

A DIMENSÃO POSITIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A ÉTICA E A TÉCNICA ENTRE O CETICISMO DESCOMPROMISSADO E COMPROMISSO IRRESPONSÁVEL

Wálber Araujo Carneiro*

RESUMO

A “dimensão positiva dos direitos fundamentais” é um elemento marcante para as discussões em torno da eficácia dos chamados direitos de segunda dimensão (geração), ou os chamados direitos sociais, econômicos e culturais. Em torno deles se estabelece uma tensão entre as necessidades “fundamentais” do homem e as possibilidades de um Estado provedor, traduzidas analiticamente pelas estruturas dogmático-doutrinárias do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”. O presente artigo visa a análise da superficialidade de tais estruturas em relação à complexidade da questão e propõe, a partir de um modelo fenomenológico-hermenêutico, uma discussão mais profunda que permita o debate a partir da abertura de uma nova circularidade. Esse novo círculo pressupõe, em síntese, o enfrentamento do problema da técnica na era moderna, suas possibilidades e sua potencialidade dissimuladora.

PALAVRAS CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITOS SOCIAIS; ESCASSEZ; RESERVA DO POSSÍVEL; MÍNIMO EXISTENCIAL; TÉCNICA; ÉTICA; HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.

RESUMEN

La “dimensión positiva de los derechos fundamentales” es un factor para las discusiones alrededor de la eficacia de los derechos de la segunda dimensión (generación), también llamados de derechos sociales, culturales y económicos. Alrededor de ellos si establece una tensión entre las necesidades básicas del hombre y las posibilidades del Estado, o sea, por un lado se reconoce la atención a "niveles esenciales" mientras que por otro la escasez impide concretarlos. Este artículo trata de la superficialidad del análisis delante

* Doutorando pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito Público e Especialista pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professor da Universidade Salvador – UNIFACS. Advogado.

de la complejidad de la discusión y busca una nueva y profunda mirada hacia un modelo fenomenológico-hermenéutico. Este nuevo círculo estima, en síntesis, la confrontación del problema de la técnica en la edad moderna, sus posibilidades y su potencialidad de disimulación.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS FUNDAMENTALES; DERECHOS SOCIALES; ESCASEZ; RECURSOS DISPONIBLES; NIVELES ESENCIALES; TÉCNICA; ÉTICA; HERMENÉUTICA FILOSÓFICA.

INTRODUÇÃO

Havia escrito um texto sobre esse mesmo tema na oportunidade em que desenvolvia as pesquisas de Mestrado na Universidade Federal da Bahia (CARNEIRO, 2004). Nele, como o próprio título denunciava (Escassez, eficácia e direitos sociais: em busca de novos paradigmas), buscava uma (nova) resposta para a problemática da eficácia dos direitos sociais, elemento central na crise de efetividade da Constituição e na tensão percebida entre direito e economia. Em síntese, aquilo a que hoje me refiro como sendo a “dimensão positiva dos direitos fundamentais”¹ não deveria ser encarada como algo indiferente ao Direito, na medida em que há prestações materiais demandadas e que “direitos não nascem em árvore”. A tese central do trabalho pressupunha uma crítica ao modo como a Teoria da Constituição e da Norma Constitucional vinha enfrentando o problema, contornando sua dimensão econômica mediante o seu deslocamento do plano da existência (da norma) para o plano da eficácia jurídica². Por outro lado, não comungava com a tese daqueles que, muito embora discutissem o problema da escassez de recursos, diluía a tensão a partir dos limites da

¹ A utilização da expressão “direitos sociais”, por exemplo, não denotaria o recorte pretendido, na medida em que muitos direitos sociais, ainda que fundamentais, não envolvem o problema da prestação material do Estado (SARLET, 2004, p. 56). Além disso, poderia sugerir a existência de “gerações” de direitos que se substituem sucessivamente, em contraposição à “dimensão positiva” que todos os direitos fundamentais, em algum momento, assumem. Daí se falar em “dimensão positiva dos direitos fundamentais”.

² Em uma síntese “apertada”, a questão diz respeito ao modo como se deu a evolução da Teoria da Norma Constitucional. Em um primeiro momento, aquelas normas que assumiam uma dimensão social (e demandavam uma ação positiva do Estado) não eram vistas como normas constitucionais, ou seja, eram inexistentes. Em um segundo momento, passaram a ser existentes, mas o problema econômico foi resolvido com o deslocamento dessa questão para o plano de uma ineficácia jurídica, o que se pode ser verificado em autores como Crisafulli e José Afonso da Silva.

dotação orçamentária, aceitando decisões trágicas daí decorrentes e afastando a possibilidade de controle jurídico (AMARAL, 2001). A resposta para a questão foi naquele momento dada a partir da necessária incorporação no sistema de uma estrutura analítica que possibilitasse o enfrentamento jurídico do problema, que seria traduzida pela “excludente de ilicitude”, de modo análogo ao que se admite em Direito Penal.

No fundo, uma resposta que não resolve o problema, isto porque a tradução jurídica de sua dimensão econômica, ainda que evite seu o encobrimento, não pode ser tomada como um ponto de partida para a sua solução. A dogmática analítica é um ponto de chegada que permite a catalisação do aprendizado sistêmico, mas não contempla em sua estrutura os fios condutores da concretização do direito, não sendo capaz de eliminar o problema hermenêutico. O enfrentamento do problema hermenêutico que envolve a questão exige uma “resposta constitucionalmente adequada” (STRECK, 2007) a cada situação concreta e, com isso, o enfrentamento da pergunta: em que momento é possível dizer que a “dimensão positiva dos direitos fundamentais” se encontra para além das possibilidades do Estado? A resposta que estava sendo dada era, como qualquer outra resposta, aquela que a pergunta já trazia. Aquela que cabia dentro de um círculo que (se) movimentava (n) o “senso comum teórico”, justamente por isso, não era uma resposta diferente e estava longe de romper paradigmas. Essa circularidade é intransponível e, por força disso, alienadora. Contudo, a questão não é sair do círculo (vicioso), mas entrar nele corretamente (HEIDEGGER, 2005, p. 210).

Este *paper* não tem a pretensão de dar respostas definitivas, mas a de propor um diálogo que se desenvolva nos limites de uma outra circularidade³. Uma entrada adequada no círculo – porque mais originária e profunda – permitindo o desvelamento de questões até então encobertas pela doutrina, é fundamental para que a “dimensão positiva dos direitos fundamentais” não permaneça transitando entre o “ceticismo descompromissado” e o “compromisso irresponsável”, faces de uma moeda chamada “decisionismo”.

1 O DEBATE DOUTRINÁRIO

A “dimensão positiva dos direitos fundamentais” tem como marca o envolvimento necessário de prestações materiais, trazendo à tona o problema dos limites

³ O início de tais reflexões se dá nos seminários dirigidos por José Luiz Bolzan de Moraes na UNISINOS, em especial a partir do debate com o colega Maurício Martins Reis (2006).

econômicos do Estado quando é este o responsável por tais prestações. A questão se torna ainda mais complexa quando, ao se pensar nos limites, constata-se que eles podem implicar no não atendimento a um direito fundamental, denunciando a ineficácia da Constituição. No Direito, esses limites econômicos são normalmente representados pela estrutura dogmática da “reserva do possível” (HÄBERLE *apud* CANOTILHO, 2004, p. 107) e, ao lado dela, outra estrutura surge para traduzir as implicações decorrentes dessa escassez e impor “limites ao limite”: o “mínimo existencial” (ALEXY). Conseqüentemente, como o que está em jogo são prestações materiais do Estado, surge o problema do orçamento. Para Eros Roberto Grau, “em face dessas limitações materiais à sua efetivação, decorrente dessa escassez, esses direitos ficam sujeitos ao que a doutrina e a jurisprudência [=fatores institucionais] chamam de submissão à cláusula da reserva do possível” (2005, p. 124) Muito embora afirme o professor que “essa reserva não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivaleria, na prática, - como afirma José Joaquim Gomes Canotilho - a ‘nenhuma vinculação jurídica’” (2005, p. 125).

Lenio Streck, defensor de um substancialismo dirigente, faz referências a acertadas decisões judiciais que implicam no dispêndio de recursos do Estado (2004, p. 57), mas também demonstra sua preocupação não só com um dirigismo irresponsável, assumindo o alerta de Gilberto Bercovici e Canotilho (STRECK, 2004, p. 142), mas também com as possibilidades fáticas de concretização dos direitos constitucionais quando faz referência a Cristina Queiroz e à necessária cautela na modificação da dotação orçamentária (STRECK, 2004, p. 186).

Andréas Krell, um árduo defensor da intervenção do Judiciário na implementação das políticas públicas, muito embora rechace a tese da “reserva do possível”, por se tratar de uma construção da jurisprudência alemã não aplicável à realidade brasileira (2002, p. 52), traz a problemática do orçamento, estabelecendo uma crítica à ausência de eficácia no seu cumprimento (2002, p. 99). Cristina M. M. Queiroz, após sustentar a possibilidade de se extrair de direitos fundamentais econômicos direitos subjetivos, aduz que “o intérprete se encontra agora limitado, para além da ‘reserva do possível’, por ‘exigências metódicas mais exigentes’ que o forçam a procurar uma ‘relação de adequação’ entre o ‘texto da norma’ e a ‘situação concreta’ a que se aplica” (2002, p. 153). Para a autora lusitana, “isto implica, entre outras coisas, a verificação da

existência de recursos orçamentais e financeiros disponíveis que garantam a ‘efetividade óptima’ desses direitos e pretensões no quadro de uma ‘liberdade de conformação’ a favor do legislador” (2002, p. 153). Víctor Abramovich e Cristian Courtis (2002, p. 85-92) dão nota sobre os Princípios de Limburgo e Maastricht, sobre a exigência no cumprimento de obrigações básicas e, ao mesmo tempo, da possibilidade de escusa do Estado se algum fato impedir a consecução desse objetivo, ainda que recaia sobre ele o ônus da prova (2002, p. 90-91).

Questionando a ausência de preocupação da doutrina sobre a necessária atenção à dotação orçamentária e às efetivas possibilidades econômicas e financeiras do Estado, Gustavo Amaral (2001) propõe critérios para lidar com a escassez de recursos. O autor aponta uma série de obstáculos para a participação do Judiciário na concretização dos direitos sociais, especialmente no que diz respeito às situações subjetivas. De fato, ainda que se admita a eficácia e possibilidade de direitos subjetivos decorrentes das normas em questão, o deferimento pelo judiciário de prestações materiais em situações subjetivas acaba, no mais das vezes, proporcionando um desequilíbrio isonômico na distribuição desses recursos, além de afetar o equilíbrio sistêmico da dotação orçamentária. Por essa razão, visando resolver o problema da escassez, defende a inexistência de direitos subjetivos correlatos ao dever prestacional do Estado.

Canotilho, já nos aportes do “constitucionalismo moralmente reflexivo” (2001, V-XXX) faz, no prefácio da segunda edição da referida obra, uma crítica à transferência da autoaplicabilidade imediata das normas fundamentais para todos os direitos e coloca a gratuidade do ensino público como um problema que pode “lançar a constituição nas querelas dos ‘limites do estado social’ e da ‘ingovernabilidade’”. A preocupação do Mestre lusitano se lança, também, contra a “vaguidéz” das teorias relativas aos direitos econômicos (2004, p. 100), na medida em que o jurista deveria se preocupar com questões de ordem prática relacionadas ao complexo tema da eficácia desses direitos (2004, p. 100). No que toca à “reserva das caixas financeiras”, Canotilho critica a tentativa de reduzir o seu significado a uma única dimensão do problema (2004, p. 107), afirmando que há uma dose de verdade em diversas teses sobre a matéria, a exemplo da gradualidade, dependência financeira relativa ao orçamento, liberdade do legislador e, até mesmo, insusceptibilidade de controle judicial (2004, p. 108).

E, de fato, há uma dose de verdade em todos os posicionamentos apontados. Todos que defendem os direitos subjetivos e admitem prestações materiais do Estado não defendem provimentos que possuam custos elevadíssimos, a exemplo de tratamentos médicos milionários, mesmo que a vida ou a dignidade da pessoa esteja em jogo, logo, mesmo que o mínimo existencial para um determinado cidadão seja afetado. Isso implica, de certa forma, na admissão por todos da existência de limites de um Estado provedor. A impressão que fica é que há pontos em comum nas diversas concepções apontadas, contudo, a ausência de reflexão sobre as causas da divergência acaba gerando mais desencontros. Assim, o caminho para a entrada em um “outro” círculo passa, inicialmente, pela melhor identificação dos três elementos centrais à discussão (“mínimo existencial”, “reserva do possível” e “orçamento”) e pela constatação de que eles mascaram uma realidade complexa que não cabe na sua tradução doutrinária.

2 A CIRCULARIDADE VICIADA

Não basta identificar o mínimo existencial como o núcleo duro de direitos fundamentais, mas também, na sua dimensão fático-material, como um conjunto de prestações voltado para a garantia desse núcleo duro de direitos sociais e econômicos⁴. Neste aspecto, devemos estar atentos ao fato de que ele não representa uma prestação material ou uma política pública determinável *a priori*. O conjunto de prestações materiais mínimas constitui um meio para se atingir um “estado de coisas”, ou seja, uma “condição humana”. Logo, verificar se um cidadão tem o seu “mínimo existencial” atendido implica em verificar a sua “condição humana” e não aquilo que ele está recebendo. Essa ressalva é importante porque cada indivíduo terá necessidades diferenciadas e, conseqüentemente, as prestações materiais deverão ser diferenciadas. Além dessa variável subjetiva, a garantia desse “mínimo existencial”, ou seja, dessa “condição humana”, pode ser atingida por diversos meios, por diversas prestações e por diversas políticas. No que toca à saúde, por exemplo, o objetivo é amenizar o sofrimento e a dor, garantindo uma vida digna, conseqüentemente, isso pode ser obtido a partir de políticas preventivas ou por práticas curativas, sendo que, cada uma delas

⁴ Quanto ao mínimo existencial como um núcleo duro de direitos fundamentais, equiparando-se à densidade suficiente dos direitos fundamentais, vide Walber de Moura Agra em a Reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal (2005).

admitirá diversas formas de campanhas e de tratamentos. Assim, encontramos variáveis subjetivas, variáveis relativas às diversas formas de política e variáveis relativas às diversas prestações que essas políticas podem abarcar. A eficiência da política pública e, conseqüentemente, o atendimento aos princípios da administração, passa pela conformação de todos esses elementos, logo, a manipulação de apenas uma variável pode representar um desequilíbrio. Qualquer proposta que esteja voltada para o atendimento do “mínimo existencial” tem que levar em conta a complexidade que o tema envolve, seja no tocante a aspectos ligados à racionalidade moral-prática, seja no tocante a técnicas operacionais.

A “reserva do possível”, por sua vez, é a tradução jurídica da escassez de recursos, sejam eles financeiros ou materiais. Algumas prestações estão, notoriamente, abarcadas pelas possibilidades do Estado, do mesmo modo que outras, com elevados custos, estão certamente fora das possibilidades de um determinado Estado. Para ambas, não há problemas, na medida em que a demanda judicial é atendida ou rechaçada, não gerando o conflito. Contudo, há prestações que ficam em uma zona nebulosa, onde não é possível identificar se ela se encontra dentro ou fora das reais possibilidades do Estado. Tais prestações – a exemplo de medicamentos de médio custo ou determinados exames e procedimentos médicos – são, considerando-se o valor absoluto, sempre passíveis de cumprimento pelo Estado, contudo, se ultrapassarem as reais possibilidades do Estado provocarão um tratamento não isonômico entre aqueles que demandaram o Judiciário e aqueles que não o provocaram. Além disso, como a prestação relativa ao “mínimo existencial” não pode ser determinada *a priori*, mas identificada no caso concreto para garantir uma “condição humana”, ainda restaria saber se o provimento judicial se adequa ao contexto sistemático das políticas públicas a ele relacionado.

Disso tudo, percebe-se que quando sustentamos a possibilidade de o Estado se escusar de uma prestação necessária ao “mínimo existencial” de um indivíduo, fazemo-lo sem saber quais são as efetivas possibilidades do Estado, razão pela qual o orçamento surge como o único elemento que permitira “calcular” tais limitações⁵. Essa relação imediata entre orçamento e possibilidade econômica esconde uma questão mais originária, que diz respeito às concepções (ideológicas) que impõem limites nos gastos

⁵ Fábio Conder Komparato (2003, p. 255-256) afirma que toda política pública, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos públicos, “deve concretizar-se nas três modalidades de orçamento previstas na Constituição Federal: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165)”

estatais e que o considera como um ponto de partida e não como um instrumento para a solução do problema.

O orçamento público surge com a necessidade de controle das receitas e despesas do Estado. A *Magna Carta* já dispunha no seu art. 12 algumas restrições para a arrecadação de tributos, mas é com as revoluções burguesas e a separação de poderes que o orçamento surge como um instrumento de controle dos gastos públicos. Por último, com o advento do Estado interventor, o orçamento assume uma nova dimensão, relacionada com planejamento econômico, muito embora essa relação até hoje seja obscura. Ou seja, o orçamento representa, ao longo de séculos, uma técnica de contabilidade pública e o seu uso como instrumento acaba “velando” novas funções que a ele vem sendo imputadas. O que antes era apenas um controle, hoje assume a condição de instrumento apto ou não para materializar uma opção de justiça. No entanto, quando se analisa a técnica orçamentária propriamente dita, a partir do Direito Financeiro, esse novo papel não vem sendo levado em consideração quando se discute, por exemplo, as condições de possibilidade das emendas e a posição hierárquica do orçamento frente ao planejamento econômico. Em razão disso, seja qual for o papel a ser conferido ao orçamento, não poderá ser ele o orçamento que aí está, seja pela falta de legitimidade para assumir a condição de “opção de justiça”, seja pelo arcaísmo de sua técnica.

Por trás de todas as questões levantadas, seja a identificação imediata entre “prestação” e “necessidade individual” (mínimo existencial); seja a escusa econômica travestida por uma referência autopoiética (reserva do possível) e calculada nos limites de uma contabilidade pública (orçamento), está o embate travado entre a técnica e a ética; entre a instrumentalidade de um direito artificial que se coloca como um meio eficiente para produção de determinados fins e uma compreensão mais originária desse fenômeno na sua (re)aproximação com a ética; ou seja, entre a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica e a racionalidade prática da moral e do direito, colonizadas no desenvolvimento de uma modernidade burguesa.

3. POR UMA OUTRA CIRCULARIDADE

A partir de um esforço reflexivo⁶ é possível pensar a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica como aquela apta a dominar, transformar e reproduzir o mundo natural. A natureza está aí disponível e essa disponibilidade faz com que ela possa ser manuseada e transformada. Esse mundo, que já se mostra entificado, impõe ao homem suas verdades e limita suas possibilidades. A racionalidade cognitivo-instrumental é muito mais da natureza do que da própria ciência, ou seja, ela não passa da racionalização daquilo que sempre se impôs desde e sempre. Abstraindo as interações dos três mundos, a ciência no domínio da natureza é uma mera tradutora daquilo que se mostra, identificando atalhos e caminhos mais “adequados” para esse domínio, enquanto que a técnica é a prática que se reproduz a partir da racionalização. A ciência identifica as leis da natureza e mostra o caminho do domínio e da transformação; a técnica põe em prática e reproduz esse domínio. A ciência conhece; a técnica instrumentaliza.

La ciencia moderna asume en este contexto una función peculiar. A diferencia de las ciencias filosóficas de viejo cuño, las ciencias experimentales modernas vienen desarrollándose desde los días de Galileo en un marco metodológico de referencia que refleja el punto de vista trascendental de la posible disposición técnica. Las ciencias modernas generan por ello un saber, que por su forma (no por su intención subjetiva) es un saber técnicamente utilizable, si bien, en general, las oportunidades de aplicación sólo se dieron posteriormente. Hasta fines del siglo XIX no se registra una interdependencia de ciencia e técnica. Hasta entonces la ciencia moderna no contribuyó a la aceleración del desarrollo técnico y, por tanto, tampoco a la presión racionalizadora que se ejerce desde abajo. (...) Desde fines del siglo XIX se impone cada vez con más fuerza la otra tendencia evolutiva que caracteriza al capitalismo tardío: la de la cientificación de la técnica. (HABERMAS, 1999, p. 79-80 e 86)

A transformação da ciência em força produtiva só foi possível com a aliança entre a ciência e a técnica, *otimizando* o domínio da natureza disponível. Na verdade, os problemas decorrentes dessa aliança emergiram tardiamente, apenas quando as possibilidades proporcionadas por ambas, embaladas exclusivamente pela racionalidade cognitivo-instrumental, ultrapassaram os limites do que fora projetado.

⁶ Se pensarmos a modernidade como projeto, veremos que há nele três lógicas de racionalidade: a) a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura; b) a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e c) a racionalidade moral-prática da ética e do direito (SANTOS, 2002, p.47-48). As três formas se relacionam, portanto, com três mundos distintos – pelo menos analiticamente – que são o mundo da subjetividade, interno ao sujeito; o mundo natural, externo ao sujeito e o mundo social, compartilhado entre os sujeitos. Se esses mundos não interagissem e se eles pudessem ser examinados individualmente o problema que aqui se (im)põe certamente não existiria. Acontece que tais mundos são, como Popper acabou concluindo ao final de sua trajetória, um único mundo com três dimensões. O sujeito, a natureza e o social se entrelaçam causando mútuas implicações e, portanto, embaraçando as racionalidades e fazendo com que os problemas daí decorrentes sejam, antes de tudo, epistemológicos.

Quando o desejável era impossível foi entregue a Deus; quando o desejável se tornou possível foi entregue à ciência; hoje, que muito do possível é indesejável e algum do impossível é desejável temos que partir ao meio tanto Deus como a ciência. (SANTOS: 2003, p. 106)

As implicações da racionalidade instrumental com a racionalidade moral-prática não se resumem à sua via natural, qual seja, implicações éticas provocadas pelas pesquisas científicas no mundo da natureza. Um problema mais complexo diz respeito à substituição direta da racionalidade moral-prática pela racionalidade cognitivo-instrumental. Nestes casos, não estamos apenas falando de conseqüências no mundo intersubjetivo, mas da própria leitura desse mundo a partir da racionalidade instrumental. Essa colonização, ainda que não se resuma ao direito, é facilmente percebida neste campo.

A dominação legal-racional que se desenvolve na modernidade proporcionou um ambiente para uma construção científica que, rapidamente, abandona as concepções jusnaturalistas⁷ (FERRAZ JR. 1980, p. 27), ou seja, de um direito suprapositivo que teria uma comunicação direta com o plano de validade do direito legislado.

O positivismo, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O período anterior à Revolução Francesa caracterizava-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando insegurança das decisões judiciárias. A primeira crítica a esta situação veio com o círculo dos pensadores iluministas. A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais e decisivos. (FERRAZ JR., 1980, p. 32)

Dentre as diversas concepções positivistas⁸, aquela que se mostrou dominante foi a que vinculava o direito aos textos legais. Desse modo, partia-se da idéia de que a revolução estava feita e de que, naquele momento, era necessário operar a nova ordem a partir de instrumentos seguros. O texto normativo – onde estariam encerrados os valores do jusnaturalismo revolucionário – passava a ser esse instrumento, ou seja, a positivação do direito passava a representar uma técnica aplicativa. Se a ciência natural

⁷ Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento demonstram que o ideário jusnaturalista foi incorporado ao direito positivo e, a partir dali, não mais traduziam um ideal revolucionário, mas sim um ideal conservador. “O apogeu do jusnaturalismo ocasiona também a sua superação” (SARMENTO, 2003, p. 384).

⁸ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. a predominância do positivismo jurídico no século XIX se desenvolve ora como dogmática jurídica, ora como sociologia do direito e ora como psicologia da vida do direito (1980, p. 32).

Luis Fernando Barzotto (2001, p. 18-31), por sua vez, identifica no jusnaturalismo a preocupação com o valor, no realismo jurídico a preocupação com a eficácia e no positivismo a legalidade. O positivismo se resume aqui à corrente legalista.

se alia à técnica para aperfeiçoar a produção, a Ciência do Direito também busca essa aliança para criar as bases de uma segurança jurídica necessárias ao desenvolvimento do capitalismo. A aliança entre o direito e a técnica põe em relevo uma ação humana reproduzida a partir da “regra jurídica”, o que implica na colonização do lócus que é condição de possibilidade para pensar a conduta: o mundo da vida⁹. A regra jurídica, portanto, está para o direito assim como o motor a vapor está para a física: ambas representam técnicas de reprodução.

Atualmente, a ausência de reflexões sobre a passagem do jusnaturalismo para o positivismo, ocorrido a partir do domínio político da burguesia, faz com que a dimensão tecnicista da regra seja encoberta. Isso gera inúmeros desencontros, inclusive na chamada Teoria dos Princípios, fazendo com que a “aplicação” desse novo modelo normativo acabe subordinada à ponderação como um instrumento. Os princípios guardam a racionalidade moral-prática no seu modo mais originário, ou seja, eles representam a abertura hermenêutica para o *ethos* – visto em seu sentido mais originário. A redução do princípio a um elemento disponível para a aplicação mediante uma técnica de ponderação não representa a descolonização da racionalidade moral-prática, muito pelo contrário, representa mais um passo em direção à tecnicidade do direito e a todas as suas conseqüências. Neste sentido, não é de se estranhar que o modelo de ponderação esteja sendo proposto a partir da “proporcionalidade”, cuja estrutura não passa de uma analítica da racionalidade cognitivo-instrumental já descrita por Weber¹⁰.

A inviabilidade desse modelo acabou sendo constatada pelo próprio capitalismo. O maior incentivador de uma segurança tecnológica, ao se deparar com a inviabilidade desse paradigma e, ao mesmo tempo, ao perceber as conseqüências decisionistas decorrentes da crença de que a regra conseguiria abarcar todas as

⁹ Fragmentado ou não; passível de um atravessamento epistemológico ou não; capaz de institucionalizar padrões de convivência independentemente da dimensão sistêmica do direito ou não, o mundo da vida é condição de possibilidade para pensar a conduta. Aqui, poderíamos pensar na imersão empírica de que trata Cóssio; na compreensão antecipada de Heidegger e Gadamer e, até mesmo, no pano de fundo do agir comunicativo em Habermas. Pensar a conduta é, necessariamente, pensá-la a partir da nossa historicidade, do (nosso) mundo da vida. Logo, seja qual for a dificuldade que teremos, por força da complexidade do mundo moderno, a solução não passará pela sua colonização na dimensão sistêmica.

¹⁰ Para Weber (1987, p. 43), “a ação racional é da espécie orientada a fins quando envolve a devida consideração de fins, meios e efeitos secundários; tal ação também deve considerar atentamente as escolhas alternadas, bem como as relações do fim com outros usos possíveis do meio e, finalmente, a importância relativa de diferentes fins possíveis”. As propostas de Alexy (1997) e, no Brasil, de Humberto Ávila (2006) para solucionar o problema da ponderação/aplicação de princípios seguem essa linha.

possibilidades de sua aplicação, se afasta do direito e das instituições que integravam esse sistema. Se na formação dos Estados modernos a administração pública estava dominada por profissionais que detinham o saber técnico-jurídico (HABERMAS, 1999, p. 131), hoje a técnica da administração está focada na economia. A legalidade passa a exercer um papel secundário e ligado à legitimação das decisões tomadas sob a égide de uma racionalidade econômica que, por lidar preponderantemente com contingências naturais, é mais adequado a um modelo instrumental. Os principais sintomas dessa transformação podem ser verificados no modelo de regulação econômica. No que toca à intervenção estatal, o fenômeno da mobilidade acaba prevalecendo em relação ao da legalidade, a exemplo do que ocorre na modificação de alíquotas de tributos pelo Poder Executivo (§1º do art. 153 da Constituição Federal de 1988) e no grande volume de Medidas Provisórias. O *just time* da economia atrai para o Executivo grande parte das opções políticas, esvaziando o Legislativo e provocando o fenômeno da *administrativização*. Por outro lado, onde já é possível prescindir do Estado, verifica-se um modelo “autônomo” de regulação, marcado pela presença das chamadas “agências reguladoras”. A independência do poder político, neste caso, é justificada pela possibilidade e necessidade de uma regulação “técnica”. Neste cenário, a técnica do direito, além de colonizada, transforma-se em secundária.

Mas a dominação da técnica não se limita a um modelo reprodutivo que coloniza o direito e em seguida prescinde dele. As conseqüências percebidas na modernidade ultrapassam esses limites e denuncia que a técnica deixou a muito de ser uma aplicação *standarizada* de descobertas científicas, assumindo-se como um ponto de partida para pensar a própria ciência, ou seja, como um “princípio epocal” (STEIN, 2002, p. 155). Com Heidegger, afirma Rüdiger (2006, p. 35):

A modernidade apóia seu mundo na técnica não porque construiu máquinas a vapor e motores elétricos: coisas do tipo aí se encontram porque, antes, estamos na era da técnica. A técnica dos tempos modernos define uma época, porque não é um simples meio do homem se tornar sujeito de sua história. Ao invés disso, “é um modo pré-decidido de interpretação do mundo que determina não apenas os meios de transporte, o fornecimento de viveres e a indústria do lazer, mas, em suas possibilidades próprias, todas as atitudes do homem. A técnica funda de antemão em seu avanço todas as capacidades de intervenção do homem”.

Quando nos deparamos com a inexorável impossibilidade de pensar os provimentos estatais e, conseqüentemente, a dimensão positiva dos direitos fundamentais, para além das “fórmulas” “escassez”, “mínimo existencial” e “reserva do possível”; quando nos movimentamos dentro da circularidade decadente que estabelece

uma relação imediata entre orçamento e possibilidades econômicas do Estado, no fundo nos movimentamos a partir do paradigma da técnica. A partir de um paradigma que se coloca como condição de possibilidade para pensar o “ser” e, com isso, elimina as possibilidades ontológico-emancipatórias de um Direito, (re)construído a partir de uma racionalidade moral-prática. Há de se retomar o problema do esquecimento do “ser” (HEIDEGGER, 2005) e de se colocar a técnica no seu devido lugar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se quisermos pensar em uma ação reconstrutiva, primeiro teremos que ter em mente que ela não passa por “fórmulas analíticas”. O primeiro passo é ter consciência da crise paradigmática e, com isso, descer aos calabouços da epistemologia, local onde foram camufladas toda dimensão ideológica do conhecimento, como também confinadas as ilusões de um projeto racionalista. A tridimensionalidade do mundo (o individual, o social e o natural), se por um lado foi pensada a partir de modelos de racionalidade dissociados, por outro não pode ser rearticulada sem a construção de uma razão unificadora. Aqui, não falamos na inviabilidade da razão (pós-modernidade), mas também não estamos falando de estruturas modernas: falamos para além de uma modernidade, mas a partir da sua própria “equação”.

Esse projeto de uma razão unificada é, por exemplo, pensado por Habermas (1987) quando articula, a partir das condições epistemológicas de um agir comunicativo, as três pretensões inerentes ao discurso racional (veracidade, correção e verdade), bem como a tensão entre sistema e mundo da vida. Mas pode também ser concebido pela hermenêutica quando, a partir de uma analítica existencial, percebemos as limitações de modelos epistemológicos tipicamente modernos e, ao mesmo tempo, as possibilidades reflexivas (CARNEIRO, 2007) e não decisionistas de um modelo substancialista (STRECK, 2007). Aqui, estaremos falando no necessário resgate de uma racionalidade moral-prática, articulada reflexivamente com a dimensão estética (individual), natural e sistêmica.

O enfrentamento de uma nova circularidade que ponha em xeque as possibilidades epistemológicas da técnica não é uma opção, mas uma imposição para quem quer pensar os “direitos fundamentais”, a concretização de sua “dimensão positiva” e a sua “judicialidade”. Sejamos francos: ou assumimos a impossibilidade de

pensar o “ser”, incorporando um ceticismo sistêmico que vê nas “regras do jogo” a *misancene* de um “jogo” que não pode ser “jogado”; ou pensamos seriamente o problema dos “direitos fundamentais”. Ficou claro que a questão posta neste trabalho não assume nem o “ceticismo descompromissado”, nem tampouco o “compromisso irresponsável”, mas um convite para uma nova e correta entrada no círculo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionais: Madrid, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. (Coleção Estado e Constituição I)

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Epistemologia e hermenêutica**: o lugar do diálogo na compreensão do direito. In. PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord). Metodologia jurídica. 2007 (prelo).

_____. **Escassez, eficácia e direitos sociais**: em busca de novos paradigmas. In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Salvador: EDUFBA, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto

(org). Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2003. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. **Realismo e utopia constitucional**. In. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord). Direito Constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madri: Trotta, 2001 (Coleção Estructuras y Procesos)

_____. **Ciencia y técnica como “ideología”**. Tradução Manuel Jimenez Redondo e Manuel Garrido. 4 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. Parte I.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: whi liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002.

QUEIROZ, M. M. Cristina. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REIS, Maurício Martins. **Contra-fluxo hermenêutico para uma antecipação de sentido constitucional**: de como o político antepara o econômico ou de como a técnica (sob as vestes econômicas) desarticula o fomento transformador-utópico (de condão político com salvaguardas constitucionais). Texto produzido para o seminário Problemas do Estado Contemporâneo. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

RÜDIGER, Francisco. **Martin Heidegger e a questão da técnica**: prospectos acerca do futuro do homem. Porto Alegre: Sulina, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Porto: Afrontamento, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós modernidade constitucional? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.

_____. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2007.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: 2004.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. São Paulo: Moraes. 1987.