

APONTAMENTOS PARA UMA ANÁLISE RETÓRICA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADOR DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. (Madison, The Federalist)

Mário Soares Caymmi Gomes

Juiz de Direito. Graduado em Direito pela UFBA. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá – RJ. Pós-graduado em Direito Tributário pela Fundação Orlando Gomes / PUC-SP. Mestrado em Letras pela Universidade Federal da Bahia. Mestrando em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Sumário: 1 Introdução – 2 Da lei à Constituição – evolução histórica do pensamento jurídico – 3 Expressões concretas da nova concepção pós-moderna de direito – a) Uma nova Concepção de Estado – b) A crise do conceito de lei e de repartição dos poderes – c) A politização do judiciário – 4 O problema conceitual da reserva do possível – 5 A questão da eficácia dos direitos fundamentais e a reserva do possível – 6 Por um tratamento retórico da reserva do possível – 7 Conclusões

1. Introdução

A reserva do possível é uma criação jurisprudencial alemã, segundo nos informa Krell (2002), tomada em face um pleito estudantil perante a Corte Constitucional, tendo em vista a insuficiência de vagas em universidades do sul deste país, o que tolheria o direito social de liberdade de acesso profissional.

Na ocasião, no julgamento popularmente conhecido naquele país como *numerus clausus*, ter-se-ia decidido que o direito à prestação do Estado estaria sujeita à reserva do possível, ou seja, ficariam elas sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável, levando em conta fatores econômicos e disponibilidade de verbas.

A partir desse *locus* argumentativo, a reserva do possível ingressou de vez no mundo do direito, ainda que, dado o fenômeno ser recente, ainda serem pontuais os estudos a respeito do tema, que estão longe de reunir, sob tal denominador, uma série homogênea de doutrina e jurisprudência.

Por tal razão, buscaremos neste texto dar a nossa contribuição a respeito do tema, percebendo-o por uma via que nos parece importante, e que não vem sendo explorada com a devida percuência pela doutrina nacional. Trata-se de encarar o assunto pelo viés retórico,

buscando perceber em que medida a reserva do possível não se constitui num objeto de conhecimento em si mesmo mas num fator de argumentação jurídica onde se encontram, de maneira pragmática, direito, economia e ideologia, num frutuoso trabalho dialético cuja síntese ainda não se obteve.

O trabalho se desenvolve, em princípio, com uma breve análise histórica que nos permita, em primeiro lugar, estabelecer a posição topológica dos direitos fundamentais na ciência jurídica. Por outro lado, abordaremos alguns aspectos relevantes que constituem uma mudança paradigmática na transformação do Estado e, no seu interior, da repartição de funções, que são importantes para que se compreenda a nova postura do juiz como auxiliar na efetividade desses direitos.

Em seguida, apresentaremos uma discussão a respeito das conclusões a que chegaram os trabalhos até hoje publicados sobre o tema da reserva do possível, bem como a jurisprudência sobre ele, demonstrando as suas inconsistências e fragilidades.

Ao final, explanaremos a respeito do pragmatismo jurídico e buscaremos apontar algumas das vantagens de se discutir o tema sob o seu prisma conceitual.

2. Da lei à Constituição – evolução histórica do pensamento jurídico

Para que se possa entender com clareza o papel retórico da reserva do possível, enquanto lugar argumentativo acerca da eficácia dos direitos fundamentais, é importante que tracemos um brevíssimo histórico do pensamento jurídico.

Faremos um corte epistemológico para situar a discussão, em seu estágio inicial, no positivismo jurídico.

Como sabemos, com o alçamento da burguesia ao papel de protagonista social tratou-se de estabelecer um núcleo de direitos fundamentais dos cidadãos que consistia na criação de esfera de não interferência de sua liberdade e autonomia privada.

É então que nasce o Estado de Direito, que se vê limitado em sua ação por meio da edição de leis, elaboradas pelos representantes do povo, que deliberam pelo voto da maioria. Esse sistema passou para o mundo das ideias políticas como expressão cabal ou núcleo da moderna teoria da democracia.

Um dos primeiros teóricos a respeito dessa nova forma de Estado foi Montesquieu, que em seu conhecido *Espírito das Leis*, partindo de estudos empíricos a respeito do governo inglês, buscou tomar-lhe como modelo ideal tendo em vista que, sob essa organização política tripartida em Executivo, Legislativo e Judiciário, o poder limitar-se-ia a si mesmo, evitando-se com isso o retorno do absolutismo.

O prestígio desses poderes, considerados reciprocamente, não era igual. Na teoria do Barão *De La Brède* a primazia caberia ao Legislativo visto que ele estaria afinado com a vontade popular, representativa da nova classe hegemônica.

A lei, supostamente clara e perfeita, reflexo da inspiração racionalista que dominava não apenas as ciências sociais e políticas, mas também as ciências da natureza, era a peça chave do pensamento juspositivista e, não curiosamente, o direito viu-se reduzido à análise dos seus termos, afastando com isso, definitivamente, que o jurista pudesse se converter num crítico do direito posto, cabendo-lhe um esvaziamento subjetivo total, de modo que se tornasse uma “caixa de ressonância” para que pudesse cumprir devidamente o seu dever de “boca que repete as palavras da lei”.

ENTRE ASPAS

Nessa ocasião, o fenômeno de aplicação da lei era reduzido ao chamado silogismo lógico (desde então, a forma racional, despida de qualquer conteúdo, é apropriada como o modelo principal no estudo do fenômeno jurídico). A passagem da premissa maior (lei) à menor (caso concreto) não era problematizada visto que se acredita que seria algo de fácil, numa operação de relação entre continente e conteúdo.

Esse parâmetros da filosofia do direito positivista, enquanto domínio de conhecimento avalorativo e sistematicamente fechado (BOBBIO, 1995), está afinado com a filosofia da ciência que se praticava na época. Sua característica mais marcante era a descoberta das leis da natureza que poderiam ser descobertas pelo homem por recurso à razão, de modo a tornar os fenômenos previsíveis. Estava aí subjacente uma filosofia de culto à ordem, que tomava a natureza como uma máquina inerte e passiva. Por esse viés, segundo Prigogine e Stengers (1997) o mundo se deixa descobrir pelo intelecto humano por meio de uma racionalização totalitária que não conhece limites e que tende a reduzir as conclusões dessa investigação em termos alienantes do contexto, de modo a fazer imperar uma total homogeneidade.

Sobre esse mesmo tema, Knorr Cetina (2005) afirma que esse período da produção científica se baseava em quatro pilares conceituais: a) a autonomia da ciência, que se desenvolveria sem vincular-se a qualquer influência externa; b) a produção científica como uma atividade cumulativa e necessariamente progressiva, rumo à verdade; c) a disseminação, entre os membros da comunidade científica, dos princípios do universalismo e desinteresse; d) por fim, pela falta de influência da cultura na produção da ciência, sendo esses elementos não apenas distintos mas estanques.

O rigor desse modelo aumentou ainda mais com a passagem para o chamado positivismo lógico propalado pelo primeiro Wittgenstein (1994) e, em especial, pelo Círculo de Viena, que considerava a linguagem natural imprecisa e, por conseguinte, imprópria para a produção de ciência. No direito, essa postura culminou com Kelsen (1984) e a sua teoria do direito como estudo da norma enquanto juízo hipotético de dever ser, que deveria afastar do seu interior todo juízo moral, que obedeceria a uma lógica própria.

Isso empobrecia o mundo jurídico, que se limitava a fazer com que os seus estudiosos visassem o domínio de um técnica racional de segmentação textual para a formação da norma enquanto expressão da lógica deófica, e se pudesse reduzir a fonte do direito à lei e a discussão acerca da validade ao escalonamento piramidal.

Após as grandes guerras, no entanto, houveram importantes mudanças na concepção da ciência, introduzindo-se em seu interior uma reflexão ética, tendo em vista o reconhecimento de que um saber totalizante sem uma base moral poderia levar à supremacia do mal e à prática de uma série de atos dos mais ignóbeis que a humanidade já experienciou: o nazismo.

Segundo Harvey (2005) o liberalismo idealizado pelas revoluções burguesas do século XIX encontrou o seu ápice na economia fordista, baseada em maquinário pesado e na política da intervenção limitada do Estado na economia e na vida privada dos cidadãos. Hoje, no entanto, esse modelo encontra-se desgastado pelo reconhecimento, por meio do Estado Social Democrático, de que o modelo liberal é incapaz de distribuir as riquezas necessárias ao bem-estar de todos.

Faria (1999) salienta que neste cenário globalizante os referenciais institucionais, organizacionais, políticos e jurídicos forjados desde o século XVII perderam a sua centralidade e exclusividade, de modo que os problemas nacionais deixam de ter primazia, abdicando-a em prol do internacionalismo e da formação de blocos de Estados e organismos multinacionais que, por sua vez, passam a condicionar toda a pauta econômica, jurídica e social.

Esses fatores acabaram por trazer resultados na esfera política. Se ela podia ser vista como uma disputa por determinadas alternativas que, compondo uma agenda, elegia alternativas que seriam permitidas e sancionadas pela legislação, hoje a política não pode ser mais situada no restrito campo governamental. A sua importância está fragmentada entre o antigo modelo estatal e os múltiplos atores transnacionais e organizações civis de todo tipo que também exploram politicamente os seus propósitos e lutam entre si pela hegemonia.

É com base nesses ensinamentos que podemos afirmar que em tempos de pós-modernidade não existe um centro organizador nem do sujeito e nem do direito. Se a ideia de ordenamento jurídico é tributária do capitalismo liberal do século XIX, como sustenta Ferraz Júnior (1996), a falência do modelo liberal implicou, a partir do início do século XX, na incorporação nas Cartas Constitucionais de direitos sociais que impõem ao Estado um fazer e ao operador do direito a adoção de uma postura hermenêutica progressista, de modo a não deixar que tais garantias, como diz Lassalle, não passasse de escritos numa folha de papel.

Se na era positivista o estudo do direito se volta especialmente para as questões da norma e da validade, no atual estágio do pensamento jurídico pós-moderno ou pós-positivista, o mote está voltado para a discussão da legitimidade e, com ela, da eficácia dos direitos fundamentais como elemento justificador mesmo da própria existência do direito.

Dentro do panorama moderno vigia a tese racionalista, que concebia o real como algo estático e passivo, apto a ser dominado pelo intelecto. O conhecimento, assim, se respalda no modelo cartesiano da correspondência, ou seja, conhecer algo significa enunciar conteúdos linguísticos que expressem um “estado de coisas no mundo”. Existe aí uma confiança em que as palavras possuem núcleos estáveis e que eles podem representar a essência das coisas. A verdade, dentro desse paradigma epistemológico, pressupõe que uma asserção reflete o mundo tal qual ele é o que, no campo jurídico, indicaria demonstrar, sob a forma de uma linguagem formal, aquilo que expressa o texto normativo.

Na pós-modernidade, no entanto, dá-se ênfase a uma concepção de linguagem que demonstra que a ligação entre as palavras e as coisas é meramente convencional, como postula Saussure (2004), ou seja, não existe qualquer possibilidade daquelas incorporarem a essência das coisas. A linguagem, portanto, não pode fornecer parâmetros para um estatuto da verdade como correspondência tendo em vista que esse conceito é meramente comunicativo, ou seja, verdadeiro, por esse prisma, seria aquilo que os homens de uma dada coletividade, que comungam de uma certa visão de mundo, estão aptos a admitir como certo. E é claro que para que se possa chegar nesse consenso, argumentos referíveis à mera lógica não são adequados.

Essa linha de raciocínio se afina com o pensamento de Patterson (1996, p. 151), que aponta, de maneira lapidar, a diferença entre uma teoria da verdade moderna e outra, pós-moderna, salientando que:

De um ponto de vista modernista, a ‘verdade’ denomina a relação entre uma proposição enunciada e algum estado de coisas que faz essa proposição verdadeira. A visão que eu identifico como ‘pós-moderna’ rejeita o projeto de solucionar a conexão entre proposições e o que as faz verdadeiras. De um ponto de vista pós-moderno, dizer que alguma proposição é verdadeira é o mesmo que dizer que ‘um falante adequadamente colocado que usasse essas palavras nesse sentido seria plenamente afiançado/justificado (*warranted*) em tomar como verdadeiras essas afirmações naquela situação’ (Hillary Putnam)

Como sustenta Capra (1995), estamos passando por tempos de complexidade, onde o saber é holístico, ou seja, não pode ser reduzido a apenas um campo do saber. A sociedade não se fragmenta mais em poucas classes estáveis, e nem as aspirações individuais são reduzidas. Os papéis sociais, como observa Bauman (2000) são cada vez mais pulverizados, o que nos impele cada vez mais a acordos temporários de convivência coerentes com cada um deles.

O direito, hoje, no paradigma pós-moderno exige ser colocado de maneira pragmática, ou seja, como meio para um fim maior. Ele não se reduz em si mesmo, na norma ou na lógica deontica: ele busca transformar a realidade, e não tornar-se o seu espelho, ou o seu duplê inerte.

É exatamente por conta disso que hoje muito da discussão sobre a dogmática e a hermenêutica estão passando por um período de crise, já assinalado por Streck (2007), em que o vetusto perfil juspositivo, ainda predominante em larga escala tendo em vista, especialmente, a resistência à mudança pelo ensino jurídico, vem perdendo espaço para uma concepção mais progressista, que tem como característica principal o caráter técnico ou instrumental da ciência jurídica.

Passamos, portanto, de um momento do pensamento jurídico que via a lei como seu objeto mais relevante, tendo em vista que se glutinaram, em derredor desse conceito, uma série de conquistas históricas – igualdade, generalidade, limitação ao poder executivo, entre outras – e chegamos hoje num novo estágio, em que a Constituição não é vista apenas como a lei suprema, a fonte das fontes, mas como repositório *axiológico* do direito posto que se busca como instrumento de transformação social.

3. Expressões concretas da nova concepção pós-moderna de direito

a) Uma nova concepção de Estado

Sob o impacto da pós-modernidade, o Estado não deve ser tomado como um objeto acabado e autorreferenciado. Ele é, por um lado, um artifício, uma criação humana (vide Rousseau) e, por outro, uma meta para a obtenção de imperativos de justiça e legitimidade. Por tal razão, “os Estados devem ser justificados em função de como beneficiam o povo; idealmente, portanto, eles se destinam a ser aventuras cooperativas para vantagem mútua” (MORRIS, 2005, p. 25).

O Estado não é uma entidade autônoma e nem um organismo com vida própria, destacada, em absoluto, das necessidades de seus membros. Corriqueiramente, os livros de ciência política costumam definir o Estado tendo em vista noções de soberania, organização política e continuidade no espaço e tempo. No entanto, segundo o autor referido, hoje se exigiria, além desses requisitos, outro, o “compromisso de fidelidade”, consistente na lealdade recíproca que deve haver entre as promessas estatais propaladas e o direito de seus cidadãos que exigem o seu cumprimento. Por essa via, um Estado só se torna justificado se ele respeita a justiça, em especial os direitos humanos fundamentais.

Outra obra que segue a mesma linha é a Teoria do Estado de Martin Kriele (2009) em que a discussão sobre a sua legitimidade predomina desde o primeiro capítulo, onde se destaca a necessidade do Direito não ser reduzido à forma ou à lei, mas como elemento articulado com a moral e, sendo assim, comprometido com a substância, ou seja, em produzir considerações racionais que se reflitam em determinadas condições materiais que revelem a instrumentalização de uma pauta mínima de existência digna.¹

Por esse viés, o Estado não é; ele não é o final da experiência política humana, mas um vir-a-ser mutável no decorrer da história, ideia essa que se afina com a lição de Streck (2007), que separa a evolução da ideia de Estado em três fases distintas.

Em primeiro lugar, o Estado Liberal de Direito, nascido com a ascensão hegemônica da burguesia capitalista ao poder, era pautado pelo absoluto individualismo e a doutrina absenteísta, que busca provocar a menor intervenção possível no campo econômico. Com o passar do tempo, e encontrando-se o sistema de produção capitalista em sua fase madura, reconhecida a sua incapacidade de promover o bem comum, instaura-se, desde então, a partir do pós-guerra, o Estado Social de Direito, que já admite a intervenção como mecanismo de disciplina e extirpação dos excessos da liberdade contratual e econômica, além de reconhecer princípios comuns e intrínsecos à dignidade humana. Por fim, diz ele, estamos vivendo o modelo do Estado Democrático de Direito que “pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar níveis reais de igualdade e liberdade” (STRECK, 2007, p. 38).

Essa fase do Estado Democrático implica, como constata García-Pelayo (2009), uma tentativa de “refundação” desse termo, de modo a suprimir o hiato antes existente entre Estado e Sociedade, de modo a reconhecer a importância dos partidos políticos, grupos de interesse e iniciativas individuais como elementos importantes na formulação das leis e nos acordos de governabilidade.

b) A crise do conceito de lei e da repartição dos poderes

A transição do Estado de Direito ao Estado de Bem Estar Social fez com que houvesse uma modificação na concepção de lei, de modo que a atividade legislativa tem sido cada vez mais outorgada aos magistrados, por meio da inclusão nos textos de princípios e palavras de significação polissêmica. De outra parte, a maior instância produtora de legislação passou a ser o Executivo que, por meio de expedientes como, v.g. a Medida Provisória, no Brasil, decretos de necessidade e urgência, na Argentina, decretos, no Peru etc., vem conseguindo implementar a sua política com retardo menor do que o naturalmente imposto pelo longo procedimento legislativo. Por fim, temos um Legislativo que hoje exerce as suas funções de maneira menos livre, condicionado pela pauta do Executivo e pela forte influência dos grupos de pressão na defesa de seus interesses (para um apanhado mais completo desse fenômeno, vide GOMES, M., 2005).

A partir daí, rompeu-se o “paradigma legalista” de modo a abranger a área de atuação do Estado a searas que lhe eram antes interdidas, exigências essas que paulatinamente foram sendo agregadas em Constituições ou em Tratados Internacionais de Direitos Fundamentais cuja adesão foi se tornando mais abrangente.

Esse rompimento com o legalismo aconteceu, de acordo com Hespanha (apud TAVARES, 2003, p. 53) por três fatores especiais: “(i) desobediência generalizada à lei; (ii) não-aplicação ou aplicação seletiva das leis pelos órgãos oficiais; (iii) ineficiência da aplicação coercitiva da lei entre os particulares.”

A crise da legalidade deixou patente que não adiantava apenas criarem-se leis. Era necessário que houvesse coragem e disposição para fazê-las cumprir, daí o avançamento do

Executivo. Por outro lado, também fazia-se necessário que, para enfrentar o gestor, fosse ampliada a esfera de autoridade da magistratura para que pudesse não apenas adotar uma postura de limitação do excesso estatal mas, também, pudesse conferir efetividade às leis nacionais e, em especial, concretizar as promessas constitucionais.

Cappelletti (1999), confirmando a nossa assertiva, salienta que concomitante com o alargamento do espaço de atribuição do Executivo e com a explosão do garantismo social e o crescente aumento da interferência privada por meio da legislação, também o Judiciário teve a sua dimensão tornada mais complexa, em especial pela expansão da criatividade judicial na interpretação da lei e, ainda, pela teoria da superioridade normativa da Constituição, que põe o juiz em lugar de supremacia em relação às demais funções.

É essa perspectiva crítica que encontramos na obra de Cornejo (2002) que, ao estudar a divisão de funções antes e hoje, destaca os eixos hermenêuticos e ideológicos que animam a sua instrumentalização em cada período histórico, de modo a demonstrar que o fenômeno da tripartição de funções estatais deve levar em conta, hoje, os pressupostos sociológicos, jurídicos, políticos que a fazem ser o que é.

No plano sociológico, o Estado atual não consegue fazer uma separação rigorosa com a sociedade civil de modo que segue sendo influenciado por uma multiplicidade de organismos nacionais e internacionais que lutam por interesses diversos e muitas vezes conflitantes. Ele não consegue, por isso, seguir perenemente uma linha liberal ou garantista, movimentando-se em tantas searas quanto sejam a articulação de forças que o impelem.

Um maneira sociológica de tentar explicar essa complexidade está na crise pós-moderna que gera a dissolução das identidades que são múltiplas e refratárias, obrigando os sujeitos, a todo instante, a escolher e transitar de maneira plural por tais meandros, retirando-lhe a serenidade.²

Nessa “crise de sentido” em que vive o homem moderno, o Judiciário surge como uma espécie de último recurso ou trincheira, por meio do qual ele pode, ainda, depositar as esperanças de dispor de um terreno que lhe inspire segurança.³

No plano jurídico, a crise da lei e da legislação faz com que a aplicação desta deixe de ser matematicamente certa posto abranger em seu interior princípios e valores de grande amplitude semântica. Isso faz com que os magistrados sejam forçados a adquirir uma postura criativa na solução dos conflitos, que leve em conta os meandros do caso concreto. Isso, por outro lado, faz com que a tarefa hermenêutica não seja uma atividade certa ou previsível o que indica que o princípio da segurança jurídica, típico do Estado Liberal, esteja sendo mitigado por valores de confiança no Judiciário na concretização das metas constitucionais ainda que, para tanto, tenha-se de, pontualmente, tornar menos homogênea a prática jurídica para dar-se primazia à melhor solução de acordo com o contexto, enriquecendo a atividade interpretativa por meio do pensamento tópic.⁴

Por fim, no plano político, estamos diante da crise da teoria da representação uma vez que, com o engrandecimento dos grupos intermediários entre Estado e indivíduo (fato esse que não constava da pauta liberal originária), hoje não se pode negar que vivemos uma democracia “neocorporativa” onde os partidos políticos, os sindicatos, as organizações não-governamentais chamam para si o protagonismo das lutas hegemônicas. Outro fator importante para a derrocada do modelo liberal deu-se com a introdução de uma “democracia midiática” que apela para a personalização do poder por meio do recurso à imagem e a técnicas publicitárias para a “marketização” da política, que se transforma em mais uma commodity da sociedade de consumo tão bem delineada por Baudrillard (1995).

c) A politização do judiciário

O modelo de juiz do paradigma liberal não é o mesmo modelo postulado na pós-modernidade, onde emerge uma formação discursiva que concede outros atributos ao magistrado, peculiares ao Estado Democrático de Direito onde ela surge, e que vem impelindo o magistrado à novos desafios no que diz respeito à adoção de um papel hermenêutico ativo em prol da legitimação das promessas constitucionais de justiça e igualdade para todos.

Quando se pensa, hoje, no juiz não se pode fazê-lo como reflexo de um “super-homem” que não se iguala aos demais; como alguém que não é clivado pelo inconsciente e não tem preconceitos; como alguém que consegue suprimir a sua experiência pessoal quando precisar produzir um julgamento; ou mesmo uma pessoa que não tem nenhum temor e nem apego ao mundo material ou honorífico e quer somente distribuir justiça.⁵

Com base nisso afirmamos que o juiz exerce atribuição de agente político, o que tem encontrado apoio em boa parte da doutrina (HIRCHL, 2004; SHAPIRO e SWEET, 2002; GUARNIERI e PEDERZOLI, 2002; CAPPELLETTI, 1999). Não estamos falando de política partidária, que deve ser vedada ao magistrado, mas de sua *politização hermenêutica*, com a qual medita e redige as suas decisões.

Essa lição vem sendo cada vez mais repetida na doutrina brasileira, como podemos observar do trecho adiante coligido:

“Os membros do Poder Judiciário devem ser considerados como agentes políticos porque participam, por meio de suas decisões (sentenças), das atividades sociais, do ajustamento de planos econômicos e da reformulação de políticas públicas, formadoras do Estado Democrático de Direito.[...] Assim, o juiz, enquanto atua como agente político, concentra poder e autoridade para aplicar os princípios de igualdade e de justiça social nos casos concretos e para direcionar juridicamente o funcionamento do Estado (COUTINHO, 1995, p. 48).

O papel do juiz é político pois dele exige que crie o direito, outorgando-lhe a tarefa de determinar a melhor solução para o caso concreto, que se baseia numa legislação onde, cada vez mais, se multiplicam os termos semanticamente vagos.⁶ Pode-se falar que esse labor também é político posto que o Judiciário, ao invés de lidar apenas com a apuração de casos passados tem sido instado, por meio dos conflitos de massa e das ações coletivas, a tomar decisões que são cada vez mais prospectivas, o que faz com que o limite entre o julgar e o legislar torne-se absolutamente impreciso (e, para alguns, inexistente). De outra parte, ele é incitado a cumprir as promessas do constitucionalismo social ou nova ordem constitucional (TUSHNET, 2003), de modo a transformar a realidade em prol da implementação dos princípios constitucionais, o que impõe mudanças na hermenêutica jurídica em relação à clássica tese da subsunção.

A fase do juiz “escravo da lei”, mero aplicador silogístico do direito chegou ao fim. Ele também cria o direito (CAPELLETTI, 1999) e, para tanto, faz uso de certa dose de criatividade e, ainda, de inteligência teleológica da norma de modo que busca a melhor solução para o caso concreto. Por tal razão,

[...] ao Juiz compete a função política de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalista do Direito. Esta contri-

ENTRE ASPAS

buição é por demais incisiva, tanto na prática judicial alternativa em benefício dos setores sociais menos favorecidos, quanto na apreciação real das necessidades fundamentais da vida social e na realização dos fins libertários do Direito; pois, este, enquanto fenômeno universal, deve ser a ‘afirmação possível da libertação conscientizada’ e não instrumento de controle e repressão de um bloco de poder hegemônico. (WOLKMER, 2003, p. 187).

4. O problema conceitual da reserva do possível

A dificuldade de se trabalhar com o conceito da reserva do possível se inicia pela própria tentativa de conceituá-lo, já que não existe unanimidade acerca de sua natureza jurídica.

Uma definição, que se tornou clássica, desse termo é de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 236-237):

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

A expressão, no entanto, não é unívoca como parece transparecer da definição acima.

Da análise acurada da bibliografia nacional, verificamos que o termo por vezes é usado sem nenhuma partícula determinadora antes dele, por outras é usado o artigo definido “a”. Há também referências a um “discurso” (SIQUEIRA, 2010); a uma “cláusula” (VAZ, 2009; Min. CELSO DE MELLO, BRASIL, 2004); a uma “teoria” (SCAFF, 2005; AGUILAR; BOCCHI JR., 2011; REIS JÚNIOR, 2009; NAKAMURA, 2011; MÂNICA, 2007); e, finalmente, a um “princípio” (SILVA; WEIBLEN, 2007; Min. BENEDITO GONÇALVES, BRASIL, 2009).

Ele também é tido como regra de distribuição do ônus da prova (vide Súmula 241 do TJRJ: “cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição”).

Outros trabalhos dão ênfase na questão da reserva como instrumento de controle orçamentário (CARNEIRO FILHO, 2011; VAZ, 2009), adicionando um adjetivo ao seu nome (“reserva do financeiramente possível”).

Como se vê, o estatuto daquilo que se pode ter como reserva do possível varia ao sabor do autor, havendo pontos de convergência e de divergência a respeito do assunto, o que torna o seu estudo fragmentário, o que compromete mesmo o uso desse termo no espaço da racionalidade jurídica.

5. A questão da eficácia dos direitos fundamentais e a reserva do possível

Quando falamos em direitos fundamentais, queremos nos referir, com Sarlet (2010), aos direitos do ser humano positivados na Carta Constitucional de determinado Estado.

Em nosso país o rol desses direitos previstos na Lei Fundamental é extenso, dado o caráter analítico que permeou a sua elaboração, abrangendo os direitos da primeira, segunda e terceira geração, na terminologia já clássica de Bonavides (1997). Aqui será dada atenção especial àqueles da segunda geração que, segundo o autor, impõem um *facere* por parte da Administração para o seu gozo pleno.

O primeiro problema que se apresenta a respeito desse tema é trazido pelo art. 5º, §1º do Texto Constitucional, que ressalva que todos os direitos fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, dispensam qualquer tipo de diferimento legislativo. A esse respeito, a doutrina pátria entende o termo eficácia como sendo “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ele representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação [...] entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2001, p. 83).

Como vimos anteriormente, a morosidade e a pulverização dos vetores hegemônicos no Estado Pós-Moderno levou o legislativo, de poder supremo, segundo a teoria de Montesquieu, ao desprestígio. Hoje assistimos a uma crise do conceito de legalidade, especialmente no campo do Direito Administrativo (vide BRANDÃO, CAVALCANTI e ADEODATO, 2011). A vetusta regra que asseria que “ao Executivo só é possível fazer o que está previsto em lei” é hoje, em grande parte, um mito ultrapassado. O campo de ação estatal está ele especialmente voltado para o cumprimento de metas, para a adequação dos princípios constitucionais, para o atingimento de valores positivados, o que faz com que a ação administrativa seja muito mais dinâmica e, segundo Raquel Carvalho (1999) deixe de lado a legalidade em prol de um novo princípio, que abrange não apenas a lei mas, ainda, os demais elementos antes referidos, por ela denominado princípio da *juridicidade*.

Hoje o prestígio da lei é tão questionável que Binenbojm (2008) cunhou o termo *deslegalização* para se referir à cada vez maior autonomia normativa do executivo e seus decretos. Além do mais, a edição de leis, especialmente as voltadas para a execução de políticas públicas e regulação por meio de agências cujos vocábulos, estão tão carregadas de termos semanticamente vagos ou polissêmicos que, dada a sua “porosidade”, vem servindo para a edição de regulamentos executivos que se constituem em verdadeiras normas primárias.

Como se vê, passamos hoje por um momento em que o fenômeno jurídico parece tolerar ou flexibilizar a legalidade estrita em prol de um espaço de manobra, mais condizente com uma Administração Pública de feições policêntricas.

Assim como a atuação do executivo tem se transformado ao longo do tempo, sendo-lhe cada vez mais exigido que esta esteja voltada para o cumprimento das promessas constitucionais, de modo que ela não se torne apenas folha de papel, também o judiciário é co-autor desse trabalho, e não mais coadjuvante. A partir do momento que se cunha a teoria da inconstitucionalidade por omissão e admite-se o controle dos atos legislativos e executivos pelo judiciário, esse último toma força como garante da efetividade da Carta Política.

Isso fica claro quando o STF aponta que:

“se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional” (BRASIL, 2011)

ENTRE ASPAS

Com base em tais lições, há autores que entendem que nenhum óbice de ordem orçamentária pode ser oposto contra a eficácia dos direitos fundamentais sociais, muito menos sobre a tese da reserva do possível.

Essa é a posição do juiz federal Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 313), para quem “nem a reserva do possível nem a reserva da competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento de direitos originários a prestações. [...] a efetividade dos direitos sociais [...] não pode depender da viabilidade orçamentária”.

Krell (2002) é outro exemplo desse entendimento. Para ele a transposição de doutrina estrangeira para o direito brasileiro, sem a necessária crítica, poderia gerar situações de enfraquecimento da efetividade dos direitos sociais já que aqui, ao contrário da Alemanha, estes fazem parte do núcleo de direitos fundamentais da Carta Política. Assim sendo, conclui o autor, a reserva do possível, num país periférico, como o nosso, se significar a necessidade de “caixa cheio” para a implementação de políticas públicas para a sua execução, seria o mesmo que reduzir a sua eficácia a zero.

Piovesan (2003, p. 110) nos parece apontar no mesmo sentido, ao asserir que “há que se propagar a ideia de que os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e, por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade”.

Na posição diametralmente oposta teríamos Holmes e Sunstein (1999) que verificam, de maneira empírica, o custo do sistema penal, a fiscalização de padrões de segurança, entre outros, demonstrando que todos eles tem um custo e tudo que exija despesa pública não pode ser exigido livremente, mas apenas dentro de parâmetros previstos na lei orçamentária.

O procurador do estado do Rio de Janeiro, Gustavo Amaral (2001), de igual modo, a partir de decisões judiciais concretas versando sobre o custo de determinados tratamentos de saúde, traça considerações a respeito da aplicação aos casos individuais (microjustiça) do princípio da isonomia, de modo que esses casos devam ser alçados a um patamar global, relativo ao direito que todos os enfermos, na mesma situação, teriam de obter o mesmo tratamento jurisdicional (macrojustiça). Dessa forma, ao decidir, os magistrados não podem ficar apegados apenas ao caso concreto, mas devem levar em conta que a hipótese pode ser exigida de outros na mesma situação, de modo que a escassez de recursos públicos deve ser ponderada na operação de densificação judicial dos direitos sociais.

Bigolin (2006) concorda com uma interpretação ponderada a respeito da eficácia dos direitos fundamentais sociais:

À luz de todo o exposto, importa informar desde já que a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos correspondentes recursos na esfera de competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Ou seja, esteja a decisão das políticas públicas vinculadas ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários.

Encontramos, ainda, posições intermediárias, como a de Jorge Miranda (1992, p. 204), para quem a reserva do possível seria “um ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível”, e a de Canotilho (2004), que entende que a efetividade dos direitos sociais não pode ser exigida de imediato, posto que pautada por uma progressiva ampliação.

Como se vê, consideramos que a questão acerca da reserva do possível é um dos elementos principais num estudo acerca da efetividade dos direitos fundamentais. Das inúmeras análises observadas, consideramos haver deixado claro que a divergência entre os diversos autores dá-se com bases ideológicas muito mais do que jurídicas.

Nos parece claro que aqueles que advogam a primeira corrente buscam, com Marx e a 11ª Tese sobre Feuerbach⁷, implementar uma transformação radical do real, por meio de uma hermenêutica emancipatória.

Tendo em vista a persistência da corrupção e da desigualdade social no país, que ainda se mantem com as piores taxas de distribuição de renda do mundo ocidental, a solução seria, para esses, uma interferência ampla na gestão dos recursos públicos. Os gestores, por essa visão, são vistos de maneira negativa *prima facie*, sendo sua a culpa pela qual as promessas da Constituição não se realizam. Por essa via, até a alteração na alocação de verbas seria admissível, com subversão da ordem prevista na lei orçamentária, que vê a sua cogência ameaçada, para ser encarada judicialmente como uma mera recomendação, já que o que importa é transformar o mundo pela satisfação da necessidade do caso concreto.

Essa posição é idealista – no sentido filosófico do termo – na medida em que tudo aquilo que diz respeito ao real é relegado a segundo plano, já que são as ideias que moveriam o mundo, e não o contrário. Destarte, a limitação da verba pública não parece uma questão digna de preocupação, para esses autores, já que esse tema seria subalterno, estabelecendo-se, então, uma verdadeira hierarquia entre as normas constitucionais, tendo em vista que aquelas que disciplinam os orçamentos, por esse viés, estariam numa posição de submissão em relação aos direitos fundamentais, de modo que, para executá-los, tudo seria possível, até mesmo inquirir de inadequada a lei orçamentária, transformando o juiz em verdadeiro legislador positivo e administrador de fato.

De outro lado, poderíamos considerar pragmatistas o segundo grupo, para quem nenhuma providência jurídica concreta poderia ser adotada pelo juiz sem que, antes, pudesse analisar o impacto que a mesma poderia ter no orçamento, aferindo que a sua esfera de atuação está limitada à lei orçamentária e a escassez dos recursos públicos.

Essa posição leva a um “engessamento” na eficácia dos direitos fundamentais, sendo que a última palavra seria sempre do legislador e da previsão de despesa, o que nos traz a uma visão positivista da posição do juiz, como boca da lei.

Nos parece que os extremos não toleráveis. Cada uma das posições tem a sua dose de racionalidade e de igual exagero.

Acreditamos que a reserva do possível carece, para sair desse impasse, de um tratamento mais rigoroso, no que diz respeito à sua posição dentro da filosofia do direito.

6. Por um tratamento retórico da reserva do possível

Tendo em vista os paradoxos encontrados no tratamento doutrinário da reserva do possível, consideramos observá-lo por um prisma distinto, enquanto pertinente à retórica, ou seja, ao mundo da linguagem.

Como já observamos anteriormente, a filosofia do direito atual abandonou a possibilidade de fundamentar-se sob um prisma exclusivamente legalista que, em seu interior, distinguia claramente entre um sujeito epistemológico e um objeto submisso e dócil, cuja estrutura poderia ser desvendada pela razão.

ENTRE ASPAS

Atribuir à reserva do possível um estatuto ontológico, como se fora um “objeto” passível de tal apreensão é um erro, que leva à sua multiplicidade de denominações.

A mais equivocada delas nos parece aquela que o equipara a um princípio. Segundo Alexy (2008, p. 90), os princípios se caracterizam como um “mandamento de otimização” que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes no momento da aplicação. Assim sendo, os elementos fáticos estão fora do campo do princípio e servem, na verdade, como elemento de sua modulação.

Como deixamos claro acima, os doutrinadores identificam a reserva do possível com as barreiras de caráter orçamentário que impedem a máxima eficácia dos direitos sociais. Assim sendo, não se pode dizer que sejam eles verdadeiros princípios. Essa posição também é a de Olsen (2008), visto que a reserva do possível não prescreveria determinado estado de coisa a ser atingido e nem se trataria de um mandado de otimização.

Existiria efetivamente uma teoria sobre o tema? Quem sabe um discurso? Possivelmente uma “cláusula”?

Nenhuma dessas designações nos parece satisfatória.

Como vimos acima, a reserva do possível não nos parece ter uma significação própria, abstraída da aplicação dos direitos fundamentais. Toda vez que se busca ler algo a respeito, a sua temática volta-se, em última análise, ao problema da eficácia. Daí que não consideramos adequado o termo teoria.

Quanto a discurso e cláusula, não existe consenso a respeito dessa terminologia, que nos parece vaga e imprecisa, servindo como verdadeiros “curingas” semânticos para tratar o assunto conferindo-lhe, como já dissemos, um estatuto ontológico.

Assim, voltamos à estaca zero. Como conceber a reserva do possível?

Nos parece inegável que a única solução adequada está em vê-lo como um lugar retórico dentro da teoria dos direitos fundamentais.

Isso é importante, e leva a importantes distinções.

A primeira, e mais óbvia, abandona a hermenêutica sujeito – objeto e busca fundamentar o estudo num novo tipo de domínio, que leve em conta os sujeitos em sua interação comunicativa. Assim, a reserva do possível deve ser concebida por um viés semiótico, ou seja, como fator a ser levado em conta numa situação de interação.

E como nenhuma situação de comunicação se dá no vácuo, é importante que seja analisado o entorno sociocultural em que essa interação se realiza, como forma de estabelecer-se parâmetros críticos para o estudo da significação. A reserva do possível estaria, com isso, situada precisamente na esfera do contexto, daquilo que é tomado como pressuposto e que, no trabalho hermenêutico condiciona a troca e as possibilidades de comunicação.

Destarte, a reserva do possível constituir-se-ia num topos retórico, que aglutina em seu interior uma série de considerações econômicas e jurídico-orçamentárias, que devem ser levadas em conta pelo hermenêuta e que, por conseguinte, precisam ser expressamente consideradas e precisadas argumentativamente.

Por outro lado, e recordando a nossa assertiva inserida no início do trabalho a respeito da mudança paradigmática que a pós-modernidade trouxe na forma de produção de ciência, temos que a existência recente de uma discussão a respeito da reserva do possível é ela mesma expressão dessa mudança. Isso se dá na medida em que a análise desse fenômeno não pode ser feito com argumentos exclusivamente jurídicos, exigindo do intérprete que enverede por outros domínios do saber e, assim, concretizando um saber complexo que desconsidera barreiras fixas e sólidas entre os saberes.

Por fim, destacaríamos que a reserva do possível guarda em seu conteúdo retórico uma dimensão dialética que só pode ser verdadeiramente compreendida se temos em conta a mudança do pensamento moderno e pós-moderno, a crescente politização do juiz assim como e a sua posição atualmente assumida por ele como garante da legitimidade do próprio Estado, com os riscos e vantagens que disso tudo pode advir.

Falar de reserva do possível é situar-se argumentativamente nesse embate entre progresso e preservação de *status quo*, em validade contra eficácia, em lei contra direitos fundamentais, e tantas outras díades que envolvem o confronto entre esses dois domínios significativos que, longe de demonstrarem uma supremacia de qualquer deles, continuam a peleja pela hegemonia, senão material, ao menos no campo da interpretação.

7. Conclusão

Iniciamos esse trabalho discutindo as mudanças entre a modernidade a pós-modernidade no interior da ciência e, por reflexo, na concepção de Direito e Estado.

Vimos, ainda, que essas mudanças causaram impacto especial no desempenho da atividade judicial, especialmente por exigirem do magistrado, no desempenho de seu *mister*, um cuidado hermenêutico maior com a legitimação de seu trabalho hermenêutico de subsunção do fato à norma, que deixa de ser uma operação meramente lógica (silogística) para tomar a feição verdadeira ativa e politizada.

Por outro lado, o crescente ceticismo quanto à implementação dos direitos fundamentais em constituições analíticas, aliados aos movimentos de redemocratização do pós-guerra e à disseminação do controle de constitucionalidade, inclusive por omissão, deram aos juízes uma posição de destaque, deixando para trás qualquer suposição de equilíbrio entre os poderes do Estado de Direito.

Hoje percebemos uma crescente demanda processual, tendo em vista o aperfeiçoamento dos mecanismos de acesso à justiça, e um número cada vez maior de magistrados ciosos não de aplicar à lei, mas de fazer justiça, conferindo eficácia imediata aos direitos fundamentais.

Essa atuação vem sendo questionada sob o pálio da reserva do possível, termo cunhado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão como limite de exigibilidade, pelos cidadãos, dos direitos sociais, tendo em vista a carência de recursos.

No Brasil, a discussão a respeito do que seria a reserva do possível ainda é bastante recente, sendo ainda em número pequeno os trabalhos que tratam especificamente do assunto. No entanto, ainda não se sedimentou um ponto de vista unívoco a respeito acerca do que se constituiria tal fenômeno, que vem sendo tratado de maneiras distintas, como discurso, cláusula, teoria e até mesmo princípio, entre outras.

O presente trabalho buscou demonstrar as inconsistências de tais denominações e sustenta que a correta abordagem desse tema diz respeito ao campo retórico, que busca na semiótica e no contexto o verdadeiro local da reserva do possível, como local de embate dialético entre positivismo e pós-positivismo, direito e economia.

Trata-se, portanto, de um *topos* retórico e não de um objeto definido, e por isso mesmo apenas tendo em vista o entrelaçamento complexo de saberes que o fundamenta é que se pode ver, com clareza, o seu lugar, enquanto função argumentativa no discurso jurídico.

Referências

- AGUILAR, Mateus Gustavo; BOCCHI JÚNIOR, Hilário. A Teoria da Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, a. VII, n. 40, p. 53-67, jan./fev. 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos; Lisboa: Edições 70, 1995.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista Doutrina*. Porto Alegre, s/d. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/>>. Acesso em: 07 dez. 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 7, n. 25, p. 9-44, abr./jun. 2009.
- BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade – Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 542/SP, Pleno, Brasília, DF, 29 de dezembro de 2001. *Diário Oficial da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 28 jun. 2002, p. 89.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/MC/DF, Pleno, Brasília, DF, 29 abr. 2004. *Diário Oficial da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 04 mai. 2004, p. 05.

A REVISTA DA UNICORP

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 28.962/MG, Primeira Turma, Brasília, DF, 25 jun. 2009. DJe, 03 set. 2009.

CANOTILHO, J.J. GOMES. Metodologia <<fuzzy>> e <<camaleões normativos>> na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1995.

CARNEIRO FILHO, José Cláudio. A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Carneiro_Filho_a_reserva.pdf>. Acesso em: 30 set. 2011.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

CARVALHO, Raquel. *O direito à informação administrativa procedimental*. Porto: Publicações Universidade Católica, 1999.

CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y division de poderes hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. *Instrumentos de atuação do juiz-agente político no Estado Constitucional de Direito* (contribuição do Direito de Ordenação Social Alemão). 2005. 138 f. Dissertação de Mestrado junto ao Departamento de Direito de Teoria do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público – em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização económica. In AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia. *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 60-76.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Mário Soares Caymmi. Crise do conceito de legalidade: aproximações. *Revista de Direito Privado*, v. 6, n. 21, p. 353-380, jan./mar., 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 33, n. 164, p. 9-28, out. 2008.

ENTRE ASPAS

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *The power of judges. A comparative study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na Pós-Modernidade*. 7ª ed. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 14ª ed. São Paulo: Loyola, 2005.

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

HONÓRIO, Cláudia. O custo dos direitos prestacionais. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 6, n. 25, p. 145-159, jul./set. 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KNORR CETINA, Karin. *La fabricación del conocimiento. Un ensayo sobre el carácter constructivista y contextual de la ciência*. Tradução de Maria Isabel Stratta. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle do judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais: sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, p. 188-220, out./dez. 1992.

MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado Moderno*. Tradução Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Direitos Sociais e Administração: a compatibilização da teoria da reserva do possível e a exigência de garantia do mínimo existencial para a efetividade dos direitos sociais. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, a. 11, n. 119, p. 50-59, jan. 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PATTERSON, Dennis. *Law & Truth*. New York: Oxford University Press, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

A REVISTA DA UNICORP

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A Nova Aliança – Metamorfose da Ciência*. Tradução Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

QUERIOZ, Ari Ferreira; OLIVEIRA, Vitor França Dias. A reserva do possível como parâmetro de sindicância dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Faculdade de Direito de Goiás*, Goiânia, v. 33, n. 1, p. 47-66, jan./jun. 2009.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo Estado de prestações positivas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, a. 17, n. 86, p. 9-31, mai./jun. 2009.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Linguística Geral*. 26ª ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos, *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: do Advogado, 2010.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 42-53, jul. 2007.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição do 26 retrocesso. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 76, n. 3, p. 45-56, jul./ago. 2010.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 17, n. 66, p. 9-38, jan.-mar. 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª ed. São Paulo: EDUSP, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu

ENTRE ASPAS

da. *Identidade e Diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003. p. 7-72

Notas

1. Isso fica claro quando o autor afirma na obra citada que “[...] um poder público é legítimo quando vale como completamente justificado aos olhos de seus subjugados. Na atualidade, um poder público só vale como justificado, quando puder ser fundamentado através de considerações materiais racionais” (KRIELE, 2009, p. 54).
2. Para um tratamento mais aprofundado do tema das identidades na pós-modernidade veja-se, em especial, Woodward, K. (2003), Hall (2003).
3. Segundo Antoine Garapon (apud CORNEJO, 2002, p. 232), “o sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e estruturam a sua personalidade, busca no contato com a justiça um remédio contra o desabamento interior. Ante à decomposição do político, é ao juiz a quem se pede salvação. Os juízes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical ou paternal – de quem hão desertado os seus antigos titulares.”
4. Para um maior aprofundamento do tema, que abrange a discussão sobre a teoria tópica da argumentação no direito vide Viehweg (1997).
5. Para uma análise mais completa das diferentes metáforas que circundam a mitologia da identidade do juiz vide a nossa dissertação de mestrado cujo título é *A identidade da magistratura na narrativa jurídica: uma perspectiva da análise de discurso crítica* (GOMES, 2009).
6. Sobre o tema e ainda noções mais precisas sobre os dilemas que a ambigüidade e vagueza da linguagem geram no direito vide a obra de Carrió (1994).
7. Os filósofos têm apenas *interpretado* o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é *transformá-lo*.