Conclui-se que na Democracia Representativa o povo não exerce o poder de fato, legitimando seu exercício a outros que, após o pleito eleitoral, nem sempre respeitam a vontade destes, o que faz com que a soberania popular fique condicionada aos interesses de uma minoria parlamentar que domina os indivíduos, que não são autolegisladores e livres, mas sim sujeitos obedientes às leis anônimas regidas pelo aspecto econômico ou por interesses antagônicos que dominam a esfera política.

Servindo apenas para a reprodução do sistema, o caráter instrumental do direito perde sua função integradora e a sua importância para o entendimento.

O ordenamento jurídico desliga-se das relações com a moral e a política, revelando a legitimidade no seu caráter formal.

Se a legitimidade do direito é formal, porque parte de uma pressuposição de legitimidade, conferida pelo processo eleitoral, pode-se também afirmar que sua validade também o é. Tal afirmação decorre do fato de que para que o Estado Democrático de Direito alcance seus objetivos o direito deve ser válido e legítimo. Para Habermas (1997a, v.1), por mais que a validade do direito positivo seja dada de maneira tautológica, apenas por procedimentos juridicamente válidos é a sua facticidade e validade social vão lhe conferir sentido. Em outras palavras, quanto mais eficaz a aceitação da norma entre os destinatários do direito (legitimidade), maior a validade social que o direito positivo adquire (facticidade). Essa validade social não pode ser imposta, nem tampouco manipulada, mas deve se basear na construção argumentativa que envolvam na discussão todos os atores sociais.” (RAMOS, 2008)

É neste ponto que Habermas (1997c) cria a razão comunicativa, como meio que confere a legitimidade a uma regra jurídica é sua fundamentação, dada por um processo legislativo racional e ou por uma ótica ética ou moral.

Destarte, com o fim de garantir a legalidade do comportamento de acordo com as regras do Direito, necessário se faz adotar este processo, que dará validade jurídica à norma desenvolvida.

O argumento constitucional de que cada pessoa é reconhecida em seus direitos pelas demais não é suficiente para garantir a eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, esse mandamento, assim como todas as demais normas do direito positivo, devem legitimar-se, não só através da legitimidade formal, mas através de um processo de legitimação real e material. (RAMOS,2008)

Sobrinho (2005), citando Habermas, acrescenta que os legisladores não devem legislar como sujeitos privados, mas como:

membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser seguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.

Deste modo, no ordenamento jurídico interno e na ordem internacional a legitimidade e eficácia do Estado Democrático de Direito decorre da associação entre democracia, direitos humanos, ordem jurídica e poder. O presente estudo se efetivará através da análise dos elementos concretizadores desta legitimidade, a ineficiência do poder institucionalizado deste mesmo Estado, e uma nova relação entre o povo, o poder, o Estado e a democracia através de um diálogo com o pensamento de Jürgen Habermas.

3 A DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 O conceito de Democracia procedimental

Para que tenhamos a compreensão do conceito de democracia procedimental, temos, antes, que analisarmos alguns institutos que viabilizarão a prática desta.

Primeiramente, Habermas propõe a sua “teoria do discurso”, onde sustenta que só tem legitimidade o direito que é formado a partir da discussão da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos.

Para isto, necessário se faz que estes mesmos cidadãos possuam, além dos mesmos direitos efetivamente, as mesmas condições de exercício destes direitos.

Segundo Habermas (1997, p. 234),

de acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis.

A partir da introdução deste primeiro conceito, podemos concluir que, para Habermas, a legitimidade do direito está interligada a própria criação do mesmo, onde os cidadãos tornam-se, ao mesmo tempo, destinatários e autores desse direito, lhe impondo maior legitimação e aceitação, decorrendo disto, menos conflitos na sociedade.

Desta forma o autor afasta a ideia de que para que tenha legitimidade, basta que o direito tenha sido criado obedecendo ao procedimento previsto na Constituição, tal como no positivismo jurídico.

Podemos, então, traçar as primeiras considerações a cerca da democracia procedimental, sendo esta um princípio que permite a formação discursiva da opinião e da vontade política, através de uma racionalidade normativa que procura construir uma normatização legítima do direito através do consenso. Desta forma, as leis, a

jurisprudência e as decisões de ordem política dependem de um processo de discussão e aprovação pública.

Portanto, a democracia procedimental acaba por condicionar a “legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto a todos e realizado de maneira razoável e racional.” (HABERMAS, 2003, p. 186)

Na medida em que a democracia procedimental privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos, independente do resultado a ser alcançado, conclui-se que a mesma funda-se na defesa do procedimento democrático.

Este princípio da democracia tem como objetivo construir um processo de normatização legítima do direito. Destarte, somente podem pretender “validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” (HABERMAS, v. 1, p. 145).

Segundo Habermas (2003, p. 145), o mesmo

destina-se a amarrar procedimentos de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente [...] O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis.

Já o princípio da soberania do povo evidencia o exercício verdadeiramente legítimo do poder, revelando um processo de produção social do direito. A “idéia de criação das próprias leis inspira também o processo de formação de uma vontade democrática, com o qual se consegue transferir uma dominação política para uma base ideologicamente neutra de legitimação” (BARBACENA, 2007).

No entanto, para que os sujeitos se entendam não só como destinatários, mas também como autores das leis, ou seja, para que a soberania política também seja garantida, é necessário aplicar o princípio do discurso, acima citado, na medida em que se torna necessário assegurar um espaço público discursivo procedimental para a atuação da autonomia política dos cidadãos.

Para se tornar um princípio da democracia, o princípio do discurso precisa ser institucionalizado juridicamente, deve ser erigido à condição de direito fundamental.

Segundo Habermas (1997, p.21):

a teoria do discurso, que atribui ao processo democrático maiores conotações normativas do que o modelo liberal, as quais no entanto, são mais fracas do que as do modelo republicano, assume elementos de ambas as partes, compondo-os de modo novo.

Continuando no mesmo diapasão, o filósofo afirma que :

a soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretenciosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia. (HABERMAS, 1997, p.24).

E ele prossegue,

como modelo liberal, as fronteiras entre ‘Estado’ e ‘sociedade’ são respeitadas; porém, aqui, a sociedade civil, tomada com base social de esferas pública autônomas, distingue-se tanto do sistema econômico, como da administração pública. Dessa compreensão da democracia resulta a exigência normativa de um deslocamento de pesos das relações entre dinheiro, poder administrativo e solidariedade, a partir das quais as sociedades modernas satisfazem suas necessidades de integração e de regulação. Aqui as implicações normativas são evidentes: a força social e integradora da solidariedade, que não pode ser extraída apenas de fontes o agir comunicativo, deve desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de processos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir os outros mecanismos da integração social – o dinheiro e o poder administrativo – através do *medium* do direito. (HABERMAS, 1997, p.22).

Os conflitos existentes no seio da comunidade são resolvidos sem violência a partir do momento que se adota a organização da sociedade é através do entendimento discursivo.

Sendo a democracia procedimental uma comunidade jurídica que se auto-organiza, este modelo discursivo de socialização torna-se meio para a diminuição da complexidade social pelo direito positivo (HABERMAS, 1997, p.24).

Baseada na teoria do discurso, a ideia da democracia procedimental tem como ponto de partida a imagem de uma sociedade descentralizada, no interior da qual os problemas sociais, econômicos, políticos e culturais são enfrentados (Habermas, 1997b, v. 2, p. 23).

Destarte, a democracia procedimental tende a substituir a imposição coletiva do direito, impondo a formação cooperativa da vontade e a aceitabilidade consensual e dialógica das normas jurídicas, repensando os paradigmas da democracia, e renovando seu potencial normativo.

3.2. A Democracia como o direito a um processo de participação no processo de discussão da formação da norma

Na busca de um meio e organização adequado para a efetivação e aplicabilidade da democracia procedimental, Habermas parte da concepção de uma compreensão de democracia segundo a qual importa levar em consideração as regras do jogo democrático que afetam a coletividade, além dos procedimentos aplicáveis.

Distinta de todas as outras formas autoritárias, a democracia, assim, é compreendida como uma forma de governo que se caracteriza através de uma série de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões envolvendo a coletividade, além dos tipos de procedimentos que devem ser aplicados para alcançá-las. (HABERMAS, 1997a, 1997b).

Desta forma, as democracias modernas preenchem um "mínimo procedimentalista", o que significa garantir (HABERMAS, 1997b, v. 2, p. 27):

- a) a participação política do maior número possível de pessoas privadas;
- b) a regra da maioria para decisões políticas;
- c) os direitos comunicativos usuais e com isso a escolha entre diferentes programas e grupos dirigentes;
- d) a proteção da esfera privada.

A crítica a esta conceituação do referido instituto alega que tal definição refere-se ao conteúdo normativo dos sistemas políticos das sociedades ocidentais contemporâneas, possuindo, tão somente, caráter descritivo.

Esta concepção não vislumbra uma compreensão genuinamente procedimentalista da democracia, já que não esgota o conteúdo normativo do processo democrático, no sentido da visão reconstrutiva da Teoria do Direito. Esta somente se efetiva quando o processo democrático institucionaliza a opinião e a vontade genuínas do povo. Habermas (1997a, 1997b).

O princípio da democracia, enquanto desempenha um papel de gerador de direitos positivos, deve ser, ele mesmo, institucionalizado através de um sistema que garanta a igualdade de participação no processo de legitimação dos direitos.

Significa dizer que para que o princípio do discurso se capacite a fim de gerar uma formação discursiva do direito deve, ele mesmo, ser, antes, um direito institucionalizado, transformado em norma jurídica com status constitucional. (RAMOS, 2008)

A institucionalização jurídica do direito legítimo elaborado pela formação discursiva do mesmo se faz necessário para garantir o caráter de “direito” a este, ou seja, garantir que o este venha a ser norma apta a produzir efeitos jurídicos no âmbito da estrutura normativa do Estado.

“A democracia não se realiza apenas na existência dos direitos, mas também no processo de participação popular na formação destes direitos” (RAMOS,2008). É neste ponto que observamos a crítica do autor ao processo democrático de compromisso sustentado nos direitos fundamentais.

Essa reflexão traz conseqüências para o entendimento da legitimidade e da soberania popular no contexto dos processos democráticos de formação política da vontade. (RAMOS,2008)

3.3 A Democracia Procedimental e a eficácia dos direitos fundamentais

O direito, no Estado Democrático de Direito liberal, é compreendido como legítimo quando inserido na produção normativa que o legislador, democraticamente

legitimado pelas eleições, estabelece como tal, respeitando todo o processo de sua produção institucionalizado juridicamente.

Isto significa dizer que a força legitimadora da forma jurídica não teria, neste sentido, qualquer ligação com a moral, já que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias.

Habermas (1997a, v.1, p.123), entretanto, afirma que

[...]as ordens estatais da sociedade moderna não podem tirar sua legitimação senão da idéia de autodeterminação. Com efeito, é necessário que os cidadãos possam conceber-se a qualquer momento como autores do direito ao qual estão submetidos enquanto destinatários [...]

A validade da norma, destarte, só existe quando esta é formulada através de um processo dialógico discursivo, não bastando apenas sua validade social, ou seja, o mero reconhecimento da justeza e adequação da norma. (Ramos, ano)

Segundo Habermas (1992), dois princípios devem ser observados para que se tenha a legitimidade da norma, que depende de sua validade.

Significa dizer que para uma norma se tornar válida ela deve ser produzida a partir de um princípio (ético-discursivo) de argumentação moral ou de discussão 'D' (Somente poderão manter suas pretensões de validade as normas aceitas por todos aqueles a quem ela diz respeito enquanto participantes num discurso prático) e por um princípio de universalização 'U' (as conseqüências e os efeitos oriundos, de forma previsível, do fato de que a norma foi universalmente observada na pretensão de satisfazer a todos, podem ser aceitos por todas as pessoas). (HABERMAS, 1992, p. 20)

Desta forma, a validade se liga à legitimidade no momento em que se compreende a legitimidade construída segundo um princípio de argumentação moral 'D' e por um princípio de universalização 'U'. Nisto consiste a diferença entre validade e vigência social. Se a aceitabilidade da norma se constitui através dos princípios 'D' e 'U' ela é válida, porque necessariamente legítima. Se a aceitabilidade não se constrói através destes princípios, mas é reconhecida por outros fatores, como por circunstâncias individuais, por exemplo, ela não poderia ter validade (uma vez ausente o processo discursivo), mas apenas vigência social. (HABERMAS, 1992, p. 22)

Na democracia representativa a legitimidade parte do processo de assentimento para que outro produza os atos concernentes à expressão do poder político.

Já na democracia procedimental, a legitimidade é vista pelo redimensionamento das esferas do poder, a começar pelo direito, para a legitimidade ativa, baseada num assentimento racional e crítico dos atos a serem produzidos.

O direito perde em integração social e deixa de espelhar os valores e anseios da sociedade a quem tutela, a partir do momento que fica Restrito ao âmbito dos parlamentos e instrumentalizado pela razão prático-instrumental, ela. Surge, então, uma tensão latente entre a facticidade e a validade do direito, ou seja, entre a obediência à norma e a sua aceitação. (RAMOS, 2008)

Quando a norma se constrói a partir de um consenso racionalmente motivado pelos sujeitos autores e destinatários do Direito, aí está presente a sua validade, ao contrário do que ocorre quando produzido pelas instituições do Estado e imposto pelo monopólio estatal da força (facticidade).

O cidadão, então, deve viver não somente para obedecer à lei por medo da coerção, mas pelo respeito que tem pela lei que é, também, de sua autoria e de todos os legisladores considerados autônomos e iguais. Neste sentido, o cidadão deve reconhecer na lei “a sua própria razão normalizada”. A obediência à norma se funda não apenas na coação jurídica, no medo de sua obediência, mas na compreensão de motivos racionais. (Ramos, 2008).

Complementa a autora:

Para Habermas (1997a, v. 1, p. 145), trata-se de “seguir as normas jurídicas com discernimento, condição *sine qua non* da racionalidade do direito que se dará através da razão comunicativa”.

Além dos direitos políticos já conhecidos na democracia representativa (direitos regulatórios do processo eleitoral), os cidadãos passariam a possuir também “direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.” (HABERMAS, 1997a, v.1, p. 159)

Significa dizer, “uma convivência humana fundamentada na autodeterminação e autolegislação dos membros participantes, da comunidade, reconhecidos como autores e

destinatários de direitos fundamentais resultantes de processos de comunicação normatizantes” (HABERMAS, 1997a, v. 1, p.165).

Partindo da idéia de que o direito torna-se mais eficaz na medida em que todos participam de sua elaboração, temos que esta norma se torna, também, mais legítima, já que quanto mais legítimo o direito maior o seu potencial de eficácia.

O princípio procedimental da democracia visa amarrar um procedimento de normatização (o que significa: um processo de institucionalização da formação racional da opinião e da vontade), através do caráter procedimental, que garante formalmente igual participação em processos de formação discursiva da opinião e da vontade e estabelece, com isso, um procedimento legítimo de normatização. Nesse caminho via procedimento e deliberação, que constitui o cerne do processo democrático, pressupostos comunicativos de formação da opinião e da vontade funcionam como a “eclusa” mais importante para a racionalização discursiva das decisões no âmbito institucional. (LUBENOW, 2010, p. 234)

A legitimidade da norma encontra guarita na própria elaboração da mesma, baseada na formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem estes direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de democracia procedimental pensado por Habermas parte de um paradigma estabelecido entre a eficácia e a legitimidade da norma jurídica. Neste sentido, quanto maior a legitimidade de uma norma, maior a sua eficácia. De igual modo, seu potencial de eficácia eleva-se já que baseia-se, também, na formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos. Agora, as normas são validadas pelos próprios indivíduos através de um ato de livre assentimento.

Podemos, então, aplicar este modelo de eficácia e legitimidade da norma apresentado pela democracia procedimentalista aos direitos fundamentais, na busca de sua efetivação e maior validade no âmbito jurídico e social.

Diante da possibilidade de as leis terem assentimento de todos os integrantes no processo de normatização discursiva, podemos evidenciar mais legitimidade e maior potencial de eficácia aos direitos fundamentais.

Sendo o direito fundamental o direito humano reconhecido e positivado na esfera constitucional de um determinado Estado, carregando em seu cerne os direitos e liberdades básicas de todos os seres humanos, necessário se faz a busca por um mecanismo que lhe garanta maior legitimidade e eficácia.

É, como já demonstrado, na democracia procedimental que podemos apreciar tal mecanismo, isto porque este substitui o caminho da imposição coletiva do direito pela formação cooperativa da vontade e pela aceitabilidade consensual e dialógica das normas jurídicas.

O direito é, então, operacionalizado não pelas forças de uma sociedade de mercado, nem pelas medidas do Estado de bem estar social, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas provenientes da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos deliberativos democráticos de participação.” (RAMOS,2008)

Outra conclusão oriunda desta análise é a de que o modelo de democracia que legitima o Estado Democrático de Direito é o procedimentalista, fundamentado na política deliberativa.

Habermas propõe, uma democracia radical, capaz de sustentar e conservar o Estado de Direito, rompendo com a ideia tradicional da ordem jurídica estabelecida através da força.

Esta democracia demonstra que quanto mais eficaz é a aceitação da norma entre os destinatários do direito, maior a validade social que o direito positivo adquire.

Destarte, observa-se no trabalho de Habermas, o resgate do sentido da legitimidade popular, conferindo um *status* privilegiado à ideia de solidariedade e democracia.

A partir da sua de Estado Democrático de Direito, este autor ultrapassa o liberalismo e o republicanismo estabelecendo um paradigma que demonstra que direitos humanos e soberania popular fazem parte de um mesmo sistema.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz e KOZICKI, Katya. **Democracia Procedimental e Jurisdição Constitucional.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/estefania_maria_de_queiroz_barboza.pdf. Acesso em 16 set. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOBBIO, Norberto. **As Teorias das Formas de Governo.** 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 7 out. 2010.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk. LORENZON, Caroline. **Prolegômenos sobre a democracia em Jürgen Habermas.** Pensar, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 87-94, jan./jun. 2008.

COMPARATO, Fábio Ronder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 5 ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

COMPARATO, Fábio Ronder. **Sentido Histórico da Declaração Universal.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/konder.htm>. Acesso em 2 out. 2010.

DOS SANTOS, Vanessa Flain. **Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 8, 28/02/2002 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2061. Acesso em 23 nov. 2010.

CREMONESI, Dejalma. **Conceitos Gerais do estado.** Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos915/conceitos-gerais-estado/conceitos-gerais-estado2.shtml>. Acesso em 3 dez. 2010.

FALCONI, Francisco. **Diferenças entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.** Disponível em: http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1573&Itemid=44. acesso em 27 de Nov. 2010.

FILHO, Agassiz de Almeida; ROCHA, Danielle. **Estado de direito e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Vol II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico. Estudos Filosóficos**. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002.

LUBENOW, Jorge Adriano. **Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos**. Kriterion, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, June 2010 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 Set.. 2010.

MARTINEZ, Vinícios. **Estado de Direito Social**. Disponível em: HTTP://<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5494/estado-de-direito-social>. Acesso em 15 ago 2010.

MARTINEZ, Vinícios. **Estado Democrático**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5494/estado-de-direito-social>. Acesso em 15 ago 2010.

PENIDO, Laís de Oliveira. **As aporias dos Direitos Fundamentais e a sua incorporação na institucionalização do Estado Democrático de Direto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Consitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. Brasília: a. 42 n. 167 jul./set. 2005. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/794> > Acesso em: 15 maio 2008.