

# Direitos Humanos e soberania popular

*Clélia Aparecida Martins<sup>1</sup>*

**Resumo:** O texto é uma análise sobre a corrente crítica à relação entre direitos humanos e soberania popular no século XX, uma interpretação segundo a qual direitos humanos significam cada vez mais intervenção estatal e, em concomitância, seguem uma proceduralização da democracia. Ao contrário dessa posição, constatamos que direitos humanos, no momento atual, são impensáveis sem planejamento estatal, sem experts e funcionários estatais para efeito de sua implementação. Isso, se compromete a idéia clássica de soberania popular que supõe legislação política por parte do povo, não a anula de fato: desde que não se pretenda manter a pureza clássica desse conceito, não parece ser incoerente pensar os direitos humanos, quando garantidos pelo Estado, como um meio, provavelmente o mais importante, de consolidação da vida democrática de um povo. Logo, se a concretização dos direitos humanos não admite ou não é acompanhada pela legislação do povo, é inegável, contudo, que é uma potencializadora de sua expressão, com o que, em decorrência, a relação entre Estado e sociedade civil não se manterá estática, podendo sofrer influências dos portadores de direitos.

**Palavras-chave:** direitos humanos – soberania popular – Estado – sociedade civil – democracia.

O objeto de análise deste texto é a relação entre direitos humanos e soberania popular. O pressuposto básico que o norteia é que há uma interdependência entre ambos, a qual sobrevive mesmo com a mundialização das economias (globalização) e com a burocratização dos Estados e do próprio direito. Na primeira parte exporemos uma crítica que

---

<sup>1</sup> Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP-Marília. E-mail: cleliamartins@bol.com.br

essa relação sofre no período atual. Numa etapa subsequente, delimitaremos conceitualmente a relação aqui focada e a abordaremos a partir da teoria do discurso, cuidando para que os direitos humanos não reivindiquem “um primado sobre a soberania popular”, nem esta sobre eles (Habermas 2, p. 301; trad. p. 293). Por fim, com base no já referido pressuposto, trataremos de demonstrar como aquela interdependência é sustentada nos tempos atuais, e de apontar uma implicação disso, a saber, a impossibilidade de endossar posições saudosistas ou reivindicadoras de um retorno ao século XVIII.

## I

Uma das mais contundentes críticas à relação entre soberania popular e direitos humanos é tecida por Igenborg Maus. Sua crítica a esta relação foca, principalmente, o conceito de soberania popular, o qual, segundo ela, “não é algo idêntico a monopólio estatal do poder, e sim o contrário disso”, ou seja, soberania é soberania “na mão do povo”, cabendo-lhe “função idêntica à da legislação”, a qual “compete exclusivamente ao povo, isto é, aos não funcionários do monopólio do poder, tanto que todo emprego do poder estatal deve ser controlado por meio do vínculo da lei com o aparato de Estado e dirigido simplesmente pela base social” (Maus 6, p. 285).<sup>2</sup>

Entrementes, Maus entende que, na realidade atual, prevalece um contexto bastante diferente desse, mantendo-se o princípio de soberania referido não ao povo mas sim “à dicotomia entre funcionários políticos e não funcionários”, embora tal princípio ainda esteja vinculado a “duas correntes assimétricas contrárias”, sobre as quais deve-se “fundamentar o *continuum* entre os direitos humanos e a soberania popular em geral”: uma relativa à “subordinação de todos ao monopólio do poder estatal (desarmamento da sociedade)”, e outra corrente referida à

<sup>2</sup> Faremos uso aqui do texto de Maus de 1999, porém, cabe observar que a interpretação constante nele não destoa da presente em outros de sua autoria, tais como: *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994); *Freiheitsrechte und Volkssouveränität – Zu Jürgen Habermas' Rekonstruktion des Systems der Rechte (Rechtstheorie, 26, p. 507-562, 1995); Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel der Institutionen (in *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*. München: Wilhelm Fink, 1986, p. 322-323).*

“subordinação do aparato de Estado à soberania legisladora do povo”, daí por que a “assim denominada democratização do direito de escolha, no momento que se impõe com direito à voz universal e igual, ocorre prontamente a favor do princípio de soberania popular” (Maus 6, p. 290). No entanto, enquanto “fator de estrutura formativa das constituições modernas”, a soberania popular é “limitada” de tal modo “que desaparecem seus elementos oriundos da consciência coletiva”, e com isso “como princípio da alocação do poder político” ela acaba por não ter

força, tanto que não é mais restaurada por meio de permanentes e grandes inclusões da população e nem mesmo por meio da introdução de procedimentos diretos democráticos (cujas produções legais tampouco podem se vincular ao aparato de Estado) (Maus 6, p. 290).

Como “não existe uma base social ampla” que possa “controlar democraticamente um monopólio do poder instituído para a efetivação dos direitos humanos,” então o “*continuum* entre direitos humanos e soberania popular é elevado por meio de uma globalização da política” e “são usurpados em igual medida, pela centralização global, a concretização social específica dos princípios universalistas dos direitos humanos e a faculdade de auto-organização democrática” – fenômeno sobre o qual a Declaração dos Direitos Humanos da ONU exerceu certo papel – tanto que “o processo de autonomia de aprendizado das populações no sentido de um direito de autodeterminação do (Estado)-Povos é percebido hoje... como um fato de estorvo para a imposição sem atrito dos direitos humanos”, e, no lugar desse processo de aprendizagem, o que se tem é a “institucionalização de uma política mundial” de direitos humanos, cujo significado é o isolamento e a destruição da relação entre eles e a soberania popular (Maus 6, p. 292).

Para Maus também as leis básicas constitucionais inserem “os direitos fundamentais como armas contra o princípio da soberania popular”; no caso alemão, a “resolução das leis fundamentais diz: proteja os direitos básicos do povo contra o povo por meio do Tribunal Constitucional

da República”, ou seja, há um fenômeno em que aquela clássica concepção de soberania, vinculada ao povo, perdeu seu sentido de ser, posto estar agora nas mãos do poder judiciário, e a esse processo de “transição de um elemento central da soberania popular para a justiça, como prova a quase religiosa veneração ao Tribunal Constitucional da República” nada há que bloqueie ou resista: o consentimento da população é total, tanto que “a ‘independência’ da justiça – como também a liberdade de resistência no tratamento com os textos da lei e da constituição – e em geral o domínio do sistema político pela justiça constitucional da república” são aceitos pela população “como substitutos da democracia” (Maus 6, p. 280). Desse modo, temos que o “predomínio dos direitos fundamentais em todos os discursos presentes do direito, está diretamente ligado à decadência de sua perspectiva de liberdade”, já que tanto “na prática atual das constituições, como na política internacional dos direitos humanos” eles são efetivados “de modo contrário a todos os princípios clássicos do direito” (Maus 6, p. 289).

Maus partilha certa posição corrente (na qual também podem ser incluídos Hubber, Böckenförde, Ridder, Preuss) segundo a qual, no século XVIII, não havia tensão entre soberania popular e direitos humanos, pois aquela era entendida como *conditio sine qua non* da garantia desses. Já no século XX, o desenvolvimento das constituições se consumou no nível internacional, simultaneamente com a destruição dos princípios clássicos do direito, retratada principalmente com a decadência das perspectivas do direito à liberdade, fenômeno que tem relação com a maior presença e domínio dos direitos básicos em todos os discursos contemporâneos do direito. Com isso teve-se a dissolução da relação entre direitos humanos e soberania popular, o que significou, em relação à percepção de direitos à liberdade, o controle das bases sociais pelo aparato de Estado e a imposição de sua perspectiva a esse respeito. Como os direitos fundamentais já não são mais defendidos “pela soberania democrática, mas garantidos pela expertocracia da justiça de um tribunal superior”, acaba por se perder, de fato, a “dimensão da liberdade, que devia ser protegida pelo conceito clássico de democracia oriundo da *Aufklärung*”, sendo os indivíduos tão-somente o “material da efetivação dos direitos fundamentais praticada pelo Supremo Tribunal” (Maus

6, 282, 292). Daí, conforme Maus, o século passado ter sido caracterizado pela destruição da relação entre direitos humanos e soberania popular, pelo que se torna compreensível o fato de agora a garantia de liberdade não estar “ligada, segundo a teoria da soberania popular... ao antagonismo entre poderes parcialmente soberanos, mas ao antagonismo entre soberania legislativa do povo e soberania legal,” entendida esta como “a concentração estatal do poder pelo aparato manipulador do Estado em geral...” (Maus 6, p. 286).

Devido aos direitos humanos fundamentais terem perdido seu fim de defesa, a “partir de seu vínculo com a realização, como sempre ensaiada, do princípio de soberania popular”, eles existem “como normas de consentimento” para o exercício da política, e nisso também está resumida a atual problemática das constituições, visto que “o judiciário e o executivo usurpam a base da argumentação supra-positiva legal, ou, em geral, perseguem as estratégias de resolução legal”. Sendo assim, em vez da base social controlar o aparato de Estado, ocorre justamente o contrário, “ela é controlada a partir da perspectiva do aparato estatal...” (Maus 6, 289, 282-283). Somado a isso, dado que a “política do Estado-social paternalista” (tal como ele ainda existe como Estado social), de Estado de segurança e de prevenção “pode apenas levemente prescindir da mediação do consenso,” então o “executivo exerce sua auto-procuração por meio da ‘política de direitos fundamentais’” (Maus 6, p. 282).

Num movimento circular, o que ocorreu no interior do Estado potencializa-se no nível internacional: tem-se a promoção dos direitos humanos por um executivo mundial, voltado à imposição deles por meio de um controle democrático. Esse fenômeno, estendido para além dos âmbitos de cada país, na dimensão internacional, representa uma política global de direitos humanos, pela qual tem-se a definição de direitos à liberdade como meras normas de permissão, e que os isola do monopólio estatal do poder (Maus 6, p. 279). Tal linha de interpretação conclui que direitos humanos significam cada vez mais intervenção e, em concomitância, seguem uma proceduralização da democracia (Maus 6, p. 292).

Essa concepção crítica da soberania popular, subordinada ao aparato administrativo estatal no âmbito nacional e a um poder executivo mundial, não está presente apenas na visão de Maus. Também no pensamento de Habermas ela existe:

direitos de liberdade e participação podem significar igualmente a renúncia privatista de um papel de cidadão, reduzindo-se então às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências. A síndrome do privatismo da cidadania e o exercício do papel de cidadão na linha dos interesses de clientes tornam-se tanto mais plausíveis, quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistemático próprio, empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização (Habermas 3, p. 105, trad. p. 109, v. I).

Tem-se, desse modo, a “tensão entre um alargamento da autonomia privada e cidadã, de um lado, e a normalização... do gozo passivo de direitos concebidos paternalisticamente, de outro”, tensão esta que “está introduzida no próprio status de cidadãos das democracias de massa do Estado social” (Habermas 3, p. 105, trad. p. 109, v. I).

No entanto, como veremos mais detalhadamente no tópico seguinte, para Habermas essa problemática não impede a existência da relação entre soberania popular e direitos humanos. Já Maus, ao contrário, parte precisamente de tal problemática para concluir a inexistência de tal relação.

## II

A teoria habermasiana do discurso pretende explicar como os direitos humanos surgem da vontade do legislador soberano democrático. O princípio da soberania popular expressa-se nos direitos à comunicação e à participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos, com o que é estabelecido um procedimento que, a partir de suas

características democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Esse nexos interno existente entre os direitos humanos e a soberania popular consiste em que aqueles institucionalizam as condições de comunicação para formar a vontade pública de maneira política e racional, porquanto por serem “direitos humanos que *possibilitam* o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição” (Habermas 2, p. 300, trad. p. 292). Ademais, a validação da soberania popular “provém das interações entre a formação da vontade institucionalizada de maneira jurídico-estatal e as opiniões públicas culturalmente mobilizadas”, sendo a base dessas interações localizada nas associações “de uma sociedade civil igualmente distante do Estado e da economia” (Habermas 2, p. 291, trad. 283).

Para “fazer jus à intuição de *equi*primordialidade entre os direitos clássicos de liberdade”, que garantem a autonomia privada dos cidadãos, e “os direitos políticos do cidadão”, isto é, os direitos de comunicação e participação que asseguram o exercício da autonomia política, foi necessário a Habermas tornar mais precisa a “tese de que os direitos humanos possibilitam a práxis de autodeterminação” dos cidadãos (Habermas 2, p. 298-300, trad. p. 290-292). Ora, a possibilidade de precisão dessa tese inviabiliza a interpretação sobre a quebra da relação entre soberania popular e direitos humanos na contemporaneidade:

Nas sociedades complexas, com sistemas parciais diferenciados horizontalmente e interligados, o efeito protetor dos direitos fundamentais não atinge apenas o poder administrativo, mas também o poder social de organizações superiores. Além do mais, o efeito protetor não pode mais ser entendido como algo meramente negativo, como defesa contra ataques, uma vez que fundamenta também pretensões a garantias positivas (Habermas 3, p. 301-304, trad. p. 305-308, v. I).

Uma vez que os direitos humanos não se impõem à vontade soberana do povo, já que são deduzidos dos procedimentos do discurso e não estão à disposição do legislador ou dependem de seu arbítrio, eles

surtem como condições de possibilidade do sistema jurídico a partir das quais é possível o próprio sistema de direitos (Habermas 2, p. 301, trad. 293). Com isso, a vontade institucionalizada de maneira jurídico-estatal exige necessariamente que o “sistema de direitos” deva ser concretizado por meio das “realizações de um Estado que dirige reflexivamente, que prepara infra-estruturas e afasta perigos, que regula, possibilita e compensa” (Habermas 3, p. 304, trad. 306-307, v. I), haja vista o processo democrático ter como base “a suposição de racionalidade” que se apóia necessariamente “em um arranjo comunicativo muito engenhoso: tudo depende das condições sob as quais se podem institucionalizar juridicamente as formas de comunicação necessárias para a criação legítima do direito” (Habermas 2, p. 300, trad. p. 291).

Mediante os discursos racionais, os próprios cidadãos podem participar no processo de elaboração das normas como autores do direito ao qual se submetem, posteriormente, como destinatários. Com isso, a idéia de soberania popular existe atrelada a de intersubjetividade: “as próprias formas de comunicação, que tornam possível a formação discursiva de uma vontade política racional, necessitam de uma institucionalização jurídica” (Habermas 3, p. 670, trad. p. 315, v. II), e isso tanto indica a complexidade que envolve a relação entre soberania popular e direitos humanos, como também aponta para o fato de estarmos em um círculo: aquele mesmo processo democrático referido é que confere força legitimadora ao processo de criação do direito e decorrente legitimação dos seus princípios.

Daqui pode-se depreender que se a idéia de uma autolegislação, segundo a qual os destinatários das leis devem se entender ao mesmo tempo como seus autores, for posta em relação ao texto de uma Constituição, que podemos compreender no sentido da realização de uma sociedade justa, então ela ganha a *dimensão política* de uma sociedade *que atua* sobre si mesma (Habermas 2, p. 86, trad. 102).

Por conseguinte, nesse tipo de interpretação, tal como no de Maus, a idoneidade dos direitos básicos forma um *continuum* (Blanke 1, p. 516) com o princípio de soberania popular; *continuum* este baseado numa harmonia entre liberdade de ação e direitos democráticos de existência política, com a qual fica garantida tanto a soberania popular como

também a possibilidade de constituição de um gradual processo político de exercício democrático: de um lado, “tem que haver uma coletividade de cidadãos, que possa ser mobilizada em favor da participação em processo de formação política da opinião e da vontade visando ao bem-estar comum” (Habermas 2, p. 88, trad. p. 105), de outro, a exigência da identidade do sujeito coletivo da possível autodeterminação e auto-influênciação é preenchida pelo Estado territorial soberano do clássico direito dos povos, que fixa a nação e a ordem do poder; donde: “Observando-se normativamente, calcar o processo democrático em uma cultura política comum não possui o sentido excludente de efetivação de um modo de ser próprio nacional, mas antes o sentido *inclusivo* de uma prática de autolegislação que engloba igualmente todos os cidadãos” (Habermas 4, p. 112-113, trad. p. 93-94).

Eis a sociedade que atua sobre si mesma: “o caráter auto-referencial da autodeterminação e da auto-influênciação política do sujeito coletivo tem que ser claramente definido, a fim de ser possível atribuir-lhe decisões coletivas com teor obrigatório” (Habermas 5, p. 88, trad. p. 105). E se para tanto não se pode ignorar o aparato administrativo-estatal, visto nessa perspectiva outro pré-requisito para o processo de regulação democrática ser a existência de “um contexto econômico e social no qual uma administração democraticamente programada possa produzir serviços de organização e de direcionamento legítimos”, igualmente não se trata de uma negação da política, afinal, para que haja o convívio em sociedade e o exercício da influência política nas condições de vida dessa sociedade por parte dos cidadãos não se prescinde de um “aparelho político competente que auxilie na implementação de decisões obrigatórias que atingem a coletividade” (Habermas 5, p. 88, trad. p. 105). Trata-se, pois, de ir constituindo um Estado sem soberano e de colocar a política nos seus devidos termos, isto é, não esquecer sua dependência do direito, visto que, pelo *medium* do direito ela deve comunicar-se com todos os campos de ação legitimamente ordenados, na diversidade estrutural e diretiva deles, não obstante ela mesma, política, nada mais ser que um “lastro reserva” na solução de problemas que possam vir a ameaçar a interação social (Habermas 3, p. 292, trad. p. 284). Somado a isso, em sociedades complexas não se deve esperar muito de virtudes

cidadãs já que, ao fim e ao cabo, o sistema jurídico tem como finalidade justamente desobrigar os cidadãos de tais exigências excessivas. Então, a carga de legitimação das normas jurídicas depende de um modelo de sistema político que deve institucionalizar-se de tal modo que libere os cidadãos do “civismo exagerado”, como diz Habermas, na medida em que confia a fundamentação do direito às condições do próprio procedimento legislativo, sem que isso dispense o recurso às expressões, quer sejam oriundas de esferas públicas formais, quer sejam oriundas de informais, de uma população acostumada à liberdade e à participação social, pelo menos em questões pontuais.

Logo, a partir desse prisma, o óbice que surge não se deve, como pensa Maus, ao papel do Estado, muito pelo contrário, posto aqui se tratar da interpretação de uma sociedade legal e da institucionalização da economia como separada do Estado, entendido este como “esfera do desenvolvimento do bem-comum” que deve permanentemente deixar os “efeitos espontâneos dos mecanismos de mercado” (Habermas 3, p. 484, trad. p. 138-139, v. II). O problemático é que a ação da cidadania, devido a qual se domestica constitucionalmente o poder, esbarra no *deficit* de legitimidade democrática oriundo de tratados intergovernamentais acompanhados de crescente necessidade de coordenação e que simultaneamente pretendem dissimulá-la, e apesar de ser verdade que a inserção institucional do Estado nacional “numa rede de acordos e regimes transnacionais pode criar, em alguns anos de política, equivalentes para competências perdidas em nível nacional”, temos que “quanto mais freqüente e importantes as matérias reguladas por meio de negociação interestatal, tanto mais decisões serão subtraídas de uma formação democrática da opinião e da vontade, as quais normalmente dependem de arenas nacionais” (Habermas 5, p. 90-91, trad. p. 107-108). Não se trata então de um Estado mínimo ou de um Estado maximamente potencializado, onipresente, mas de um Estado eficiente socialmente, capaz de se livrar da atual situação que o torna cada vez mais emaranhado nas interdependências da economia e da sociedade mundial, impondo-lhe a perda, não somente em termos de autonomia e de competência para a ação, mas também de substância democrática, já que a pressão nas

arenas nacionais não tem ressonância nos acordos internacionais (Habermas 5, p. 90-91, trad. 107-108).

Mas se é assim, se o problema não é mais a onipresença do Estado e sim sua fragilização, a ameaça ao próprio papel que ele deve desempenhar, então ele, construído sobre a administração, pode ainda que minimamente conseguir satisfazer a exigência pragmática da eficácia política e manter a relação entre soberania popular e direitos humanos? Como vimos, para Maus não. Mas de Habermas podemos inferir dois tipos de resposta a tal questão.

A resposta é positiva porque, pela ótica habermasiana, a crítica ao monopólio estatal não procede: graças a uma grande realização civilizadora, o Estado constitucional democrático consegue agir como um domesticador jurídico do poder político, com base na soberania de sujeitos reconhecidos por um direito internacional. A resposta, porém, é negativa se for levado em consideração o diagnóstico habermasiano dos fatos presentes, pois aí ele admite que a globalização em muito delinea o perfil das políticas públicas garantidoras de direitos humanos, sendo que ora esse perfil assume feições paternalistas, ora formais, abstratas, como se fosse possível sustentar a aplicação deles de modo distante das suas (da globalização) determinações “do trânsito e da comunicação, da população econômica e de seu financiamento, da transferência de tecnologia e poderio bélico, em especial dos riscos militares e ecológicos”, fenômeno que “nos coloca em face de problemas que não se pode mais resolver no âmbito dos Estados nacionais, nem pela via habitual do acordo entre Estados soberanos” (Habermas 2, p. 129-130, trad. p. 123).

Desse prisma, a crítica de Maus ao direito, como um elemento senão demolidor, porém bloqueador da relação entre soberania popular e direitos humanos, não procede. Muito mais que a relação entre funcionários e não-funcionários, como ela quer, o que parece necessário focar é a falta de uma administração competente (e a relação entre tal administração e a sociedade civil é que garante mecanismos viabilizadores da autolegislação, leia-se, da soberania popular) para assegurar permanentemente e sem desvios a implantação dos direitos humanos, uma vez que a questão é precisamente *a deriva em que se encontra o Estado perante o capital*.

Um capital que está atrás de novas possibilidades de investimento e de lucros especulativos não se submete à obrigação de se fixar numa nação, transitando livremente para cá e para lá. Por isso, sempre que um governo, tendo em vista o jogo da demanda, os padrões sociais ou a garantia de emprego, sobrecarregar demais a praça ou sede nacional, o capital pode ameaçá-lo, utilizando-se de suas opções de saída (Habermas 5, p. 91-92, trad. 109).

O capital, contudo, tem seus limites, não é absoluto. Apesar de ninguém questionar “o fato de que os mercados exercem uma função de descoberta e de orientação”, não se deve ignorar que “eles só reagem a mensagens codificadas na linguagem dos preços. Isso significa que são surdos em relação aos efeitos externos que eles mesmos geram em outras esferas” (Habermas 5, p. 85, trad. p. 101). Ora, pode-se então depreender que se a surdez dos mercados é o limite deles, para a cultura política de qualquer povo tal limite pode ser a oportunidade de superação do *deficit* democrático de legitimação, haja vista a lacuna, em termos sociais, que pode surgir de tal ensurdecimento. Em sendo assim, esse limite dos mercados só tende a beneficiar a relação entre soberania popular e direitos humanos.

Essa observação pode parecer ingênua, contudo, não há razão para o derrotismo se contarmos como exemplo um conhecido dado histórico, a saber, que a consciência nacional e a solidariedade civil dos Estados europeus do século XIX – as primeiras formas modernas de uma identidade coletiva – foram geridas lentamente, com o auxílio de uma historiografia nacional, da comunicação de massa e do serviço militar obrigatório (Habermas 5, p. 102, trad. p. 121). E, se essa forma artificial de uma solidariedade entre estranhos se deve a um impulso abstrativo, histórico, o qual leva uma consciência local e dinástica a transformar-se numa consciência nacional democrática, por que não admitir que, de modo semelhante, um processo de aprendizagem simultâneo à “surdez” dos mercados pode ser perseguido dentro e para além de fronteiras nacionais?

Esse processo de aprendizagem deve preencher o vácuo deixado pela dita surdez. Pensar em como isso possa ocorrer implica em considerar que a sobrevivência da relação entre soberania popular e direitos humanos exige ir além de si mesma, exige uma solução à questão da aparição de legitimidade por meio da legalidade, a qual requer explicar como na esfera pública pode-se exercer o poder comunicativo e influenciar na formação do poder administrativo gerado pelas instâncias do Estado democrático de direito, ou seja, como é possível a política deliberativa. Aqui, percebe-se um ponto de concordância entre Habermas e Maus, a qual, apesar de seu diagnóstico negativista, entende que “não se deve trilhar o terreno da soberania popular somente a partir dos direitos fundamentais”, pois, continua ela, dois “elementos, esfera pública e soberania popular, são integrantes constitutivos do conceito de democracia da *Aufklärung*” (Maus 6, p. 283).

O foco então se desloca da participação quantitativa? Não necessariamente, mas em relação ao princípio de soberania popular, como também diz Maus, “não se trata – para desmentir um corrente mal-entendido – de um princípio de extensão quantitativa da participação democrática, que se manifesta de modo habitual na igualização do direito de escolha...” (Maus 6, p. 285). Precisamente devido ao fato de a soberania popular não ser uma instância formal, senão conectada em profundidade com valores básicos, invioláveis, como, por exemplo, é o valor da liberdade, ou seja, porque a liberdade se situa acima da legalidade e pode e deve incidir nela, é possível hoje falar de uma crítica da legalidade, de democratização da mesma, e em definitivo, de uma ampla deslegitimação dela quando não sintonizada com a liberdade democrática, o que justamente ocorre no interior da esfera pública, mas não se fala aqui necessariamente de uma participação quantitativa nesse processo legal. Como não podemos “reduzir a política deliberativa dos cidadãos e de seus representantes aos pareceres de especialistas” (Habermas 5, p. 91n., trad. p.108 n.), temos que

a autocompreensão normativa da política deliberativa exige *para a comunidade jurídica* um modelo de coletivização social; esse mesmo modo de coletivização social, porém,

não se estende ao todo da sociedade em que *se aloja* o sistema político constituído de maneira jurídico-estatal. Também em sua autocompreensão, a política deliberativa continua sendo elemento constitutivo de uma sociedade complexa... (Habermas 2, p. 291, trad. p. 283-284).

O elemento diferenciador constante nessa forma de interpretação e ausente nas demais é que, aqui, para a idéia de soberania popular, “o sistema político não é nem o topo nem o centro da sociedade, nem muito menos o modelo que determina sua marca estrutural, mas sim *um* sistema de ação ao lado dos outros” (Habermas 2, 291-292, trad. p. 283-284). Não é mais na espontaneidade da coletividade que se concentra a soberania popular, mas na circulação de consultas e decisões racionalmente estruturadas. Trata-se de uma soberania popular que se tornou anônima, e que, para conferir validação a si mesma, se abriga no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais. Dessa perspectiva, a soberania “não precisa se concentrar no povo de forma concretista”, pois o “*si-mesmo* da comunidade jurídica que se organiza desaparece em formas de comunicação isentas de sujeitos, as quais regulam o fluxo da formação discursiva da opinião e da vontade de modo que seus resultados falíveis guardem para si a suposição de racionalidade” (Habermas 2, p. 299, trad. p. 291-292).

### III

Ao diagnóstico de Maus, exposto na parte inicial deste texto, cabem duas observações. Primeiramente, há que se considerar que esse ceticismo pode indicar uma oculta supervalorização do poder estatal. Nisso a autora não só apresenta uma visão fetichizada de ambos, do poder e do Estado, mas parece seguir a visão dominante no senso comum que permeia os sistemas da economia e da administração, visto tal visão ter “a tendência de fechar-se contra seus mundos circundantes e de obedecer unicamente aos próprios imperativos do dinheiro e do poder administrativo. Eles rompem o modelo de uma comunidade de direito que se

determina a si própria, passando pela prática dos cidadãos” (Habermas 3, p. 105, trad. p. 109-110, v. I). Em segundo lugar, é preciso concordar com a análise de Habermas sobre Maus: ela

teme, de um lado, que a justiça intervenha em competências legislativas para as quais ela não possui uma legitimação democrática e que ela promova e confirme, de outro lado, uma estrutura jurídica flexível, a qual vem ao encontro da autonomia dos aparelhos do Estado – de tal modo que a legitimação democrática do direito também pode ser solapada por este lado (Habermas 3, p. 300, trad. p. 305, v. I).

Tal temor certamente deve-se a um diagnóstico negativo da realidade presente, o qual, por sua vez, deve-se provavelmente a uma aspiração à preponderância de um civismo exagerado, e que por isso mesmo, se vê frustrado na interpretação da relação entre soberania popular e direitos humanos.

Nossa apresentação crítica da crítica de Maus e apoio à interpretação de Habermas no que diz respeito à temática deste texto, não significa, porém, uma crítica à crítica ao Estado, tampouco uma apologia do papel dele ou uma defesa da concepção que não prescinde desse papel para pensar a relação em foco.

Obviamente toda nova obrigação imposta ao Estado em nome do respeito aos direitos humanos só pode aumentar-lhe os encargos e, por conseguinte, também as obrigações impostas por ele a todos os cidadãos. Não desconhecemos que, aumentando dessa forma o papel do Estado, amplia-se consideravelmente o risco de abuso de poder e pode ser favorecida a proliferação de uma burocracia tanto menos controlável quanto mais setores invadir. Porém, do reverso da moeda (a descrença, expressa por Maus, na possibilidade de existir a relação entre soberania popular *versus* direitos humanos no Estado democrático de direito) não decorre então que se estaria fortalecendo, mesmo que indiretamente, a conhecida concepção liberal, isto é, a crença de que é suficiente tão somente a defesa formal dos indivíduos como seres morais? Se a descrença imobiliza, fica apenas essa alternativa para se defender ou se

crer. Se o aproveitamento do ensurdecimento do mercado para o enfrentamento do *deficit* democrático de legitimação pode ser um antídoto à possível destruição da relação soberania popular *versus* direitos humanos, então Maus – e todos os críticos que não crêem na referida relação – ao considerar que “o fato de que hoje pura e simplesmente a concepção preponderante de soberania popular aparece como perigo aos direitos humanos” justifica “a mudança dramática para com a teoria democrática e a concepção de constituição do esclarecimento” (Maus 6, p. 279), acaba não só por endossar o senso comum predominante nos sistemas da economia e da administração, mas é, ela mesma, a consequência, ainda que indireta, dessa postura cética, a saber, o fortalecimento da defesa e implantação dos direitos humanos a cargo do mercado e do sistema em suas auto-regulações, o que não difere da defesa da postura liberal, a qual desconsidera a relação entre direitos humanos e soberania popular.

### Human rights and popular sovereignty

**Abstract:** The text is an analysis on the critical chain to the relation between human rights and popular sovereignty in century XX, an interpretation according to which human rights mean each time more state intervention and, in concurrence, follow a processing of the democracy. In contrast of this position, we evidence that if it cannot think about human rights without state planning, experts and state employees for effect of implementation of them. This, if compromises the classic idea of popular sovereignty that assumes legislation politics on the part of the people, does not annul it indeed: since that if it does not intend to keep the classic pureness of this concept, does not seem to be incoherent to think the human rights, when guaranteed for the State, as the way, probably most important, of consolidation of the democratic life of a people. Soon, if the concretion of the human rights does not admit or it is not followed by the legislation of the people, is undeniable, however,

that it is an enabling to one of its expression, with what, in result, the relation between State and civil society will not remain static, being able to suffer influences from the carriers of rights.

**Key-words:** human rights – popular sovereignty – State – civil society – democracy.

### Bibliografia

1. BLANKE, T. *Theorie und Praxis. Der Philosoph im Handgemenge. Rechtstheorie*, 27, p. 486-521 [aqui p. 516], 1996.
2. HABERMAS, J. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. [*A inclusão do outro*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.]
3. \_\_\_\_\_. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. [*Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.]
4. \_\_\_\_\_. *Die postnationale Konstellation – politische Essays*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. [*A constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligamann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.]
5. \_\_\_\_\_. *Zeit der Übergänge – Kleine politische Schriften VIII*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001. [*Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.]
6. MAUS, I. *Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zertorte Zusammenhang von menschenrechten und Demokratie*. In: KÖHLER, W. R.; LUTZ-BACHMANN, M. (Org.) *Recht auf Menschenrechte – Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.