

A TEORIA DO DIREITO E DA CONSTITUIÇÃO: ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANCIALISMO

Fábio de Oliveira*

1. Introdução; 2. A teoria procedimental: a tese de Jürgen Habermas; 3. A teoria material: a tese de Ronald Dworkin; 4. A proposta conciliatória: uma teoria formal-substancial; 5. Notas; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A teoria do Direito e, assim, a teoria da Constituição, podem ser apreendidas sob duas perspectivas genéricas, comumente tidas por antagônicas: a concepção procedimental, processual ou formal, de um lado, e a concepção material, substantiva ou contentuística, de outro. Consciente ou inconscientemente, declaradamente ou não, o debate acerca do conceito, características, dos fundamentos, legitimidade, do Direito e da Lei Fundamental é alicerçado ou converge nestas posições ou vertentes. Esta é a grande ou a essencial conversação que se trava, o epicentro: *procedimentalismo* x *substancialismo*.

Consoante usualmente expostas, as doutrinas têm alicerce em bases distintas, conflitantes, ensejando, assim, compreensões diferentes, antinômicas, acerca do papel da Carta Magna, do regime, eficácia, dos direitos fundamentais, das normas programáticas, das potencialidades, limites, da democracia, do desempenho, poderio, do Governo, dos conceitos de vinculação e discricionariedade, das atribuições do Judiciário, separação de funções, controle de constitucionalidade, em meio a outros assuntos. São análises que perpassam a identidade humana, a capacidade da razão, o ponto entre absoluto e relativo, entre universalidade e particularidade, os estilos de coesão social, o pluralismo, a complexidade, das comunidades contemporâneas, abarcam o perfil do Estado, situam a problemática do *Welfare State*, do neoliberalismo, da globalização. Nesta esteira, a gênese da Constituição Dirigente, por exemplo, é assimilada e operada, diversamente, de acordo com a tese adotada, se a procedimental ou a material.

Importa realçar que, sem embargo da sua consideração filosófica, a questão é de ordem prática, de aplicação direta, concreta. A título ilustrativo, a Abigação de Descumprimento de Proteção Fundamental nº 34, que tem por objeto hipótese de grave dissonância comunitária, com debates inflamados, ou de se solicita o reconhecimento da licitude da *anestesia temperada do parto* na situação de fetos anencefálicos, afastando, portanto, a antijuricidade da conduta, uma vez que, em conformidade com entendimentos tradicionais, a medida configura aborto e não é contemplada pela normatividade, já que não engloba dois casos permissivos descritos pelo Código Penal. A princípio, salvo percepções dissonantes dos seus núcleos, aliás não, propriamente, razão, equanito a teoria procedimental preconiza que a questão deve ser resolvida pela *demonstração dialógica*, canais comunicativos, e não pelo *judicício*, a teoria material afirma que a via jurisdicional é habilitada, com fimco nos valores constitucionais, nos direitos fundamentais, a responder à causa.

Um outro exemplo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, vem a impugnar a Lei nº 11.105/05, chamada *Lei de Bioprospeção*, no que tange à admissibilidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, sob o argumento de que há vida, desde a fecundação, quando caracterizado o *ser humano embrionário*. Diante da grave polémica, quando inicia a vida, o Supremo Tribunal convocou, pela primeira vez, *audiência pública*, conforme disposição do art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99, a qual se realizou no dia 30 de abril de 2006, transmitida pela TV Justiça, onde vários especialistas apresentaram teses diversas sobre a controversa questão. A pergunta é: o STF possui legitimidade para definir a partir de que momento começa a vida e, assim, em considerando que a vida tem seu marco inicial na fecundação, invalidar a previsão da Lei nº 11.105/05? Ou, perante a profunda celeuma, de ordem social, científica, social, deve reconhecer primazia à decisão do Parlamento que, em uma *democracia representativa*, em tese, traduz o sentimento majoritário? Em um caso como este, os ministros do STF podem legislar, a título de inconstitucional, a deliberação aprovada pelo Legislativo?

A opção pelo procedimentalismo ou pelo substantivalismo, uma vez tomada, das como inelutáveis, o que não nos parece inelutável, como pensamos demonstrar adiante, vai determinar, em função dos traços de cada corrente, toda a interpretação e aplicação do sistema jurídico, porquanto hermenêuticas, desta sorte, adversárias. Poder-se-ia alongar em exemplos. Veja-se a *reserva de vagas* em Universidades, sustentada como manifestação das denominadas *ações afirmativas*, o conteúdo da alocação de recursos públicos em relação à *escala de prioridades* estabelecida pela Lei Funcional, ou a apreensão de instituições como a vedação de retrocesso, o mínimo existencial, a reserva do possível ou o princípio da razoabilidade.

Importa notar, ademais, que existem relevantes peculiaridades, nuances ou diferenças dentro da mesma corrente: vários tipos de *procedimentalismo* e diversos modelos de *substantivalismo*. Nem a teoria procedimental e nem a teoria substantival são, neste sentido, unitárias, ainda que possam ser identificados caracteres basilares comuns. O procedimentalismo de John Hart Ely não é o mesmo do de Jürgen Habermas; ambos distintos do de Niklas Luhmann; o substantivalismo de Mauro Capodelli não é idêntico ao de Ronald Dworkin, ambos diferentes do de Gomes Canotilho.

Isso atinge¹, respeitada a dimensão própria de um *habitus* assinalar, faz uma abordagem genérica de ambas as teorias, tendo por fimco dois autores: referenciais de cada uma: Habermas, na teoria processual; Dworkin, na teoria material. Ao final, a proposição por uma terceira teoria, conciliatória, em termos, das duas correntes. De todo modo, a ideia que defendemos é a de que a opção por uma linha prioritariamente procedimental em uma hipótese não afasta a escolha por uma vertente básica ou plenamente material em outra. É possível uma dosagem entre procedimentalismo e substantivalismo: ora mais um, ora mais outro. O arquétipo inerte, misto de procedimento e conteúdo, na procura por uma trilha ótima, pode ser denominado de formal-substantival.

2. A teoria procedimental: a tese de Jürgen Habermas

Um dos autores principais do procedimentalismo é Jürgen Habermas, filósofo alemão de formação ligada à *Escola de Frankfurt*, Professor da Universidade Johann Wolfgang Goethe. A ideia fulcral, que vem a ser, na consolidação de toda paradigmática procedimentalista, nos moldes da corrente narrativa, e a de que, em um contexto pós-convenção, pós-metafísico, altamente marcado pela fratura de valores, pela relatividade, pela crítica ou pelo enfraquecimento do apelo à religião, a diluição da centralidade do *regredo* (desautorização), pela contestação ou pela recusa frente à capacidade da razão que passa a ser vista mais limitada, circunstancial, limitada e condicionada (em oposição a uma compreensão mais objetiva, imparcial, universal, coadunada, e.g., com a matriz iluminista), em uma sociedade diversificada, fragmentada, acenuadamente complexa, convulsionada, o Direito, a democracia, não podem ou devem se fixar em uma concepção substantival que, *desde o início*, estabeleça resultados, que procure uma materialidade irrecusável de origem naturalista ou suprapositiva, uma axiologia apriorística. Ao contrário, devem se ocupar dos processos de discussão pública, das futuras decisões, das meios e não dos fins, dos mecanismos de debate e não do resultado ou do consenso.

Segundo aduz o próprio autor, as suas lições têm por terreno o mundo ocidental e, neste, são voltadas para o conjunto das sociedades do *capitalismo avan-*

gado, leiam-se, primeiramente, países europeus e, no continente americano, Estados Unidos e Canadá. Assim, as suas produções não possuem, por objeto o coletivo do *copilium nativum*. Isto se explica pelo fato de que a definição de *meio comunicativo* ou a noção de *ética do discurso* pressupõem um sustentáculo cultural e uma coesão social, em termos de equanimidade dos bens necessários a uma vida em correspondência com os direitos fundamentais – moradia, saúde, educação, alimentação, trabalho, cidadania etc. –, que faltam às condições indispensáveis para o *agir comunicativo*. Neste aspecto, Habermas fala para a Alemanha, não para o Brasil.

Falta verificação, todavia, não obsta o reconhecimento da dimensão universal da sua obra, inclusive em função da projetada abstração de conceitos e análises, bem como de uma abordagem mais técnica do que empírica. Ora, a fórmula do que é o *agir comunicativo*, a elaboração de processos abstratos e dialógicos para uma *democracia discursiva*, são aplicáveis, em tese, a toda a humanidade, e todas as comunidades do planeta, seja na esfera local, regional, nacional, internacional ou comunitária.

No que tangue especificamente à teoria constitucional, Habermas desenvolve a sua visão procedimental do Direito e da democracia tendo por pano de fundo a *Gründungs* alemã, considerada historicamente a brasileira, que é mais programática, mais diretriz. Cumpre ressaltar, contudo, que o texto ou o esboço da Lei Fundamental germânica não impõe a arquitetura processualista, pois esta é uma ótica acerca da qualidade da *Lex Legum*, não a única. Tanto assim que Habermas escreva aqueles à aprovação material da Carta Magna, à constituinte do *Grundgesetz* germânico, à *jurisprudência dos valores*:

Diante da grande pluralidade das sociedades ocidentais contemporâneas, onde há uma dissolução de pontos substantivos ampliados ou inibidores, onde tais pontos são meras generalizações ou menos profundos (mais rasos ou superficiais), onde existe uma grave dificuldade de se alcançar conteúdos compartilhados, uma desorientação ou uma esfacelamento de valores, há um enorme empecilho ou mesmo uma inevitabilidade de se levantar uma *moral material*, concretamente estável, *verdadeira*, firmemente acolhida pela comunidade. As contradições atuais se caracterizam pela convicção, autônoma ou não, de inúmeras concepções do que é uma *vida boa*, projetos, individuais ou grupais, diversos sobre a féltidade, perspectivas diferentes da pessoa e da sociedade, os quais podem se colocar em contradição.

Partindo deste panorama, Habermas enuncia a tese que fica a razão do sujeito, isto é, a consagração de que, por exemplo, o certo e o errado, o bem e o mal, ainda mais em uma situação de guerra ou de litúrgia sociológica, possam prover de uma pessoa, individualmente, ou que este alguém esteja habilitado para articular de um texto legal uma significação como a escoretoira ou a melhora e impor este entendimento contra a vontade majoritária, que possa fazer uso de qual-

quer instância metafísica ou fora do *debate comunicativo* para atingir qual o *bem comum* e qual o *bem particular*. Habermas refuta a denominada *filosofia do sujeito* (*philosophia des Subjekts*), que coloca esgotada: abarida pelas falácias da objetividade do conhecimento e da neutralidade do indivíduo, pelo engodo do atemporal e do imutável, pelo insulamento. Ele propõe a substituição da *razão monológica* pela *razão dialógica*, a superação da *razão centrada no sujeito* pela *razão centrada no procedimento*.

Ruído pelas denúncias da sua historicidade, das suas falhas, contradições, mistificações, irracionalidade, o justicialismo não responde aos anseios por um marco seguro de orientação e coordenação, aprovado convencionalmente, não serve mais de legitimidade para o direito positivo, mesmo porque existem distintas apreciações do que vem a ser o Direito Natural, sendo mais exato admitir a *jurisprudência*. "Todas as tentativas de reconstruir um sentido material *a priori* para os possíveis objetos de referência são tidas ao fracasso", sentencia Habermas, que preconiza, pois, uma *razão desorientada e desiludida*. Vem, assim, o *permanente post-modernismo*.

A metafísica possui um cariz totalizador, que ambiciona desvelar a ontologia das coisas e das acontecimentos – contemplação –, dividindo *essência* e *aparência*, em um *saber absoluto*, com sede no afastamento entre *existência* e *objeto*, apresentando uma cognição fechada em si mesma, circular, que aspira exprimir a substancialidade do *mundus*. Em contraposição a esta tendência, hoje, como assinalado, já mais tímida e bastante golpeada, Habermas combate a *filosofia da consciência*, a *autoconsciência*, onde "todo é referido ao uno da subjetividade produtora", uma *razão auto-referente*, protagonista de uma *reflexividade monológica* – "uma teoria que se fundamenta absolutamente a si mesma."

O ânimo habermasiano é resigar o sujeito do fechamento de si próprio, retirá-lo deste isolacionismo, descentralizá-lo desta redoma que se pretende auto-suficiente, e colocá-lo em relação com os outros, em contato com os demais, para que, desta feita, por meio desta interação, que se veja através da perspectiva alheia e, assim, reflita, raciocine, sobre as suas convicções, sobre as suas idéias. De subjetividade, portanto, para a *intersubjetividade*, do pessoal para o *inter-pessoal*. Levando em conta os pensamentos, os argumentos, as pretensões, dialogue com quem dialoga, o sujeito pode avançar no seu encaminhamento, rever ou abandonar posições em função de se convencer pelo seu interlocutor, além de ambos, através da colaboração mútua, poderem chegar a uma *razão* positiva, isto é, a uma *compreensão*, a uma *lógica*, até então não aventada. A *auto-crítica*, ou seja, a *auto-reflexão*, é considerada a partir do processo comunicativo: é o exercício deste que faz com que o sujeito examine os seus próprios conhecimentos ou as suas próprias opiniões, já que terá de expô-los ou confrontá-los com o trazido pelos agentes em diálogo.

É assim que o filósofo alemão postula a mediação da razão prática pela razão comunicativa: esta se distingue daquela por não estar adstrita a nenhum ator singular e nem a um *matro-sujeito idio-pólio*.⁸ A racionalidade advém do cumprimento do procedimento deliberativo, sob certos requisitos, as *condições do discurso* que, confessa o autor, são *contingentes*, isto é, são *idealizações insuscináveis, necessariamente possíveis* do agir comunicativo, são *premissas performáticas* de um processo imaginável. São *premissas pragmáticas de tipo contrifactual*, indispensáveis aos atos de fala, à teoria do discurso: o emprego de enunciados linguísticos com significados utélicos; *uma interpretação correta da situação e da descrição adequada do problema que se tem pela frente*; oportunidades iguais de manifestação a todos os interessados ou atingidos pela decisão, isto é, as mesmas chances de alegar e contraditar os participantes devem atuar honestamente, sem que quer ludibrias, sem distorcer fatos ou idéias, *existão de enganos ou ilusões*; os sujeitos devem ser capazes de justificar suas asserções de modo lógico; ademais, devem crer nêlas, ou seja, ter a pretensão de que o que afirmam é *veraz*, de que são proprietários do melhor argumento; o agente não pode fazer uma argumentação contraditória em si mesma, cair em contradição, conciliar as suas próprias asserções; a liberdade dos atores, os quais não podem sofrer coações, violências, ter a sua autonomia cercada.⁹

Habermas distingue o *agir comunicativo* do *agir estratégico*.¹⁰ O primeiro é voltado para o *entendimento*, para o *consenso racional*; o segundo é direcionado para o *sucesso*, para a *efetividade*. Quem age de acordo com o primeiro tipo, busca, *cooperativamente e sem reservas*, ao assumir o papel de falante e o viciado, de manobrar franca e aberta, com a mesma dignidade de todos os *co-participantes*, alcançar um *acordo racional*, com cetero na *força do melhor argumento*, ainda que para tanto tenha que renunciar ou abrir mão do seu ponto de vista inicial. Diversamente, quem atua conforme o segundo modelo, o *estratégico*, procura atingir um interesse próprio, ganhar a discussão, sem compromisso com a *melhor solução*, com a *melhor razão* e, assim, desenvolve uma tática para *influenciar* (ou *maximizar persuasão* e não *consenso*, no sentido de Perelman)¹¹ as pessoas envolvidas, fazendo uso de ameaças ou *gratificações* (chantage), enganando sobre as suas convicções, intencionalmente ou acidentalmente, construindo ou obliquando, falsificando significações linguísticas, o que significa que é uma conduta *estratégica* e oportuna ao *pragmatico comunicativo*, fere as *condições do discurso*¹², em suma, enquadra o *agir comunicativo* se caracteriza pela *irracionalidade racional* do resultado obtido, através da disposição para o *entendimento*, da boa-fé dos participantes, o *agir estratégico* se qualifica pelo não comprometimento com a *racionalidade*, já que o importante é *conquistar*, seja pelo fundamento que for, o debate, mesmo que operando maliciosos ou acidentalmente – o *agorismo*.

“A teoria do agir comunicativo tenta assinalar a tensão que existe entre racionalidade e validade”,¹³ *validade* entendida não no comum significado técnico-

jurídico – preeminente dos requisitos ou atributos para o recebimento regular do ato ou da lei no ordenamento jurídico, consoante as normas positivas superiores –, mas sim como legitimidade ou como “força ligadora de convicções racionalmente motivadas”.¹⁴ Informa Habermas que o *matro* capaz de ultrapassar esta tensão, conciliando os dois extremos desta delicada conexão, é o direito positivo,¹⁵ que age armocizando instabilidades de uma socialização *funcionada* ou integrando “indivíduos socializados comunicativamente”.¹⁶ O direito positivo está responsável, então, pela *condenação da ação*, ou seja, pelo enquadramento dos *processos de diálogo* antes de estipular conteúdos, de estabelecer um *valor moral material*, ao direito cabe garantir a oportunidade ou a realização de procedimentos racionais de comunicação social. Trata-se, como aduz o Professor, de *uma teoria do direito apoiada no princípio do discurso*, o que dá ocasião, portanto, a *um paradigma procedimentalista do direito*.¹⁷ Em conjunto, a doutrina habermasiana prega um *critério asseritivo do Estado* e uma *teoria da sociedade* também ancorada no *princípio do discurso*.¹⁸

E, neste ponto, surge uma dúvida, uma indagação. Como o direito pode intermediar a deliberação política, conforme o *agir comunicativo*, se as *condições do discurso* são, reconhecidamente, *contraditórias*? Como é cabível pretender que o direito configure *procedimentos dialógicos* em um contexto que lhe é hostil? Como o direito pode concretizar *presupostos asseritivos* que não acham abrigo na fidelidade na realidade, que são, por princípio, *idealizações, maxims* *ideais*? Qual a praticidade desta teórica? A isso, pode-se responder que o que se desceja é estreitar a *facticidade da idealidade*, isto é, que não se trata de uma mera idealização, sem responsabilidade com a realidade, mas sim de um parâmetro para a *facticidade*. O que se persegue é uma aproximação, a mais intensa possível, com a *situação ideal de fato*, que é obtida pelas *condições do discurso*.

Habermas assevera que a legitimidade jurídica advém do *assentimento dos cidadãos associados* por meio e e *processo discursivo*. De outra sorte, a legitimidade, como se constata, é atribuída em função do *procedimento comunicativo* é uma percepção processualística do legítimo. Deveras, “o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento 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.”¹⁹

Esta, pois, o *princípio da ética do discurso* (o *princípio D*): “só podem reger todas as normas que encontram (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um discurso prático.”²⁰ Resulta-se que o refer do *princípio* possui uma natureza, exclusivamente, *formal*, “não indica orientações substanciais, mas um processo”,²¹ procedimental, no este “tipo de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação

do juízo.²¹ Note-se que a *ética do discurso* é composta pela *liberdade comunicativa*, fundada na autonomia privada, que confere ao sujeito a faculdade de participar ou não do debate social, ou seja, a pessoa tem o *direito* e não o *dever* de dialogar, podendo adotar apenas uma *posição de observação* ou se retirar da *deliberação comunicativa*, do *espaço público*, visto que não está obrigada a argumentar.

Para fugir de um *relativismo* ou *ceticismo ético*, conforme o qual "a validade dos juízos universais só se mede pelos padrões de racionalidade ou de valor da cultura ou forma de vida à qual pertencem em cada caso o sujeito que julga".²² Habermas, inspirado e revendo o *imperativo categórico* de Kant, formula o *princípio da universalização* (*princípio U*), que não tem matriz substancial ou *monológica*, e sim, funde processual, dialógico, assim descrito: "Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal* para a satisfação dos interesses de *todo* indivíduo possam ser aceitas sem coação por *todos* os concernidos".²³ Como registrado, segundo a proposição habermasiana, as *maximas passíveis de universalização* são formais, não há a postulação de conteúdos, a materialidade é consequência do *procedimento comunicativo* e somente este pode ser universalizado em um mundo *eticamente politicamente*. Basta a *moral universal*, uma *regra de argumentação* (*compreensão pragmática-transcendental de pressupostos universais e necessários da argumentação*), que se fundamenta na apertada razão, exercitada sob certos pressupostos, para superar as limitações e os condicionamentos dos contextos segmentados e atípicos, acina deles, um parâmetro de generalização plena, ou seja, que chame a atenção de todo homem que se dispõe ao entendimento.²⁴

Curioso, a existência ou a potência de conteúdos universalmente recolhidos ou aceitáveis não significa que a reflexão e o consenso se deem em caráter *abolutos* ou de *verdade*.²⁵ Equivale a dizer: o *bem do mundo* *utilizado* ser universal não o é, igualmente, *absolutos*, *inmutáveis* ou ser a *verdade final* ou *eterna*. A *verdade absoluta* não pode ser proclamada, pois o *entendimento* é falível, pode ser alterado no futuro. O que importa não é a *verdade*, pelo menos na sua *definitividade*, e sim a *pretensão* ou *suposição de verdade* ou *correção* que os sujeitos devem ter, a disposição por encontrar a *verdade*, o *correto*, ou ainda o consenso estabelecido em torno de uma verdade. Mesmo sob as *condições ideais do discurso*, não há certeza de que o produto obtido não será, *posicionalmente*, *considerado falso*, porquanto ele continue passível de discussão, isto é, o debate não se selou encerrado. Não se pode esquecer que aqueles que dialogam são seres situados, no *mundo da vida*, logo, influenciados pelo tempo e pelo espaço; daí porque o *processo discursivo* deve estar aberto para o *futuro*, aberto para um *posível aperfeiçoamento*, uma *constante revisão*.

Da concepção universalista do Professor alemão, é possível enumerar três conclusões basilares: 1º) a *universalidade substancial* ou de conteúdos é relativa, variável, o que agora é *utilizado* pode não ser amanhã; sendo que Habermas procura renunciar a *enunciar* esta materialidade; 2º) a *universalidade procedimental* ou de formas é *absoluta*, *invariável*, os *pressupostos do agir comunicativo* são *válidos* agora e amanhã também, não carregam o risco de serem falsos, são *regras insubstituíveis*; todas as pessoas devem respeitá-los; no máximo, podem ser desenvolvidos, mas nunca eliminados; 3º) a razão passa a ter uma tarefa mais simplificada ou tímida no sentido de que se ocupa dos processos, não dos conteúdos aos quais os procedimentos levam, não possui a ambição de delinear *monológica* ou *aprioristicamente*, uma ordem substitutiva para a sociedade, quanto mais em escala universal.²⁶

Habermas retira a Constituição enquanto sede de programas materiais direcionadores do Estado e da sociedade; enquanto sede que possa converter a divisão e a antítese de valores havidos na comunidade em uma cartilha substantiva, vinculadora de vários âmbitos, como a política, a economia, a educação; isto é, uma percepção da Lei Fundamental como uma *normatividade* que imporia uma *diretiva* *concludente* a ser seguida à exclusão de outras concorrentes, que opte, *marcadamente*, por uma *verdade ideológica*, ou que traga mesmo um *catálogo vazio* ou *deshado* de *direitos fundamentais*, com um *elenco* assim, e.g., de *direitos trabalhistas*, além de configurar *minuciosamente* a estrutura do Estado e atribuir a ele um *encargo* de *prestações*, como acontece na hipótese da *Segurança Social*.

Habermas é um crítico do Estado Providência.²⁷ A *teoria do discurso* é apresentada como uma terceira alternativa, diferente do *paradigma liberal* e do *paradigma do Welfare State*,²⁸ enquanto mais afeta a uma *configuração* afim ao *princípio unificado*.²⁹ O Estado do Bem-Estar Social é qualificado como *paternalista*, responsável pelo *avanzamento* do *agir comunicativo*, pela *degeneração* do *espaço público*, seja em função da *burocracia*, da *amplitude* da sua *extensão* de influência ou *domínio*, do *ceticismo* da *liberdade* (autonomia privada) em prol de uma *ignominação*.³⁰ A concepção própria do *Welfare State* prevalece o *pressuposto* de uma *compreensão da política centrada no Estado* que, ademais de não ser, como *aduzido*, *conveniente*, já não é mais *realista*. Uma *compreensão* *realista* percebe o Estado como uma *força* ao lado de *muitas* outras, "dependo limitado-se e *impulsos reguladores* indiretos dentro de um *pequeno* *espaço* de ação".³¹

O *paradigma procedimental*, contrário *convencido* por Habermas, propõe-se a adotar uma *postura neutra* ou *inerte* em relação aos *projetos* *concretos*, do *liberalismo* e do Estado Social, *etc.* E, assim, *vazio* ou *poor de conteúdo*. O que interessa é assegurar os *pressupostos de negociação*, que podem levar a um ou ao outro modelo, ou melhor a um *terceiro* modelo ou a uma *opção* em *razão*

de cada litpoliese. Ora bem: "O paradigma procedimentalista do direito procura por reger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático."²⁴

No que tange à jurisdição constitucional, Habermas defende um Tribunal Constitucional contido no seu exercício, adepto do *judicial self-restraint*, ocupado, essencialmente, em garantir os *procedimentos democráticos*, não em pronunciar conteúdos, notadamente quando controversos. Isto porque, pela lógica do princípio de separação de Poderes, a criação do direito deve "ficar reservada ao legislador democrático."²⁵ A Corte Constitucional não é vista como guardiã de uma ordem constitucional material, mas sim como protetora da democracia, dos *processos deliberativos*. É defensora de lei fundamental, porém de uma Constituição assinalada pelo viés procedimentalista.

Habermas sustenta que o controle abstrato de normas deve ser *empresarializado* na perspectiva do legislador, razão pela qual a *legitimação democrática* da jurisdição tem de ser entendida "como uma delegação do autocontrol do legislador ao tribunal constitucional."²⁶ A teoria do *divisor* aponta em um *direito reflexivo*, em uma atuação *reflexiva* do legislador, pois que esta *reflexividade* é um elemento da *deliberação dialógica*. Confira-se na passagem a seguir: "A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure *auto-reflexivamente* a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrol de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem externamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presuntivamente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destruído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrol do legislador, o qual pode assumir as proposições de um processo judicial."²⁷ Como se vê, a crítica é dirigida à fiscalização judicial de constitucionalidade enquanto postulada, em si mesmo, como instituto.

Assim como comia com muitos adeptos ou entusiastas, a doutrina habermasiana possui muitos opositores. Um ponto a ser assinalado é que, nada obstante toda a convicção empreendida por Habermas, a *teoria da ação comunicativa*, como revela o próprio autor, não é uma doutrina desenvolvida completamente.²⁸ Ela se abre para novos desenvolvimentos.

Uma ponderação, feita aqui, é a de que as suas lições, em diversos momentos, incurrem em obscuridades ou dúvidas. A observação nos parece consequente. De fato, há ocasiões em que os escritos não se afirmam propriamente claros, o que também encontra uma explicação nas dificuldades dos temas pesquisados e na não conclusividade definitiva de muitos assuntos. Trata-se de uma obra, em certas questões, sugestiva. Outra questão, que merece ser re-

sta teoria do direito e da constituição, entre o procedimentalismo

trada, é a de que a elaboração habermasiana é levada nas sociedades do *capitalismo avançado*, este o seu público principal: a União Europeia, os Estados Unidos. Esta constatação faz nascer a indagação: a teoria habermasiana é aplicável ao contexto das coletividades do denominado *terceiro mundo* ou, mais especificamente, é aplicável ao Brasil? O estágio civilizatório dos países do *capitalismo avançado* permite ou indica a adoção do magistério de Habermas? Julgamos que a distância entre *facticidade* e *validade* é, acuradamente, maior no Brasil do que na Alemanha. É ilegível que a sua produção parte de noções ou pressupostos estranhos ou que se colocam de maneira diferente diante do panorama brasileiro. Essa verificação, no menos, demanda uma filtragem, uma adaptação, uma selectividade.

Uma constatação muito comum e veemente é a de que a doutrina habermasiana é utópica,²⁹ alienada da realidade, enunciadora de ideais utópicos, que requer condições fantasiosas para a sua implementação (Frédéric Haby). Daí o emblemático termo *contradição* ou a paradigmática expressão *sinérgia ideal de fato*. Habermas teria propositalmente se valido da tarefa de perquirir ou entender o *mundo concreto* para se contentar com *meras especulações filosóficas*, as quais seriam parte de um *idealismo especulativo*, assim, contraproducente. A *teoria do direito* não colocaria problemas reais e, portanto, não os resolveria, isto é, não teria praticidade. Ao invés de pensar uma idealidade, que está isenta das obscuridades do *mundo real*, reais importante é buscar alternativas ou caminhos no próprio ambiente societário, escavar os problemas, estudar maneiras de contornar ou superar os inconvenientes que estão postos (Ota Weinberger).

A perspectiva habermasiana recebe também a classificação de *conservadora* por se ligar ao arquétipo liberal (Mark Gould, Michael Power). Este dado faz com que se afirme que Habermas se distancia ou mesmo abandona mandamentos da *teoria crítica*, consoante a tradição da *Escola de Frankfurt*, em sua matriz marxista. Ademais, assevera-se que a referência doutrina incute nas mesmas dificuldades de configuração das *reses jurídicas*, só é válido o direito que reúne certas qualidades, as quais são pressupostas (Vicente Amado). Seria um *neoliberalismo procedimentalista*. E haveria de responder a uma interrogação: qual o estatuto do direito positivo que não é elaborado conforme as *condições do direito*? Tendo em vista que os *pressupostos comunicativos* são *contradições*, não existem, tal como imaginados, em nenhum lugar do planeta, como qualificar as legislações criadas?

Clam-se das outras objeções endereçadas à *tese habermasiana*. A primeira concerne a intenção de entregar toda a *idéia de legitimidade* ao procedimento, ou seja, a postulação de que a única referência ou o exclusivo critério para o que é ou não é legítimo vem a ser o cumprimento de um determinado tipo de processo de diálogo. A segunda questiona a própria pretensão de um perfil escri-

tamente processo, tal da teoria, advertindo que, muito do que se tem por formal, inclusivo ou referente aos pressupostos discursivos, acaba ou deriva uma realidade substancial. Vamos retomá-las no item conclusivo deste estudo.

3. A teoria material: a tese de Ronald Dworkin

Autor de uma vasta e profunda doutrina, Ronald Dworkin, Professor da Universidade de Oxford e da Universidade de Nova York, também um dos nomes principais de que se acordou denominar de *post-positivismo*, é um baluarte na teoria material do Direito e, assim, da Constituição.⁸ A sua obra é, em boa parte, desenvolvida em oposição a duas compreensões próprias do positivismo: 1) a ideia de que não existem direitos fora da legislação ou da convenção social; logo, não há de se falar em direitos pré-políticos, em direitos para além da prática comunitária; 2) a ideia de que, quando não há norma ('regra') precisa ou taxativa regulando a hipótese, ou seja, quando não há uma usura ('regra') específica, expressa, disciplinando o caso, o juiz se vê com *discretionary-idade* para deliberar; isto é, pode julgar livremente, por critérios estranhos ao Direito, pois não há quaisquer parâmetros jurídicos.

Verificando o entrelaçamento ou a fluidez entre questões políticas e questões jurídicas, isto é, judiciais,⁹ ao considerar que o Judiciário se vê diante de litígios ou *cases difficult* ou *controversies*, Dworkin enuncia uma teoria que se propõe entre duas raias: 1) a de que os juízes apenas se limitam a declarar, através de uma subjugação de cunho silogístico-axiômico, mediativo-objetivo, a norma prévia ou especialmente calhada para reger a situação; 2) a de que os juízes decidem em conformidade com as suas próprias convicções individuais, íntimas, seus próprios gostos pessoais, ideológicos, para, posteriormente, já com a resolução tomada, buscar, em um proceder pretensamente lógico, em um exercício inverso daquele tradicionalmente propagado como ritualístico, argumentos, artifícios, então, uma notranvidade a embasar o juízo proférindo. Sem reger a pré-compreensão, a experiência ou a subjetividade do agente, denúncias do *realismo jurídico*, das *teorias críticas do Direito*, o Professor repudia a concepção de que o magistrado se vê, por vezes, sem nenhum mandamento normativo a balizar o J. determinar o seu juízo.

É íntica, então, a diferença entre *cases facts* e *cases difficult*.¹⁰ Nos primeiros, quando, por exemplo, uma pessoa é acusada de exceder um limite máximo de velocidade, parece certo afirmar que o juiz vem somente a aplicar uma norma (normativamente, regra) a um fato. Nestas hipóteses, o raciocínio se desdobra, vem com uma total e estritamente objetiva, exata, indubitosa, sem maiores sutilezas conclusivos: os *fact cases*. Nos segundos, quando, por exemplo, a Corte Suprema determina o fim da segregação racial nas escolas, a cognição se apre-

... *São teorias do direito e da constituição sobre o processo intelectual...*

sentir mais incerta, incerta, duvidosa, com maiores olismos intelectivos: os *hard cases*. Um caso é classificado como difícil quando concorrem várias normas que versam a julgados distintos ou contraditórios, bem como quando não há norma (normativamente, regra), de pronto, especialmente, aplicável. A preocupação de Dworkin está voltada, primordialmente, para os *cases difficult*, pois são estes que, por excelência, oferecem problemas de fundamentação, metodológica, legitimidade e legitimidade, estão imbuídos de graves controvérsias. E, assim, indaga: nos *hard cases*, o Judiciário se atém às normas, conquanto mais genéricas e abstratas, mais fluidas? Ou é o juiz que, por conta própria, de maneira independente, cria a regulamentação e, desta feita, a aplica retroativamente?

Ronald Dworkin contesta a tese de que, nos *cases difficult*, os juízes não estão vinculados por qualquer norma de Direito. Assevera que o gênero *norma jurídica* se divide em duas espécies: *regras* e *princípios*.¹¹ Em termo sucintos, seguindo a sua lição, amplamente acolhida, as regras estão no plano da validade, são operadas ao modo disjuntivo, submeritas à forma do *all or nothing*, isto é, ou a regra disciplina integralmente a hipótese ou nada tem, ao menos diretamente, com ela, o que significa que, quando há conflito entre duas (ou mais) regras, somente uma irá reger, completamente, a situação, com a exclusão da(s) restante(s). Ao inverso, os princípios oscilam uma dimensão desconhecida das regras, a *dimension of weight or importance*, não exigem regulação integral ou casuística, ou seja, dois ou mais princípios podem, simultaneamente, reger a mesma questão, já que a colisão entre princípios é resolvida pela ponderação, a qual determina o peso relativo de cada um em função da concretude do caso.¹² Para utilizar a nomenclatura de Robert Alexy, as regras são *mandados definitivos*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*.¹³

Cumprir a tarefa que, em conjunto com as regras e os princípios, estão as *políticas* (*diversity policies*, consoante tradução corrente), que são mandamentos que estabelecem objetivos a serem atingidos, normalmente uma melhoria em alguma questão econômica, política ou social da comunidade.¹⁴ O autor remina, muitas vezes, por empregar o termo *principles* para englobar também as *policies*. Entretanto, os princípios são *mandados* que devem ser observados não por favorecerem situações econômicas, políticas ou sociais e sim por serem uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.¹⁵ Quando não por regras, os juízes estão vinculados, basicamente, por princípios, conquanto, mais especificamente, possam estar também por *policies*.¹⁶ De toda sorte, na hipótese de nulidade entre princípio e *diversity policies*, deve, rotineiramente, preponderar o princípio: esta a presunção, a *predominância a priori*.¹⁷

Explica o autor que, se o magistrado estiver habilitado a julgar com este o sua exclusiva vontade, fora ou para além do Direito, isto é, mediante pautas extrajurídicas, haveria uma extrapolção ou descaracterização da sua função, ao

bado de uma enorme insegurança social e um flagrantíssimo defeito de legitimidade. Ora, se fosse assim, ninguém teria direito a um determinado julgamento, haja vista que a decisão dependeria unicamente do alvedrão pessoal, da plena liberdade de pensamento do juiz.³¹ O qual, aliás, transformaria-se em legislador pior, em legislador retrovisor, já que criaria a norma depois da ocorrência do fato.

Nessa acepção, *sentido forte*, não há que se falar em discricionariedade jurídica. Somente há que se cogitar de discricionariedade em duas traduções: *sentidos debrêis*: a) para dizer que a normatividade para ser aplicada ou densificada requer sempre discricionamente, razoabilidade, algum tipo de ponderação, ou que, por algum fator, a legislação propicia uma escolha dentro da qual o juiz pode se movimentar, tem possibilidade de *evolution*; b) para expressar que alguém possui a atribuição final para profetizar um futuro, isto é, que a decisão emitiada não está mais sujeita a recurso, pelo menos não para outra autoridade.³²

Como aweiha Dworkin, os princípios atingiram ter uma relevância mais destacada, capital, nos *casos difíceis*. "In cases like these, principles play an essential part in arguments supporting judgments about particular legal rights and obligations."³³ O que o juiz está autorizado a fazer é, no máximo, *create some rules now* — tendo em vista que, consoante esta definição, os *hard cases* se identificam pela ausência de regra que permita subsumção —, sem fôco em um ou mais princípios, ou seja, uma *criação realista*, pois que vinculada aos princípios, ou, por outros termos, o magistrado pode *create a rule of this concrete case*. Nem mesmo nos *casos difíceis* há discricionariedade *in the wrong sense*. Com efeito, inclusive nestas hipóteses uma das partes pode ter direito a vencer, ou seja, o direito a obter um pronunciamento jurisdicional favorável. Por conseguinte, é dever do juiz descobrir quais são os direitos e as obrigações dos envolvidos.

Dworkin asservera, pois, que o Judiciário está legitimado não apenas para preservar o *procedimento democrático de decisão*, as suas condições ou a sua prática — o que, aliás, é impossível de acontecer sem emitir um juízo contencioso, pois que inerente —, mas também para, em uma postura ativa, emitir julgamentos substantivos, mesmo que em causas polêmicas ou complexas.³⁴ Um *judiciário ativista* que, aliás, vem a ser uma exigência do próprio sistema jurídico, gabaritado para ingressar e contar partido, resolver questões materiais de filosofia política. Uma lei, apesar de gerar de uma ampla popularidade, pode ser injusta, o que enseja a sua invalidação jurisdicional. É a função *contra-majoriária* do Judiciário.³⁵

Dworkin reputa a *abstração da questão política* segundo a qual o Judiciário não é competente para apreciar assuntos assim classificados, o que equivale a negar a sua própria função. Contesta-se a ideia de que os problemas cruciais, divergentes ou não solucionados por consenso social, sejam morais ou políticos, só podem ser examinados ou resolvidos por vias responsáveis de uma

maneira que os juízes ou os tribunais não são. Pergunta o autor: "Why should we accept that view of democracy?"³⁶ Ora, afirmar que o controle jurisdicional substantivo, nos moldes narrados, agride a noção de democracia pressupõe um conceito prévio do que é democracia.³⁷ Logo, a asserção, sem mais, não tem lógica.

Levar os direitos a sério, ensina Dworkin, é partilhar da compreensão de que existem direitos para mais da legislação, contra o próprio ordenamento positivo ou o Estado, além da convenção social ou contra ela.³⁸ *Take rights seriously* significa entender que o ordenamento positivo, as normas sociais, a *conventional morality*, não são as únicas fontes dos direitos e dos deveres. E, assim, é possível que o juiz tenha a obrigação de tomar uma decisão de uma maneira determinada, muito embora não haja legislação, *social rule*, moral convencional, a imporem tal comportamento.

A problemática fica, parcialmente solucionada pelo que a Constituição, as *Declarações de Direitos*, as lido de outras fontes afins (precedentes judiciais, etc.), normalizaram tais direitos e deveres, isto é, são a sua sede. É assim que a teoria dworkiniana promove uma junção entre Direito e Moral. A própria Constituição é vista nesta perspectiva: "The Constitution fuses legal and moral issues."³⁹ A legitimidade de uma norma pode depender de intrincados problemas morais. Exemplo é saber se uma lei afronta a igualdade inerente entre todos as pessoas. As *difficult cases* do *bill of rights*, como as cláusulas da *equal protection* ou do *due process*, devem ser entendidas como aplicações a *moral concepts*.

Logo, "a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality."⁴⁰ Deve-se evitar, adverte o Professor, superestimar o risco de uma irresponsabilidade da democracia pela conduta participativa do Judiciário, o exagero de pensar em uma subversão da vontade democrática pelo *Governo dos Juizes*. Isto, dentre outros motivos, porque as decisões verdadeiramente impopulares resultam enfraquecidas por não disporem da aquiescência pública e porque os juízes morrem ou se aposentam, isto é, já uma alteração necessária, que se dá também em função da indicação ou nomeação feita por agentes eleitos (Chefe do Executivo, Parlamento), notadamente para o órgão de cúpula do Judiciário (como no Brasil), para o *Corte Suprema* ou Tribunal Constitucional.

É preciso que se ressalte ainda que uma atuação tribal da do Judiciário, isto é, uma contencioso exagerada, pode gerar tantos males ou prejuízos quanto um desmedido ativismo.⁴¹ O *judicial activism* não é uma fórmula óbvia, uma parâmetro a todo resolver, pois pode expressar uma omissão, que o Judiciário ficou inerte quando tinha a obrigação de agir, o que possibilita danos ao indivíduo e à coletividade.

A obrigação geral de obedecer todas as leis não é, portanto, absoluta, o que significa assegurar que existe *the right to break the law*,³³ o direito de infringir a vontade da maioria.³⁴ Este direito de desobediência não depende do *self-determinism*, do voluntarismo, da opinião de cada um, mas sim diz respeito a direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, direitos previstos na Constituição, nas *Declarações de Direitos*, enunciados, de uma maneira mais essencial ou comum, por princípios. Todavia, a estipulação de quais são tais direitos, nada obstante as hipóteses onde há acordos muito claros, amplos ou firmes, pode proporcionar dissensões entre *reasonable men*. Duas referências relevantes para a verificação destes direitos são a dignidade humana e a igualdade.³⁵

Tendo em vista que os *principios morais* assumem, essencialmente, as vertes de *principios jurídicos*, é que se pode falar em norma para declarar que é injusto obrigar crianças negras a estudar em escolas para negros, ainda que tal declaração venha a nufricar uma lei ou a desagradar muita gente. Dworkin defende, pois, a decisão da Suprema Corte no famoso caso *Brown vs. Board of Education* (1954). Um outro exemplo é o da *Lei do Retorno* (*Drift Law*) que, segundo certa interpretação, permitia a *objeção de consciência* apenas quando opositor a todas as guerras e por razões religiosas.³⁶ Não é possível que alguém alegue *impedimento de consciência* ainda que não por motivos religiosos, normalmente em um Estado Laico? Não é possível se eximir de tomar parte em alguma guerra e não em todas? Um indivíduo não tem o direito moral de não matar em situações, é viável obstar o sujeito a lutar, por conta do seu direito moral de liberdade de consciência. E o que dizer da discriminação em favor de jovens universitários? Agride a cláusula da *igual proteção legal*, responde o Professor.

Ensina Dworkin que não se pode supor que a Constituição seja sempre o que a Corte Suprema diz que ela é, porquanto os juizes podem errar. Está-se, principalmente, frente aos *casos difíceis*, onde há dúvida ou dissensão, onde a norma da ocasião é mais de uma compreensão plausível. Por consequência, o *direito de desobediência* pode subsistir mesmo depois do pronunciamento do Judiciário ou da Suprema Corte. Em síntese: não se pode deixar tudo à *deberção* popular, legislativa, governamental, judicial, estatal. O que importa, portanto, não é a autoridade da qual emanou o juízo, bem como o fato da decisão estar ancorada em um amplo acordo coletivo, mas a qualidade, em si, do que está em questão. O problema não é de procedimento ou de adesão e sim de conteúdo, substância.

Investigando os vários pontos expostos, Dworkin apresenta a célebre e tão debatida *teia da única resposta certa*, uma espécie de *chave* para a assimilação da sua doutrina. Já de início é imperioso fazer um desaque nodal. Como já vimos oportunidade de salientar, ao contrário do que é comum ver divulgado,

Se tivesse o direito e a capacidade, então o procedimento estaria

Dworkin não afirma que para cada caso há sempre uma única resposta certa, mas sim que, *frequentemente*, na grande maioria ou na quase totalidade dos casos, existe a *single right answer* para cada questão jurídica e de moralidade política, mesmo que complexa.³⁷

Cumprir chamar a atenção para um outro dado central. Não é que exista resposta certa para cada hipótese, mas sim que há uma única resposta correta para cada problema. A diferença é abissal. Se *se existir uma resposta certa* não há possibilidade de escolha entre respostas certas. Isto quer dizer que não há discricionariedade, opção entre alternativas possíveis. O Direito e a Moral fornecem, constantemente, apenas uma solução para cada situação. A tarefa, pois, mais do que *criar*, no seu sentido mais estrito, é descobrir, declarar, concretizar, esta resposta.

Com estrito na *teia da única resposta certa*, não há, salvo circunstância excepcional, que se falar em discricionariedade, sentido abstrato, ou seja, duas ou mais respostas certas, mesmo nos *hard cases*. Se nos *easy cases* é parente que não há juízo discricionário, nos *cases difficult, problems*, a presunção ou a normalidade é a de que somente se pode ou deve chegar a uma resolução para a demanda. Não há que descurar, contudo, a ocorrência de *juízo de empate*, *tie judgment*, que é aquele onde se conclui que nenhuma das proposições ou compreensões em disputa deve prosperar, que nenhuma delas é a única resposta certa. Nos *juizes de empate*, não haveria uma única resposta certa, ou, por outras palavras, o Direito e a Moral não abraçariam nenhuma das postulações levantadas, pelo menos não a exclusão da outra.

Há, neste aspecto, uma sutileza. Pode ocorrer que nem a argumentação do querelante e nem a argumentação do querelado sejam edonissíveis, isto é, o juiz pode chegar a conclusão de que nenhuma das duas – ambas são falsas ou ambas são defensíveis, justificáveis na certidão – é a resposta certa. Isto, todavia, não significa que não há uma única resposta certa, mas que, precisamente, este cerceio *juízo*, intercedido entre as duas postulações, é a resposta certa.³⁸ Não existindo uma única resposta certa, há, portanto, discricionariedade.

Por outro lado, não se pode esquecer que o *filho do magistrado* é falível, o que significa que a sua assertiva de que não existe uma única resposta certa pode estar equivocada.³⁹ Ela é, pelo menos, contrariada pelas partes do processo, seja como for, Dworkin, como assinalado, não elimina completamente a chance de realmente não existir resposta certa. Porém, diz que esta possibilidade é mínima. Bastante rara, se é que existe, em sistemas jurídicos avançados, bem estruturados, a partir da ligação umbilical entre Direito e Moral, com uma correlação teórica desenvolvida. Uma tal hipótese que, repita-se, é de existência duvidosa, comenta o autor, chega a ser exótica.⁴⁰ A "dimensão da moralidade

político", aduz, "torna ainda mais improvável que algum caso específico não tenha nenhuma resposta certa."⁶⁶

Elemento nuclear da referida *tese* é que a *resposta certa* não necessita de demonstração para existir. Pode haver *uma única resposta certa* ainda quando não tenha sido demonstrada ou revelada. Ora, o fato de pessoas razoáveis discordarem acerca do verdadeiro não acarreta, apenas por este motivo, que ele não seja nem falso e nem verdadeiro. Em duas sentenças: 1) ainda que todos discordem do acerto de uma solução, pode ser que ela seja a *resposta correta*; 2) ainda que não se consiga demonstrar a existência de *uma só resposta certa*, pode ser que ela exista.

A questão de haver ou não *uma única resposta certa* não é, pois, um fator de consenso, de procedimento. Seria dizer: mesmo que um procedimento de discussão não chegue a esta conclusão, mesmo que não haja acordo ou que o consenso anuncie uma solução oposta, pode haver e múltiplos procedimentos há, *uma única resposta certa*. Ainda por outras palavras: a *resposta certa* não é, obrigatoriamente, aquela escolhida por um consenso alcançado por meio de um procedimento racional de comunicação. Não é uma questão de convencimento. A *resposta certa* assim o é pela sua materialidade, pelo seu conteúdo, a sua qualificação está na sua própria substância.

Resalte-se que Dworkin não parece apegar a hipótese de que não haja *nenhuma resposta certa*. Podem existir duas ou mais *respostas certas*, porém que inexista qualquer *resposta correta* não se alguma cogitada. A inexistência de *resposta certa* significaria a impossibilidade de decidir em consonância com o Direito e a Moral. Não há que se pensar em discreditaçãode neste sentido. Pelo menos uma *resposta certa*, ainda que não a única, sempre há.⁶⁷

A tarefa de encontrar ou determinar qual é a *única resposta certa* é uma tarefa hercúlea. Por reconhecer isto, Dworkin denomina o juiz, o encarregado de procurar ou *decidir esta resposta*, de *Hércules*.⁶⁸ *Hércules* é um jurista dotado de habilidade, erudição, paciência e perspectivas sobre-humanas. Ele pode elaborar "uma teoria completa do Direito e da Moral, uma *constitucional theory*, uma *full political theory* para a legitimar plenamente a Constituição. Assim, vai enunciar todos os princípios, as regras e as *diretrizes políticas*, formularão uma ordem axiológica, de prioridades, e jogar em consonância com este esquema normativa. Ele conhece todas as normas e conhece todos os fatos. Trata-se, é evidente, de uma idealização. O *Just Hércules* recebe críticas tanto por ser uma figura idealizada⁶⁹ quanto pelo seu caráter monológico.⁷⁰ Já tenho por base a indole material da teoria.⁷¹

Por fim, uma observação. [Eu que] pode chegar que todos os direitos e deveres passam base, exclusivamente, no ordenamento positivo ou na convenção

social, nada obstante esse ponto apresentar hoje menor relevância tendo em vista que a Constituição e outros instrumentos acolhem ou promovem a relação inatável entre Direito e Moral, Dworkin refuta a noção de que a sua doutrina está alienada no Direito Natural, em uma concepção metafísica, transcendental. De igual, a concepção de que sempre existe *uma só resposta certa* não justifica esta compreensão. A referência, segundo afirma o autor, é a evolução histórica, a experimentação, do Direito, posto à prova pelos cidadãos modulares contraditórios. Apesar de sustentar a existência de direitos pré-políticos, Dworkin busca a sede deles em um acordo material da sociedade, capaz de emitir o que considera um bom e um mau argumento.⁷²

4. A *proposta conciliatória*: uma teoria formal-substancial

Se compararmos as teorias de Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, dois dos autores que produziram obras da maior convergência doutrinária, vamos perceber que, apesar das diferenças e antinômias, ambas convergem em um mesmo ponto: a idealização. Enquanto Habermas idealiza o *procedimento do agir comunicativo*, Dworkin idealiza o *Just Hércules*. A *sanção ideal de fato* é não coincidência quanto o *Just Hércules*. Logo, a crítica dirigida por Habermas, e acompanhada por muitos adeptos do procedimentalismo, ao caráter monológico ao magistral hercúleo de Dworkin, de que a tarefa atribuída a "Hércules é *irrealizável*, de que é pressuposto um inexistente sistema substantivo jurídico-co-natural", resta esvaída, já que se trata, repita-se, de uma idealização e, como tal, não guarda coerência com o empírico. De igual maneira, o *problema discursivo habermasiano* é contestado por não ter amparo na realidade, por ser uma fantasia, impraticável, pelas *condições do discurso* constituem uma *utopia*.

A idealização não conhece fronteiras: tudo é possível idealizar. Idealizar é imaginar algo que não há. Ora, a *razão comunicativa*, de Habermas, e o *Hércules* que *isso* *ideal*, de Dworkin, são contrafictícios porque são idealizações, portanto, aliás, aduzem os próprios autores. No plano do ideal, não há possibilidade de contradição, pois tudo é perfeito, não há falha, não há reversão. E permitido tanto visualizar um *discurso racional* derivado de um *procedimento discursivo* a partir da presença dos requisitos discursivos quanto um *consenso material* que pode ser afirmado por um *Just Hércules* a apresentar, quicá na totalidade das vezes, *uma única resposta correta*. Uma compreensão não pode acusar a outra de inviável, porquanto, na idealização, na transcendência da racionalidade, as duas são cabíveis. A rigor, o argumento da inviabilidade somente poderia ser empregado em uma teoria aproximativa com a realidade, ou seja, qual das duas elaborações está mais perto ou mais longe do real, do físico. De todo modo, a discussão tem que ser posta em outros termos: na análise do método, em si, da

construção de ambas as teorias, assim, da teoria procedimentalista e da teoria anticanalista. Depois, qual o modelo mais apropriado para o contexto social, o que requer juízo concreto.

A nosso pensar, a teoria procedimentalista vive em uma aporia, em um equívoco de observação de si própria, qual seja: a noção de que é um arquétipo rigorosa ou exclusivamente formal ou processualística. Esta ambigüidade não a figura possível: uma teoria que dispensa qualquer juízo material, qualquer conteúdo. Em apêndice sucinto, a democracia pode ser definida como um conjunto de processos ou formas de participação dos indivíduos. Estes procedimentos, altertos, que ensejam a chance igual da manifestação de todos, que não direcionam previamente para qualquer resultado, é que vão levar a uma solução ou, talvez, a um consenso substantivo. Uma vez transcorridas determinadas formas de diálogo, há legitimidade decisória. Neste sentido, por outras palavras: é, unicamente, o procedimento que avalla a materialidade, quaisquer das suas qualidades (certo e erro, bondade e maldade). A substância é auferida em função do processo que lhe deu causa.

Acontece que existem vários procedimentos disputando a insignia de autocrático. Enquanto o processo *A* pode ser classificado como democrático, o processo *B* pode não ser. Isto significa que há uma investigação de valor sobre o que é democrático: as características que um procedimento deve congruar para ser assim considerado. Ocorre que democracia não é um conceito unívoco e sim plural: há diversas concepções do que é democracia, do que é um procedimento democrático.

As várias concepções de democracia estão baseadas em modelos de divisão de direitos e deveres. Por tanto, inquirir acerca das formas para o exercício democrático exige uma compreensão sobre quais são e como são ou precisam ser distribuídos os direitos e as obrigações (titularização). É a sua própria das direções fundamentais, onde se vai debruçar o que se entende por autonomia, liberdade de expressão, oportunidades iguais etc. É esta declaração demandada juízo substancial.

Dizer o que é ou não é democrático, que uma idéia de democracia é superior a outra e, por isso, deve ser preferida, depende de um entendimento prévio sobre direitos e deveres, a estrutura social, o que traz análise de mérito. Acerca da proposição de "que o papel adequado do Supremo Tribunal é politizar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos", asseria Dworkin: "Isso poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso, de modo que não pudesse haver lugar para discordância quanto a ser ou não democrático um processo."¹⁴ Logo, como não há um tal consenso procedimental uniforme ou incontroverso, o que se faz é supor um tipo de organização democrática como sendo a correta. Não que talge

A teoria da decisão e da conciliação: entre o procedimentalismo...

no senso comum como fator de sustentação, a teoria procedimentalista incorre, portanto, no mesmo problema que apura para a teoria material.¹⁵

Por mais que os adeptos do procedimentalismo queiram recusar, as condições do discurso são propugnadas a partir de uma idéia material. Os requisitos procedimentais são o acordo mútuo, o consenso pressuposto, e eles se fundamentam em uma compreensão de mundo, das pessoas, dos direitos e deveres que possuem, isto é, em um juízo substantivo. É uma impossibilidade dizer que a forma vem da forma, que é o procedimento que origina o procedimento.¹⁶

Não é, realmente, procedente afirmar que o processo, segundo a teoria procedimental, pode levar a qualquer contradição, porquanto não pode violar as próprias condições comunicativas. Com isto, o procedimentalismo antecipa resultados, isto é, recebe um rol de normas, direitos e deveres, que não pode ser atingido por qualquer deliberação, que, portanto, está fora da discussão democrática, pois que seu pressuposto, sob pena de desnaturalizar o processo. Esta antecipação de sentido contraria os seus próprios fundamentos, a sua lógica intrínseca, já que nem tudo é construído pelo processo, algumas questões estão, previamente, protegidas, negatizadas: o processo não é tão aberto assim, possui uma esfera fechada.¹⁷ Pode-se, pois, asseverar que não há como um autocrático substantivo nascer de mecanismos, exclusivamente, formais, porque eles, a rigor, não existem.¹⁸

A densificação dos requisitos ou das formas de diálogo, concludas de modo vago ou flúido, evidencia a imperiosidade dos juízos materiais. Como contém oportunidades iguais de intervenção no debate para pessoas em situações não designadas? Como dizer que um participante está realmente em contradição, quando ele próprio nega e outras pessoas consideram que não? Como garantir que um orador distorce dolosamente fatos ou idéias (*logos entelesticos*), notadamente se a maioria dos interlocutores ou um quase unânime consenso afirma o inverso? Quais são os bens indispensáveis para uma vida digna, na qual o sujeito está capacitado a exercer as liberdades comunicativas? Salvo as raras hipóteses *excepcionalmente previstas* (mas que, em qualquer caso, são produtos de juízos materiais), como a verificação de que, se em um debate televisivo, os dois candidatos finalistas tiveram o mesmo tempo de fala ou, se no curso de um processo legislativo de cinquenta a Cemitério foi respeitada a regra de dois turnos de discussão e votação, a conciliação da estrutura procedimental exige investigação ou preenchimento substantivo.¹⁹ Resumindo: a qualificação de um processo como democrático ou não é, primordialmente, decisão de base material e não formal.

É flagrante, como se nota, que o cerne da questão é a determinação de quais são os direitos e os deveres, bem como a sua alocação ou distribuição. Quais direitos e obrigações uma pessoa titulariza? Até que ponto podem ser confor-

mação (limitados e condicionados)? É, por exemplo, qual o padrão acordado para deliberar se um ordenamento positivo trata os indivíduos igualmente ou se eles têm as suas liberdades fundamentais respeitadas? No fundo, todo arranjo procedimentalista se origina de um juízo material, não o contrário. Tendo em conta o entrelaçamento entre processo e substância, perde o sentido, a lógica, a precorização de que o Judiciário ou a Corte Constitucional não podem examinar ou rever a materialidade proclamada através dos procedimentos reputados democráticos, mas tão-somente atestar ou fazer cumprir as ditas formas. Perde razão a afirmativa que prega o Judiciário ou o Tribunal Constitucional como *guardião da democracia*, quando com isto quer expor que os juízes não possuem atribuição para tomar ciência dos conteúdos e sim apenas dos processos.

Consoante assinalado anteriormente, é preciso que se esclareça exatamente, sem subterfúgios, o que significa propugnar que os juízes devem ser *experts on process*, que os tribunais devem se ater ao controle das formas de diálogo público, isto é, devem atuar tão-somente para preservar ou garantir a democracia dos ritos procedimentais de deliberação social. Isto requer, por óbvio, o conceito, *a priori*, do que é *processo*, do que são as *condições constitutivas*. Algumas hipóteses concretas ajudam a clarificar a problemática.

O *Pattior Act*, editado após os arrebatos de 11 de setembro de 2003, na sua primeira e segunda versão, agita os *pressupostos do direito*. O que está em questão é material ou processual? A decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos no caso *Carrington vs. Rash*, que declarou a inconstitucionalidade de lei do Texas que negava o direito ao sufrágio daqueles que se mudaram para o Estado em virtude do serviço militar, é processual, não faz juízo substancial, somente protege o *processo da democracia deliberativa*. Uma hipótese aventada por Bruce Ackerman, diante do avarço ou da ameaça do fundamentalismo islâmico, o Congresso, correspondendo à reivindicação do povo estadunidense, atua em nome de forte mobilização, promulga lei que estabelece o cristianismo como religião oficial e veda a culto público de quaisquer outras crenças. Uma tal norma deve ser considerada inconstitucional, eia é incompatível com o *procedimento aberto da razão dialógica*. Ackerman pensa que não.²⁴

Bem analisados, todos estes juízos são substanciais, importam em exame de conteúdo, de valor.²⁵ Eles demonstram a enorme confusão de advogar que os magistrados só podem atuar como *protetores do processo democrático*, através de um mecanismo, exclusivamente, sobre formas, ou seja, estranho a toda consideração de ordem material. É simplesmente uma impossibilidade. Consoante a teoria procedimental, em qual ou em quais das hipóteses enumeradas os juízes estão aptos a agir? Ora, a própria distinção, inconstitucional no âmbito do que é processo e do que é substância, revela juízo material.

Poder-se-ia sustentar que o *Pattior Act* vai de encontro ao *procedimento deliberativo* por respingir, invalidamente, o direito de manifestação, argumentação, por não respeitar o contraditório e a ampla defesa, por violar ou contrariar a liberdade dos indivíduos, por meio, por exemplo, de prisões arbitrárias, sem provas contundentes, baseadas apenas em supelendas presunções, que também não precisam ser divulgadas. Estas ilações são, contudo, de cunho material. Ora, assegurar que alguém tem o seu direito de alegar e contraditar, conforme o contraditório e a ampla defesa, avaliado pressupõe dar conteúdo a este direito, pressupõe que se saiba previamente o que ele é. Afirmar que um direito sofreu uma revolução invidiosa pressupõe um conceito sobre ele, quais os seus conteúdos.

Vejam os *Carrington vs. Rash*. A teoria procedimental aceita a invalidação jurisdicional desta lei sob a assertiva de que há violação dos *registros da democracia deliberativa*, logo o julgado tem que ver apenas com o *processo comunicativo*. Pessoas foram excluídas de direitos políticos, foram excluídas do *processo democrático de decisão política*. Ocorre que concluir que estas disposições afetam direitos fundamentais exige uma compreensão material de tais direitos.

O exemplo de Bruce Ackerman da transformação do Estado Laico em um Estado Religioso, comprometido com o cristianismo, onde o culto público de qualquer outra crença é proibido, parece contrariar a visão procedimental do Estado, do direito e da democracia, conforme, por exemplo, a descrição habermasiana, que aboga um pensamento pós-metafísico, dessecularizado. Um ordenamento jurídico sedimentado em uma compreensão religiosa, injusticialmente divina, com a exclusão das mesmas oportunidades de manifestação aos demais credos, não seria processualmente aberto ou comunicativo. Logo, o Tribunal Constitucional, consoante a teoria procedimentalista, poderia invalidar esta lei? Ou será que esta é uma decisão substantiva da comunidade e, assim, o Tribunal está impossibilitado de se imiscuir?

O equívoco da teoria procedimental é assinalar a legitimidade apenas na sua versão processual. Ao lado da *legitimidade processual* existe a *legitimidade material*. É a *legitimidade* ou a *justiça substantiva* independente da *legitimidade* ou da *justiça procedimental*. Uma posição e materialmente justa em função do seu conteúdo, não em função de ter sido conferida por um dado formato procedimental ou pela adoção que congrega. A *legitimidade substantiva*, o acerto de uma deliberação, não se mede pelo maior ou menor consenso gerado. Inclusive uma sentença que goza de unanimidade pode ser injusta ou tal.

Em uma escala de probabilidade com a reflexão de um sujeito isoladamente, a prática de monarquia, o conjunto de argumentos, é o mecanismo mais confiável para alcançar a instância de normas novas.²⁶ Não obstante, não é seguro que a decisão decorrente de um *processo comunicativo* seja, ontologicamente,

acertada, justa, o que significa que não necessariamente esta deliberação deve prevalecer sobre o juízo de uma pessoa ou de um grupo reduzido (minoritário) de pessoas.¹⁷ Ainda que seja menos provável, pode ser que uma única pessoa tenha razão contra todos as outras. Em outras palavras, uma pequena minoria pode estar com a razão contra uma ampla maioria. A presunção de que a razão está com a maior parte das pessoas, uma vez obtida através de um *processo de debate* com vistas ao entendimento social, é relativa, e pode ser que nem ela adirir-la perante as circunstâncias concretas de uma hipótese. Conforme já marcado, nem a unanimidade possui a certeza da verdade ou da justiça.

Segundo os autores estudados, tanto a teoria procedimental quanto a teoria material rejeitam qualquer funcionamento metafísico ou jusnaturalista. O que diferencia, portanto, a teoria material da teoria procedimental seria que enquanto a primeira averba a existência de um consistente ou vasto consenso material na sociedade, o qual pode ser conhecido e declarado, a segunda assevera a inexistência de um tal acordo, tendo em vista que a comunidade contemporânea é multicultural, *polissêmica*, *heterogênea*, identificada por um forte dissenso substancial. Em que pese o engenho para tentar explicar por meio de formulações racionais ou *auto-evidentes*, as mencionadas concepções de uma e de outra doutrina afirmam a existência de ceticos e deveres pré-políticos, ou seja, transcendentes ao ambiente, pressupostos, indiscutíveis, indispensáveis.

A teoria procedimentalista preconiza um texto constitucional menos denotador e compromissos conciliatórios, mais superficial, enquanto a teoria material extrai da redação positiva uma substancialidade normativa, não precisamente a mandamentos de *formas de constituição*. A Constituição dos Estados Unidos da América poderia ser vista como um modelo de Constituição Procedimental. A Constituição brasileira, tal como a mexicana, a portuguesa ou a espanhola, poderia ser considerada como um modelo de Constituição Material. Contudo, nada impossível, muito pelo contrário, uma visão substancialista da Constituição dos Estados Unidos, como faz, entre outros, Dworkin. Por outro lado, uma compreensão processualista da Constituição brasileira ou da Constituição venezuelana enfrentaria sérias dificuldades, tendo que lidar com preceitos materialmente taxativos ou evidentes, *desbrazabilizar* ou ignorar postulados.

Uma teoria da Constituição vai, necessariamente, configurar um juízo de procedimento e substância.¹⁸ Não há materialidade sem processo, tal como não há processo sem materialidade. A graduação e a qualidade desta junção comportam variações. Não há um só padrão de teoria constitucional, mas diversas variações em razão da sociedade e da normatividade elaborada. Uma Lei Fundamental pode escrivir mais substância e, assim, vincular materialmente mais os procedimentos do que outra.

Relembre-se: um procedimento justo é indicativo e não certeza de deliberação justa. Quanto mais democrático o processo, maiores chances de uma boa decisão. Uma decisão pode ser: a) democrática e justa; b) não democrática e injusta; c) democrática e injusta; d) não democrática e justa.

Conforme a deliberação exposta, abraçamos uma teoria mista, conciliatória, que se poderia denominar de *formal-substancial*.¹⁹

¹⁷ Mestre em Direito e Doutor em Direito Público pela UERJ, Fausto de Coutinho pela Universidade de Coimbra. Pós-Graduação: Law Senior pela Universidade de Coimbra.

Quæstio 3^a 1^a

com um quarto em outro ator, a universalidade é relativa, não se mescla com um conhecido:

cit. *entre frères et valets*, cit., v. l., p. 145.

21 HÄBERMAS, Jürgen. *Notas para uma ética para a modernidade* (orig. de alem. *ethica da modernidade*), p. 116. Em: *concepção liberal*, veja-se: *Direito e democracia, entre positivismo e sociologia*, cit., p. 20, p. 32. Confira-se: *Direito e democracia, entre legalidade e moralidade*, cit., p. 1, p. 142-148. Confira-se tb. MALA, Antônio Cavalcini. *Direito humano e a teoria do direito do autor e da democracia*, in: *Arquivos de direito humano*, v. 2, Rio de Janeiro: Perspectiva, p. 3-88, 2000, p. 36-21, entre outras. P/21, joana. *Ficha do autor e a personalidade ética e comunicativa*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 1994.

22. HATHENBACH, Jürgen. Notes on the structure of the maximal subgroups of a group. *Math. Z.* 1976, 125, 225-231.

23 Idem, p. 118.

24 Ibidem, p. 137 e 149. Requerito, portanto, é que se pense sobre o poder em sua racionalidade, em onde que a moral poder se racionalizará.

25 HALBERGAST, Jürgen. *Conectando mundos e agências comunicadoras*. La Cosechadora: moré e agências comunicadoras, cit. p. 143-233, p. 147. Tais notas programáticas para a transformação da comunicação de pensamento, cit. p. 78 e 86. Pode-se dizer que é feita uma “transformação comunicativa” do imperativo categórico kantiano “*Oh VIELACCO! Waria! Jüder du düssam! Appel an Libertaad*!” Rüdiger Jüttner, FAPESP, 2001, p. 11. M224, Jüttner, *Êtica do discurso*, cit. p. 107 e 80. Sobre o ponto, consulte-se: MALA, André do Carmo. *Dilemas humanos e a busca do ético*. *Curso de direito e da democracia*, cit., por ex., p. 21-31. Atores (libertários “Nós devemos

327 *verru de disiecta e da constituição entre o procedimento legislativo...*

como centros e não porque os experimentos obtem, através destes, a realidade física de certas fôrmas — observamos que estas fôrmas visuais, a fidelidade pessoal suprema que elas possuem, a colectiva (...) mandamentalmente ou em harmonia colectiva (...) mandamentalmente possuem uma validade para todos e cada um em particular." *Director e democracia: entre fidelidade e voluntarismo*, cit., v. 1, p. 193. Contudo, o Professor se distancia de uma noção idealista da moral, indicando, em que pese, rejeitar qualquer plano supra social de fundamentação:

26. Conquanto a norma do artigo 9.º preveja que, para além do período de acesso, o aluno possa também fazer *trabalhos de acesso*, "diferenciações sociais entre os cidadãos não são apenas de natureza pública e privada". A norma do diploma "tem, a efeito do seu todo universalidade, da validade das regras morais", procurando possibilitar a todos, sem excepção, uma conduta em acordo com o *agere conveniendum* (IMBEBRIMAS, [in]cm. *Director e komentator* da obra jurídica e acadêmica, cit. v. I., p. 144).

1493. *Agere conveniendum* e *regula deservitendum* (ibidem, cit. p. 63). Note-se, como antes já se afirmava, a correspondência com o conceito do *aut* de

27 V., c.g. HABERMAS, Jürgen. *Agora comunicativa e razão deliberativa* (tradução de, et al., P. P. S. e os.). A questão habermasiana não é conclusiva - o que é a verdade - e um proceduralismo - a racionalidade discursiva da construção da verdade. Na verdade, há relatividade, dependência do ambiente: "uma auto-compreensão crítica do ambiente". Uma auto-compreensão crítica só pode ser autêntica no horizonte de uma forma de vida dada preliminarmente; a escolha

de estratagemas só pode ser material em relação às suas verdadeiras; um compromisso só pode ser lido em relação a direções de interesse das quais a validade dos argumentos corresponde à sua relativa à realidade histórica e cultural da comunidade jurídica, relativa também às condições sociológicas, aos fins e situações de interesse de seus membros. Mesmo quando se medeia a ideia de que atitudes de motivos se materializam no decorrer de uma interação coletiva a nacional na verdade, convertem-se os argumentos, não se pode ver-lhe a facilidade das conexões existentes, caso contrário, os discursos céticos e pragmáticos, misturados aos compromissos, perdem um a ser nulos? *Diritto e democrazia: strutture di un "e se" nullo?* (Firenze e elsewhere: strutture di un "e se" nullo", cit. n.º 1, p. 196). De qualquer modo, "A correção de juízes conservadores não pode ser explicada em sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois dificilmente há uma ocorrência social que não pode ser interpretada em termos: "Correção" significa reconhecimento nacional, aprova em argumentação." p. 231.

28 Sobre esta recente reafirmação, e de quanta no do autor: "A minha encolinha-se, restringindo-se ao aspecto formal, fazendo a nacionalidade dos cidadãos depender somente da nacionalidade dos pais, deixando de ser também uma condição para a resolução dos problemas – problemas complexos e técnicos na comunidade dos pesquisadores – e assim, tornando-se um mero instrumento organizativo da ciência".

29 Sobre a importância da participação da comunidade, afirma: "A participação da comunidade e dos cidadãos de um Estado democrático e de direito não depende da validade das condições de validade da validade dos resultados".

30 Sobre a importância da participação da comunidade, afirma: "A participação da comunidade e dos cidadãos de um Estado democrático e de direito não depende da validade das condições de validade da validade dos resultados".

29) A assinatura do Professor grega-nico, bem emblemática, dá um testemunho: "Um Estado social providente, que oferece chances de vida, garantindo a cada um a base material para uma existência humana digna, através do direito ao trabalho, à segurança, à saúde, à habitação, à educação, ao lazer, à construção de um futuro e às condições materiais de vida, constitui o uso de poder, através de sua intervenção, que deve permitir, permitindo a todos os cidadãos a plena participação na vida política".

táticas de um aproveitamento, em igualdade de chances, das liberdades negativas." HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, cit., v.2., p. 143.

30 *Idem*, p. 181 e 182, 86.

31 *Idem*, p. 179-323, entre outros escritos. V. tb. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, cit., v.1., p. 304 e ss.

32 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, cit., v.2., p. 149. 1b. VALLA, Antônio Cavalcanti. *Espelho público e direitos humanos: considerações sobre as perspectivas habermasianas*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1997, p. 3 e 5; NEVES, Marcelo. *Do consenso ao diálogo: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas*. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Universidade de Brasília, p. 111-163, 2001, p. 114.

33 *Idem*, p. 144. Onde se lê Estado se pode ler direito positivo, é o caso, pois, da Constituição que, segundo Habermas, perde, progressivamente, a sua força vinculante, especialmente na sua compreensão tripartite. Contudo, por ex., p. 125. Overstump, a noticiada crise do Estado Nacional, a qual, para o autor, "tem os seus dias contados" (HABERMAS, Jürgen. *Ensaio de reconstrução*. Tradução e introdução por Flávio Brato Stiehlensich, em: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 31. V. tb., p. 106-116, entre outras.

34 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, cit., v.2., p. 183.

35 HABERMAS, Jürgen. *Liberalismo e democracia: entre facticidade e validade*, cit., v.1., p. 334.

36 *Idem*, p. 333.

37 *Idem*, p. 301.

38 V. ex., per ex., HEKKEBA, GOMÉZ, Manuel. *Language y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas*. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro

de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 121 (Nueva Época), p. 31-70, jul./sept. 2003, p. 67.

39 V. MOURA, Ignácio Torres. *Estado e justiça: uma leitura de «Reflexiones y voluntades»*. In: *Perfiles de Teoría del Estado y Derecho*. Torna L. Madrid: Universidad Complutense de Madrid; México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 311-343, 2000, p. 342, entre outros. Curioso, na linha do que se chamou de *asistencia habermasiana* (Farraghe 1996), para assinalar que o conteúdo da obra poderia ser exposto em um texto neutro, de forma mais breve, sem prejuízo (Dietrich, Manuel. *Estado e direito a abertura* (Manuel Dietrich Redondo) ou que pode bastar de seus textos (Willian Rêgo), quando se diz que poderia haver *mayor claridad y depura* (Torres Moura). V. tb. VELASCO, Marina. *Ética de direitos: após um Habermas*, cit., p. 82-90.

40 V., por ex., GARCIA MARZA, Domingo. *Ética de la justicia*, cit., p. 190 e 191.

41 Unwoblen existe um nível desafiado na produção de muitos juízes presentes. Para citar apenas um, em outra *família jurídica* (da *common law* para a *civil law*). Robert Alexy, da Universidade de Kiel.

42 "In England, for example, the issue of whether minimum wage legislation is fair was a political issue, but in America it was a constitutional, that is, judicial, issue as well." DWORCKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 3.

43 *Idem*, p. 4. V. tb. AARINO, Aulis. *La justicia no es como razonable en sentido sobre la justificación jurídica*. Tradução por Ernesto Garçon Valdez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 212-217. Na doutrina nacional, o caso *Por una zona de protección constitucional* de *razonabilidad*, cit., p. 205-207. Sobre o pensamento de Aulis Aarino, na literatura brasileira, v. TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Crise moderna e variáveis*

da teoria da direito e da constituição: entre a procedimentalismo...
debe argumentarse no direito, o modo de Aulis Aarino. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 154, p. 213-221, abr/jun. 2002.

44 DWORCKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, cit., p. 14 e ss.

45 São, em breves palavras, *seis o critério que habita* a distinção entre regras e princípios, o *critério forte*, mais consistente do que o *critério gradualista*, o *critério fraco*, apenas indicativo. Na doutrina brasileira, o caso *Por uma teoria do princípio e princípio constitucional de razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 39 e ss., notadamente p. 43 e 46, onde se propugna um *critério mais gradualista-qualitativo*. Vale salientar que, para mais do plano da validade... a validade dos princípios, no contexto das regras, é sempre pressuposta - e do plano da implementação, as normas também se colocam no plano da vigência e no plano da eficácia.

Cumprir salientar ainda que essa dogmática se depura como um impulso existencial no reformulador, em que pode ser hoje, num sentido, a qual, em si mesma, e entre outros aspectos, revela que também as regras se dão no supracitado, também, das condições de duração do seu uso da incoerência, compunção de um modo diferente daquele dos princípios. Compurgamos desta compreensão. Na escrita da nossa *Declaração de Montreal*, para entrar a ideia da sempre multilateral, de uma regra em se *deus orientações*, relacionando com a seguinte teoria: a possibilidade não acontece entre as regras *em conflito*, uma em si mesma os princípios que dão base para eles. Se o princípio A prevalece sobre o B, então a regra B é *gloriosa* (não regula a hipótese), sem que com isso se desague obrigatoriamente à sua invalidação, para a aplicação da regra A. O *conflito*, portanto, não ocorre (diferentemente) entre as regras A e B, mas entre as prioridades A e B. Sem esta constatação, a proporção do *modo* ao modo das regras é evidentemente insustentável.

46 ALEX, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto Garçon Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86, 87, 93-101, por ex.

47 DWORCKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, cit., p. 22 e ss.

48 *Idem*. Em outro contexto "Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals." p. 90.

49 *Idem*, por ex., p. 16.

50 V., por ex., DWORCKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução por Luis Carlos Rêgo. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 339.

51 DWORCKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, cit., p. 33.

52 *Idem*, p. 31-39, 69.

53 *Idem*, p. 28.

54 Ao analisar as concepções clássicas do *interpretation* e do *noninterpretation*, Dworckin, que sem dúvida se enquadra na segunda corrente, concede uma nova visão do *modo interpretativo*. "As regras gerais não classificadas como *non interpretativas*" - as que não possuem mais *arbitrariedade* ou *liberdade* do termo *efetiva* da Constituição - são claramente interpretativas em qualquer outro sentido possível. Elas não determinam um modo de ação da Constituição nem os motivos dos que a fariam, antes procuram colocá-los no contexto adequado. Os *testes* "não interpretativos" afirmam que o cumprimento de nossa comunidade jurídica com esse documento partecipa, com esses dispositivos estabelecidos por pessoa, em essência, pressupõe um compromisso *prévio* com certos princípios de justiça política que, se devemos agir com responsabilidade, devem, por conseguinte, ser refletidos pela maneira como a Constituição é lida e aplicada." *Uma questão de princípio*, cit., p. 43.

55 "Os melhores princípios de qualificação política exigem que sempre se atenda a vontade da maioria? A pergunta responde a si mesma." *Idem*, p. 101.

56 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, ed. p. 141. V. 70. *Uma questão de princípio*, cit. p. 17 e ss. Dworkin rejeita duas modalidades de argumentos que alterariam a essência judicial restrita: a) o argumento *estilo* certi-

as últimas decenas de años, los modelos de personalidad (personality models) no expresaron nunca cosas a modo ser *vs.* *no ser* (being *vs.* not being), no expresaron las preferencias o las opiniones (preferences and opinions) que las personas tenían, ni el argumento de *debería ser* (*ought to be*) o el argumento de *podría ser* (*could be*), que nosotros a veces utilizamos para justificar o rechazar una conducta. Por lo tanto, la psicología de la personalidad debe centrarse en describir, explicar y predecir la conducta, no en decirnos qué deberíamos o qué podríamos hacer.

ter uma posição de deferência diante daqueles que são politicamente responsáveis perante o povo (*legislatum, administratum, conservatum*). Assim, os *gubernati* nem sempre são passivos: se detidos por injustiças ou tribunaux, devem ser disculpados e perdoados; pelas ocupações de cargos *estives*, pela maioria, não por uma minoria, por outros de cargos vitais.

57. Se refutamos a idéia de que "este erro forma canônica de democratização, os dois elementos também rememoram à idéia de que a revisão 'judicial' está errada porque como uma invenção, não é uma 'democratização'." WOLSKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p. 101.

38 D'WRK, N., Ronald. *Teasing Ribber* (Sensory, ed. p. 147). Minister. "In practice, the Government will have the last word on what an individual's rights are, because its police will do what its officials and courts say. But that does not mean that the Government's view is necessarily the correct view; anyone who thinks it does must believe that man and women have

Only such moral rights as "conventional liberties as to grant which means that they have no moral rights at all." P. 184 & 185. *Ib.* p. 204.

61. Idem, p. 148 v. 149.

73 Robert Alvey entende que *Hyphobos* e *Neobios* sejam *regressos* corretos, portanto poderiam ser citados sob outros requisitos ideais: 1) tempo ilimitado, 2) informação ilimitada, 3) clareza e inteligibilidade ou conceitual ilimitada; 4) capacidade

algunas cosas se puede dar una respuesta correcta y una incorrecta. Y, que no se asese en que parece un sí, o no, o un poco, o mucho, o nada, o una respuesta correcta y una incorrecta. Solo presuponga que en algunas cosas se puede dar una respuesta correcta y una incorrecta. Y, que no se asese en que parece un sí, o no, o un poco, o mucho, o nada, o una respuesta correcta y una incorrecta. Solo presuponga que en algunas cosas se puede dar una respuesta correcta y una incorrecta.

74. Verneir a exposição e a crítica de Habermas, *Diálogo e democracia: novos princípios e validade*, Rio de Janeiro, 1993, p. 72.

75 Na opinión de Henry, "no son posibles teorías éticas materialistas que den una única respuesta, con certeza, irrefutable y universal a los dilemas a cada situación moral, pero, que si son

posibilidad de recurrir a procedimientos que permitan reglas o conclusiones de la argumentación o de la decisión práctica racional". Al FXX, *Reserva Técnica de los derechos fundamentales*, cit., p. 530.

○ Profesor de Kelsen, citando al que intentó a veces forzar los principios: "Lo que sucede que en materia judicial se violan los principios, todas las relaciones de prioridad diferentes y se con-

as en el caso, y por ello, determinamos involucrar la decisión en cada uno de los casos, si bien se permite una teoría de los principios de la forma más fuerte, sería sin duda acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta.⁷ *Posición y razón práctica*, cit., p. 15. Así, en primer o segundo nivel de tesis, antes Alcega.

“El procedimiento de ponderación es racional por lo que el procedimiento que en cada caso conduciera a exactamente la misma solución.” *Teoría de los derechos, fourth amended ed.*, p. 333.

como fundamento do acordo que se negocia, preservado como *sermo pignori* frente a qualquer pretensão histórica, relativista ou utilitarista. El pacto presupõe que no hay más acuerdo sobre lo que se pacta que el procedimiento. No puede serlo, claro está, porque presu- sué que no es necesario pactar las reglas de procedimiento. Pero esto tampoco es posible porque presuime, a su vez, que no es necesario pactar quienes son los sujetos del pacto."

1. ADREVEZ, Luis Numa. *La idea del pacto original*. In: *Revista de Estudios Políticos, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 109 (Nueva Época), p. 9-28, jul-ago. 2006, p. 26 e 27.

81 Ministra Ladvocat: "La suposición habita- naria de que el proceso comunicativo puede por sí mismo contribuir en el sentido social, p- tiene en cuenta que los presupuestos históricos no deliberados, que condicionan la actitud y la voluntad de los deliberantes que intervienen en el proceso, están tan presentes en el proceso como los recuerdos explícitos. La teoría de la acción comunicativa se funda, por lo demás, en una lógica lógica consistente en anticipar el contenido de un acuerdo del proceso del ha- rrearse mediante el que se pretende llegar al acor- do. Debería ser obvio que el contenido del pacto no puede deducirse de la forma mediante la que se pretende llegar a establecerlo. (...) Las ideas de «espacios sociales» y de relaciones reciprocas presuponen que el interlocutor sea concebido como un «Quien», un «alguien», un «sujeto» con iguales facultades para partici- cipar en la discusión y ser «tolerado» por los demás interlocutores. La tolerancia y el pacto se basan en la reciprocidad: la admitir por la igualdad entre los discursos entre. Pero, ¿qué tipo de igualdad es ésta? ¿quién ha de ser admiti- do como «Quien» y cuánto hemos de admitir del sustrato que preside que nuestro interlocu- tor que, desde su propia situación, accede, queda conforme a la vez, interactivo, es decir, tras- cendente al pacto moral, y universal." *Ibidem*, p. 23, 24 e 25.

82 "La idea de dedicar la convivencia pacífica del pacto encierra una falacia lógica: no hay posi- bilidad alguna de deducir un acuerdo sustan- tivo de un acuerdo sobre un método porque el acuerdo sobre la aplicación de un método pre- supone que hay un presupuesto sobre quie- sos los legítimos para adoptarlos, los obliga- dos a acatarlos y los beneficiarios incondicio- nales del acuerdo. Pero estos asuntos sustantivos, sobre los que debería descansar el pacto, los que que liberen en la sociedad procedimental, sus principales fuentes de conflicto y de violencia, Para aplicar un pacto es necesario, por tanto, determinar previamente quienes son sus obli- gados y sus beneficiarios y sobre eso no se puede pactar porque, siendo un presupuesto de la tra- sacción, queda fuera de ella." *Ibidem*, p. 24.

83 Véase, por ex., Carlos Santiago Nino, que, entre otros, enumera tres prescripciones funda- mentales de la armonía de la persona, princi- pio de inviolabilidad de la persona e principio de dignidad de la persona. NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 171. *La constitución de la democracia delibe- rativa*, cit., p. 73-82.

84 ACKERMAN, Bruce. *86 der people: founda- tions*. Cambridge: Massachusetts, London: Harvard University Press, 1991, p. 14 e 15.

85 Esclarece Carlos Santiago Nino: "En recurrir a principios valorativos no es posible elegir en- tre dos o más normas, llevar una jugada, adecua- nar el método de una existencia con de una con- creta situación, sobrellevar o fijar el límite de apli- cabilidad de una expresión real e poder, tam- bién vago. Los diferentes criterios de interpreta- ción a que se acude aquí para resolver estas pro- blemas, sufran, ellos mismos, de indetermina- ciones. Y, de hecho, sus propios fundamentos (...) no pueden ser aplicados sin una previa opción valorativa." NINO, Carlos Santiago. *Teoría, Moral y Política*, cit., p. 93. Véase, p. 181 e 182.

86 Es, por tanto, el dilema que plantea Carlos Santiago Nino: "la democracia es el procedimiento más favorable para poder acceder al conocimiento de los principios morales." *Ibidem*, p. 134.

87 "Se podría decir que no hay garantías de que

si, al menos, tengamos siempre mayor razón acerca de lo hechos o de la lógica, que la que tiene el juicio individual de la persona que propone la solución rechazada. Se podría alegar que un individuo aislado o una minoría iliminada es e menudo consistente de una verdad que la mayoría se refusa a reconocer." NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia delibe- rativa*, cit., p. 174.

88 Como explica Kelsen: "A Constitución não é, então, um contrato, uma regra de procedimen- to, mas também uma regra de fundo; por con- seguinte, uma lei: pode ser, então, inconstitu- cional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretrizes hierárquicas na Constituição. (...) Por isso costuma-se distin- guir a inconstitucionalidade formal da inconsti- tucionalidade material das leis." Kelsen, Hans. *Teoría de la Constitución*. Introducción e edición por Sergio Ferrer de Cid. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131.

89 Robert Alexy empreza a expressão material, *procedimental*, "valor para esse ensaio no proce- dimento diante do substantiva, isto é, que a trans- mitalidade é vista através do processo: uma sub- stancialidade procedimentalizada." ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 305. Ademas uma inversão lógica tem co- para realçar que a substância deve ser anali- sada também independente da forma de produ- ção que, de todo modo, foi solidificado sob bases materiais, bem como para salientar que a esta- tuta processual é necessária para se alcançar a substancialidade, em si, é intrinsecamente em relação ao resultado ou ao conteúdo. Em que pesa Alexy, busca uma possível conexão entre Habermas e Dworkin, a formulação que defende não é a mesma. Em termos raras, difere que, con- tudo, Alexy é mais procedimentalista do que sub- stancialista; produzimos uma doutrina mais material do que formal.

6 Referências Bibliográficas

- ABRÃO, Aulio. *Los métodos como razonables: un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução por Ernesto Garçon Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ACKERMAN, Bruce. *86 der people: founda- tions*. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1991.
- ALEXI, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.
- _____. *Teoría del argumentación jurídica: a teoria da discussão racional como teoria da justificativa jurídica*. Tradução por Zilda Turchetto Schild Silva. São Paulo: Lund, 2001.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. In: Tradução por Ernesto Garçon Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATTENZA, Manuel. *As bases da Direita no- rias do argumentação jurídica*. Tradução por Maria Cristina Guimarães Caputo. São Paulo: Landy, 2000.
- DREXEL, John S. *Discursive democracy: poli- tics, policy and political theory*. Cambridge University Press, 1990.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.
- _____. *Uma garantia de privacidade*. Tradução por Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GARCIA MABZA, Domingo. *Ética de la justi- cia*. Madrid: Tecnos, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *A teoria da legitimidade da democracia*. Tradução por Verônica Chacón. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. *Agir comunicativo e razão prática: a racionalização da*. Tradução por Luca Azeite. Revisão por Daniel Caminha

_____. *Constituintes: ideias e ações constituintes*. Tradução por Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre partitidarismo e nobreza*. Tradução por Flávio Bono Siebenichler. 2.ed. 2v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Fora da democracia*. Tradução e introdução por Flávio Bono Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso*. In: *Constituintes: ideias e ações constituintes*. Tradução por Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 61-141, 2003.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução por Flávio Bono Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Lenguaje y acción en la teoría de la acción constitutiva de Jürgen Habermas*. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 121 (Nueva Época), p. 31-70, jul./sept. 2003.

KESSEL, Hans. *Juridificação constitucional*. Introdução e revisão por Sérgio Sevilha da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LADWÉZ, Luis Migue. *La idea del pacto originario*. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 109 (Nueva Época), p. 9-28, jul./sept. 2000.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *Direito humano e a teoria do discurso do direito e da democracia*. In: *Arquivos de direitos humanos*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-80, 2000.

_____. *La idea del pacto originario*. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 109 (Nueva Época), p. 9-28, jul./sept. 2000.

NEVES, Marcelo. *Do consenso ao discurso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas*. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Universidade de Brasília, p. 111-163, 2001.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Cerdasa Editorial, 1997.

OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da moralidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIZZI, Jovino. *Ética do discurso: a racionalidade de trico-comunitária*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 1994.

VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apêl ou Habermas?* Rio de Janeiro: PAPER, 2001.

WALZER, Michael. *Sphere of justice, a sphere of politics and equality*. Basic Books, 1983.