

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

**OS DISCURSOS DO JUIZ E DO ADMINISTRADOR NO
CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS – UMA
QUESTÃO DE LINGUAGEM**

**Brasília
2011**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

**OS DISCURSOS DO JUIZ E DO ADMINISTRADOR NO
CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS – UMA
QUESTÃO DE LINGUAGEM**

ELINA MAGNAN BARBOSA

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre. Orientador: prof. Dr.
Argemiro Martins*

Brasília

2011

BANCA EXAMINADORA

.....

.....

.....

.....

.....

Brasília, de março de 211.

DEDICATÓRIA

AGRADECIMENTO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
------------------------	----------

I- JUDICIAL REVIEW DE ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Judicial Review	13
2. Revisão judicial de Atos Administrativos – a Questão da Razoabilidade.....	15
3. A Capacidade de Julgar	19
4. Resumo do Capítulo	23

II - OS SISTEMAS DO DIREITO E DA POLÍTICA, SUAS PECULIARIDADES E SEUS CÓDIGOS

1. Os Sistemas da Política e do Direito	27
2. Diferença de Códigos	30
3. Desarmonia Temporal.....	32
4. Da Separação dos Sistemas	33
5. Do Acoplamento Estrutural	34
6. Resumo do Capítulo.....	35

III – LINGUAGEM, PRAGMÁTICA E COMUNICAÇÃO NOS DISCURSOS DO JUIZ E DO ADMINISTRADOR

1. Da Linguagem do Juiz e do Administrador.....	37
2. Pragmática da Linguagem.....	47
3. Patologias de Linguagem vislumbradas nas Decisões Judiciais sobre Atos Administrativos.....	52

IV – PROBLEMA DA DIFERENÇA DE CÓDIGOS NA ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO – LINGUAGEM DO ADMINISTRADOR X LINGUAGEM DO JUIZ NO CASO MEPILEX

1. Introdução.....	56
2. O Caso Mepilex.....	59
3. Da decisão do Conselho Especial	60
4. Da forma de Dispensação de Medicamentos no SUS	61
5. Das Razões de Decidir do Tribunal ou da Linguagem do Juiz	63
6. Das Conseqüências do Acórdão no Caso MEPILEX ou Da Linguagem do Administrador	69
7. Resumo do Capítulo	71

CONCLUSÃO - O CRITÉRIO DO JULGAMENTO EMPÁTICO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	74
--	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81
--	-----------

ANEXOS.....	85
--------------------	-----------

RESUMO

O presente trabalho, a partir de uma visão crítica do *judicial review* de atos administrativos, questiona a autoridade das decisões judiciais nesses casos, sobretudo ao se considerar a diferença de discursos entre juiz e administrador. A partir da análise de um caso concreto real referente ao direito à saúde denominado de “Caso MEPILEX”, concluir-se-á que a diferença de linguagem e códigos entre juiz e administrador contribui de forma contundente para os equívocos e decisões teratológicas dos magistrados no seu mister de controlar judicialmente os atos da Administração. Numa tentativa de mitigar tal efeito da diferença de códigos sugere-se o critério do “juízo empático”, no qual, por meio de uma abertura comunicacional no processo judicial, tentar-se-á superar a divisão entre as linguagens .

ABSTRACT

The present paper, by means of a critical approach to the judicial review of administrative acts, questions the authority of judges in those cases, above all as the difference of discourses between judges and administrators are taken into consideration. Through the analysis of a judicial case concerning the constitutional right to a healthy life, we shall come to the conclusion that the difference of language and codes between judges and political authorities does in fact contribute to errors and mislead judicial decision making. In an attempt to mitigate this effect of the difference of codes, a new criterion, based on communicational opening is suggested – “the empathetic judgement”.

INTRODUÇÃO

A concepção da ordem jurídica, na idéia de Direito hoje propugnada, deve ser trabalhada no sentido da superação do modelo estático apoiado na simples estrutura lógico-formal dos moldes exegéticos. Com efeito, da compreensão atual, emerge o fenômeno jurídico, como resultado de um processo histórico de construção e reconstrução de modelos de decisão, que surgem da necessidade constante de se conciliar visões divergentes de justiça¹, baseadas nas mesmas proposições jurídicas, mas expressas por linguagens diferentes.

Nesse contexto, diante da realidade de uma sociedade constitucional plural, surge como inevitável a necessidade de se levar o “outro” na devida conta, considerar sua concepção sobre o que é justo, ainda que divergente, e superar o vazio criado pelo dissenso². Esta superação somente poderá ser levada a cabo, na medida em que a linguagem for utilizada como instrumento mitigador das diferenças.

No controle judicial dos atos administrativos, no entanto, que é a matéria que nos interessa mais proximamente para este trabalho, considerando-se que a linguagem do juiz, que dará a última palavra sobre o conceito de justiça, no caso concreto, e o discurso dos demais agentes políticos não se encontram fundados nos mesmos critérios, é preciso buscar solução que possibilite o entendimento entre eles, na busca de um consenso fundado.³

A análise judicial dos atos de poder, portanto, somente poderá se gabar de legitimidade, na medida em que permitir, no decorrer do processo jurisdicional, o oferecimento de critérios de justiça, argumentos a seu favor, contra-argumentos de possíveis oponentes, chegando-se, ao fim, a acordo racional que possa ser remetido à comunidade de interpretação em geral.⁴

¹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

² ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*. Vol. I e II. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003.

⁴ *Idem, Ibidem*.

Daí emergem as indagações centrais de nossa pesquisa, no sentido de se questionar não somente o porquê da escolha constitucional de se entregar ao Poder Judiciário a função do controle das leis, o que será feito como pano de fundo, mas, também, a razão pela qual a interpretação razoável de uma lei pelo juiz deve prevalecer sobre aquela também razoável do administrador e do legislador, principalmente ao se considerar as diferenças de discursos entre ambos, fato que entendemos ser gerador de decisões judiciais equivocadas quando se trata de controle de atos da Administração.

Neste contexto, a exposição de argumento dar-se-á da seguinte forma, com uma divisão em quatro capítulos principais e um último conclusivo. O primeiro deles trará uma exposição sobre o *judicial review*, onde serão apresentadas algumas críticas a esse tipo de controle. Em seguida na mesma seção, proceder-se-á a um exame sobre a questão da razoabilidade dos atos administrativos e sua revisão judicial. Por último, será analisada a “capacidade de julgar”, focando-se, sobretudo, na questão da “capacidade dos juízes” levantada por Mark Tushnet⁵ e na sua legitimidade para decidir questões que envolvam atos da Administração Pública.

Desta forma, com a parte final do primeiro capítulo será aberto caminho para a discussão a ser desenvolvida na segunda parte do trabalho, na qual será feita tentativa de se fundamentar as dificuldades dos juízes, ao analisarem atos da administração, no fato de possuírem discursos diferentes, decorrentes de sua inserção em dois sistemas diversos – o do Direito e o da Política. Neste momento, então, será feito estudo descritivo sobre a separação entre os sistemas, a diferença de códigos dela decorrente e o acoplamento estrutural, sob uma perspectiva luhmaniana.

O terceiro capítulo inicia com um estudo das diferenças e peculiaridades da linguagem do juiz e do administrador e, em seguida, aborda de forma sucinta a pragmática da linguagem onde serão estudadas algumas patologias da comunicação que, juntamente com a diferença de códigos, prejudicam a orientação dos juízes no controle judicial de atos administrativos.

No quarto capítulo, por sua vez, buscaremos ilustrar as nossas preocupações estudadas nas seções anteriores por meio de um caso concreto real

⁵ The question of capability. TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the courts. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 54 – 71.

referente ao direito constitucional à saúde. Escolhemos analisar este caso em virtude da particular relevância do tema “direito à saúde” para a Administração distrital. Isto porque, hoje, somente no Distrito Federal, existem quase oito mil ações cominatórias distribuídas em oito varas de Fazenda Pública, fora outras tantas submetidas ao crivo da Justiça Federal, onde os autores pleiteiam o fornecimento gratuito pelo Estado de algum medicamento ou a sua internação em UTI a expensas do ente federado requerido em juízo.

Estas demandas, que possuem grande apelo social e emocional, apresentam-se como enorme desafio a todas entidades públicas envolvidas – magistratura, procuradorias de Estado e defensorias públicas- em virtude do seu grande número de ações, do conhecimento médico técnico imprescindível para sua solução e das políticas públicas envolvidas. Como conseqüência, muitas sentenças são proferidas com desconhecimento da realidade médica dos medicamentos pleiteados, de seus protocolos e das respectivas políticas públicas, resultando muitas vezes decisões injustas, em contrariedade com políticas públicas constitucionais e impossíveis de serem cumpridas pelo Estado.

Neste quarto capítulo, portanto, analisando o que chamaremos de “o Caso MEPILEX”, tentaremos demonstrar que as dificuldades acima mencionadas são, em última análise, decorrentes da diferença de códigos entre magistrado e administrador, por estarem inseridos em sistemas distintos com preocupações e realidades diversas. Para tanto, faremos um estudo minucioso do caso e da linguagem utilizada pelas partes.

Por último, após a análise do caso concreto estudado, encerraremos o trabalho concluindo que, de fato, a diferença de linguagem e códigos entre juiz e administrador contribui de forma contundente para os equívocos e decisões teratológicas dos magistrados no seu mister de controlar judicialmente os atos da Administração. Numa tentativa de mitigar tal efeito da diferença de códigos sugerimos o que denominamos de “ julgamento empático”, no qual, por meio de uma abertura comunicacional, tentar-se-á superar a divisão entre as linguagens.

I - JUDICIAL REVIEW DE ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A relação entre o Poder Judiciário e a Administração Pública é sensível e repleta de perplexidades. De fato, em termos constitucionais, há três poderes, independentes e com funções específicas, cuja interação baseia-se num equilíbrio débil, porém essencial para um ordenamento jurídico democrático e plural.

Na perspectiva tradicional, os três poderes encontram-se submetidos à Constituição e ao princípio da legalidade, e nenhum deles poderá usurpar as funções de qualquer um dos outros. Todavia cabe somente ao Poder Judiciário o controle da legalidade, aplicação e interpretação das leis.

Assim, compete a ele a revisão em última instância de atos dos outros poderes quando envolverem matérias afeitas a questões de legalidade. Não há, efetivamente, qualquer dúvida quanto a esta função judicial da magistratura, que deve, contudo, ser exercida dentro de limites impostos pelo próprio sistema constitucional, sob pena de subverter o balanço dos freios e contrapesos do poder. Cabe aqui, portanto, questionar somente as fronteiras e limites desta função jurisdicional para que permaneça legítima e não extrapole a delegação constitucional a ela conferida.

Não se trata, contudo, de mera crítica ao *judicial review*, que se volta, em linhas gerais, para o questionamento sobre quem deve realizar o controle de constitucionalidade das leis – o parlamento – ou outro órgão independente, como o Poder Judiciário. Muitos constitucionalistas modernos concluíram que a existência de algum tipo de *judicial review* é certamente a melhor forma de se assegurar que políticas incompatíveis com a Constituição não serão implementadas.

No entanto, dar aos juízes poder de decidir em última análise sobre os lindes da Constituição pode ameaçar o auto-governo democrático. Isto porque as previsões constitucionais são genéricas, em sua maioria, e, em virtude disso, podem

sofrer interpretações alternativas que irão modificar a decisão final sobre a compatibilidade da legislação ou ato questionado frente à Constituição.⁶

Neste trabalho se deseja ir mais adiante, ao se questionar não somente o porquê da escolha constitucional de entregar ao Poder Judiciário a função do controle das leis, o que será feito como pano de fundo, mas, também, a razão pela qual a interpretação razoável de uma lei pelo juiz deve prevalecer sobre aquela também razoável do administrador e do legislador, principalmente ao se considerarem as diferenças de discursos entre ambos, fato que entendemos ser gerador de decisões judiciais equivocadas quando se trata de controle de atos da Administração.

Não se coloca em dúvida, por óbvio, o controle de atos legislativos e administrativos onde haja flagrante ilegalidade ou incompatibilidade com a Constituição. Pelo contrário, a dúvida sobre a legitimidade dos juízes para decidirem incide sobre aquelas situações em que há uma pluralidade de normas aplicáveis, com múltiplas possibilidades interpretativas antagônicas, porém razoáveis.

Desta forma, a exposição de argumentos neste capítulo dar-se-á da seguinte forma. Primeiramente, com uma exposição sobre *judicial review*, apresentando-se algumas críticas a esse tipo de controle. Em seguida, proceder-se-á a um exame sobre a questão da razoabilidade dos atos administrativos e sua revisão judicial. Por último, será analisada a “capacidade de julgar”, focando-se, sobretudo, a questão da “capacidade dos juízes” levantada por Mark Tushnet⁷ e a legitimidade dos juízes para decidirem questões que envolvam atos da Administração Pública.

1. Judicial Review

A idéia de revisão judicial surgiu com o argumento tradicional de Hamilton em “O Federalista”, baseado na Separação de Poderes e na natureza da autoridade judicial⁸.

⁶ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2007, p. 20.

⁷ The question of capability. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 54 – 71.

⁸ O Federalista, no. 78.

Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.

(...)To avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable that they should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them; and it will readily be conceived from the variety of controversies which grow out of the folly and wickedness of mankind, that the records of those precedents must unavoidably swell to a very considerable bulk, and must demand long and laborious study to acquire a competent knowledge of them. Hence it is, that there can be but few men in the society who will have sufficient skill in the laws to qualify them for the stations of judges. And making the proper deductions for the ordinary depravity of human nature, the number must be still smaller of those who unite the requisite integrity with the requisite knowledge.

Todavia, apesar da defesa histórica desse sistema, a compatibilidade do *judicial review* com as instituições democráticas tem sido questionada no âmbito acadêmico. As críticas a ele, em geral, decorrem de concepções procedimentais de democracia, segundo as quais a democracia seria essencialmente uma forma de governo definível pela igualdade de direitos políticos e pela regra da maioria.

Tais dificuldades referentes ao *judicial review* surpreendentemente já haviam sido previstas no “Anti-federalista”⁹, por Robert Yates, sob o codinome “Brutus”, confira-se:

The Supreme Court under this constitution would be exalted above all other power in the government, and subject to no control. The business of this paper will be to illustrate this, and to show the danger that will result from it. I question whether the world ever saw, in any period of it, a court of justice invested with such immense powers, and yet placed in a situation so little responsible.

The power of this court is in many cases superior to that of the legislature. (...)In the exercise of this power they will

⁹ Anti-federalista, 78-89.

not be subordinate to, but above the legislature. For all the departments of this government will receive their powers, so far as they are expressed in the constitution, from the people immediately, who are the source of power. The legislature can only exercise such powers as are given them by the constitution; they cannot assume any of the rights annexed to the judicial; for this plain reason, that the same authority which vested the legislature with their powers, vested the judicial with theirs. **Both are derived from the same source; both therefore are equally valid, and the judicial hold their powers independently of the legislature, as the legislature do of the judicial. The supreme court then have a right, independent of the legislature, to give a construction to the constitution and every part of it, and there is no power provided in this system to correct their construction or do it away. If, therefore, the legislature pass any laws, inconsistent with the sense the judges put upon the constitution, they will declare it void; and therefore in this respect their power is superior to that of the legislature.(...)** **The judges are supreme and no law, explanatory of the constitution, will be binding on them. (...)**The legislative power should be in one body, the executive in another, and the judicial in one different from either. **But still each of these bodies should be accountable for their conduct.** Hence it is impracticable, perhaps, to maintain a perfect distinction between these several departments. **For it is difficult, if not impossible, to call to account the several officers in government, without in some degree mixing the legislative and judicial. (grifo nosso)**

Nesse contexto, o *judicial review* era entendido como o poder da Suprema Corte, assim como de outras Cortes, para excluir atos legislativos incompatíveis com a Constituição. Todavia, esta concepção é extremamente limitada, pois fiscalizar a legislação é somente o poder mais proeminente dentre os poderes de manipulação mais extensos exercidos pelos tribunais sobre a vida dos outros poderes e da população.¹⁰

De fato, o controle dos outros poderes pelo Poder Judiciário é tema que adentra território instável e, por isso, merece maiores reflexões.

2. Revisão Judicial de Atos Administrativos – a Questão da Razoabilidade

¹⁰ WOOD, Gordon S. *The origins of judicial review revisited or how the Marshall Court made more out of less.* Washington and Lee Law Review; Summer 1999, 56, 3, Academic Research Library, p. 787.

A fundamentação constitucional para a revisão judicial dos atos administrativos pode ser incluída dentre as áreas mais problemáticas do Direito Constitucional. Com efeito, o tema levanta questionamentos a respeito da extensão e limites práticos para atuação do poder judiciário, ao exercer tal competência.

Isto porque a doutrina e a jurisprudência apresentam, em linhas gerais, dois argumentos ou hipóteses possíveis de anulação judicial de atos administrativos. A primeira refere-se à eventual ilegalidade de um ato praticado pela Administração. A segunda é relativa à desproporcionalidade ou falta de razoabilidade que acomete determinada prática administrativa.

A doutrina e a jurisprudência costumam tratar a razoabilidade e o princípio da proporcionalidade como sinônimos. O professor Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma que "é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da *razoabilidade*, que os autores sob influência germânica preferem denominar *princípio da proporcionalidade*, na jurisprudência constitucional brasileira."¹¹

Note-se aqui que, todavia, que, conforme a explanação do Prof. Virgílio Afonso da Silva os termos, apesar de usados indiscriminadamente, não se identificam. De fato, a proporcionalidade, em seus próprios dizeres

é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.¹²

Na Inglaterra fala-se em princípio da *irrazoabilidade* e não em princípio da razoabilidade, cuja origem remonta a notória decisão de proferida em 1948.¹³ Ademais, existe, ainda, naquele país, e é digno de nota, o teste de

¹¹ Luís Roberto Barroso, "Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)", *RDA* 214 (1998), p. 18 (parte do grifo no original); do mesmo autor, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", p. 69.

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. IN: REVISTA DOS TRIBUNAIS 798 (2002): 23-50.

¹³ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948], 1 KB 223, pp. 228-230.

irrazoabilidade, conhecido também como *teste Wednesbury*, que implica que o magistrado possa tão somente rejeitar atos que sejam *excepcionalmente* irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*, lembrada em Padfield de 1968: “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir.”

Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade¹⁴ exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis. Assim, supor-se-ia que o Poder Judiciário somente poderia anular atos administrativos ilegais, inconstitucionais ou “absurdamente irrazoáveis”.

No entanto, o cotidiano da advocacia pública em todos seus âmbitos demonstra que atos administrativos são revistos pelos juízes a todo tempo, por meio de mandados de segurança, ações civis públicas e cautelares, muitas vezes em decisões liminares irreversíveis para o Poder Público.

Nesse contexto, a questão da revisão de atos administrativos pelo Poder Judiciário, com a exceção de casos em que haja “ilegalidade gritante” ou aferível por qualquer “homem médio”, faz emergir o seguinte questionamento: por que a interpretação razoável da lei, levada a cabo pela Administração Pública na busca de seu fim constitucional, deve ser preterida em favor da interpretação também razoável, mas em sentido oposto, proferida por um magistrado?

Será, então, possível, que determinado ato da Administração seja “absurdamente irrazoável” para o magistrado, mas possua fundamento suficiente para ter sido praticado pelo Poder Público, superando todos seus trâmites internos, pareceres jurídicos e controle interno?

É preciso esclarecer que a indagação proposta não se trata de pergunta ingênua. Excluem-se, por óbvio, nesta reflexão, atos fraudulentos, ilegais e inconstitucionais. Sobejam, portanto, somente aqueles numerosos atos que por motivo ou outro são questionados no Poder Judiciário pelo Ministério Público ou por particular, que também pode ser associação, sindicato, dentre outros, porque ferem ou deixam de proteger eventual interesse dessas categorias.

¹⁴ O teste da proporcionalidade exige necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Ora, como se dá, então, a atuação dos juízes nesses casos? Qual o seu fundamento? Em última análise, o que justifica a revisão de um ato administrativo que não é flagrantemente inconstitucional, ilegal ou irrazoável?

Onde fica, então, o princípio de *Wednesbury*, do “absurdamente irrazoável”?

Esses questionamentos levam a uma dupla reflexão. Se os juízes podem definir o que é absurdamente irrazoável, ou ilegal/inconstitucional é porque possuem legitimidade para tanto, ou capacidade mais apurada do que os outros agentes públicos. Volta-se, então, para a questão do *judicial review*, neste momento, entretanto, com enfoque não sobre a competência do Poder Judiciário e, não, do Parlamento, mas na própria pessoa do magistrado e na forma pela qual chega a sua decisão.

3. A Capacidade de Julgar

I cannot give up my guidance to the magistrate, because he knows no more the way to heaven than I do, and is less concerned to direct me than I am to go right.

Thomas Jefferson¹⁵

“A faculdade de julgar constitui um talento particular, que não pode ser aprendido, unicamente exercitado.”¹⁶ De posse desta definição de Kant sobre o exercício da jurisdição, é possível colocar com clareza a chamada “question of capability”, ou dúvida lançada por Mark Tushnet¹⁷ no que concerne à aptidão dos magistrados para julgar melhor que os demais agentes públicos.

De fato, para o juiz a “escolha entre uma norma válida e outra inválida obedece a considerações que se encontram para *além das próprias normas*”.¹⁸ Essas considerações se encontram em *locus* ultranormativo, na medida em que passam a se referir não mais à mera normatividade, mas, à ética e à política. A admissão de que o Direito contém a representação de uma obrigação fundada no respeito aos outros e por um projeto de vida em comum representa o aspecto ético da decisão judicial. Enquanto, de outro lado, a contraparte política das escolhas dos magistrados busca seu fundamento no fato de que a política se encontra vinculada a formas institucionais pré-estabelecidas, ordenadas em função de uma comunidade que pretende apagar os traços de violência originária do poder.¹⁹

¹⁵ BERGER, Raoul. *Government by the Judiciary – The transformation of the Fourteenth Amendment*. 2d ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1997, p. 335.

¹⁶ KANT, I. *Critique de la raison pure*, in: *Oeuvres Philosophiques*, III. Paris: Gallimard, 1986, pp.881 -882.

¹⁷ The question of capability. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 54 – 71.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 4 ed. Londres: 1984, p. 27.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Londres: The Fontana Press, 1986, reimpr, 1991, pp.206 ss; RICOEUR, PIERRE. *Le Juste*. Paris: 1995, pp. 7, 185 ss.

Isso nos remete à distinção clássica de Dworkin entre *principles* e *policies*, em que o autor afirma que os princípios jogam um papel definitivo em relação à função judicial²⁰, enquanto as *policies* seriam critérios de política.

No entanto, tal divisão absoluta entre princípios e argumentos finalísticos é passível de crítica. Cita-se, por exemplo, a ilustrativa consideração de MacCormick²¹, para quem esta *summa divisio* não prospera. Primeiramente, porque os direitos podem vir baseados tanto em princípios como em normas. Em segundo lugar, porque nas palavras do autor

Quando no direito ou em qualquer outra esfera de atuação levantamos a questão de saber se uma determinada política é desejável ou não, estamos levantando uma questão de princípio. Para qualquer meta *m*, afirmar que se trata de uma meta que *deveria* ser garantida corresponde a enunciar um princípio ou um julgamento dependente de um princípio pressuposto ou não enunciado. Por esse motivo, as esferas do princípio e da política não são distintas e mutuamente opostas, mas irremediavelmente entrelaçadas, como afirmei no capítulo VII. Expressar a conveniência de alguma meta geral de política é enunciar um princípio. Estruturar um princípio é estruturar uma possível meta política.²²

Por outro lado, no entender de Cristina Queiroz²³, o que Dworkin parece estar propondo com as duas categorias é que nos casos difíceis, a interpretação do poder judicial, que não lida com argumentos finalísticos de preferências subjetivas, mas com argumentos de princípios, referentes aos direitos fundamentais, é superior à própria intervenção legislativa. É, por assim o dizer, justamente a interpretação baseada em princípios (*principle-based*) que transfere a soberania do legislador para o intérprete.

Todavia, retomando-se à crítica de MacCormick, e transportando-a para os casos de revisão judicial de atos da Administração Pública, quando não se tratar de submissão de atos administrativos teratológicos às Cortes, ainda assim os

²⁰ “Principles, Policy, Procedure”, in: RONALD DWORKIN, “A Matter of Principle”. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, pp.72 ss.

²¹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978, pp. 259 ss.

²² *Idem*, p. 343.

²³ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 89.

juízes irão utilizar-se de princípios? Supondo ainda se tratar sempre de *hard cases* aquelas em que há um ente público envolvido?

Mas, se os princípios nada mais são que “políticas possíveis” não teria o administrador mais condições (capacidade) do que o juiz de decidir? E, ainda, se o controle interno e externo administrativo manteve o ato, que legitimidade tem o juiz para anulá-lo, tudo isso considerado?

Ora, a consistência do *judicial review* com a teoria democrática permanece exatamente fundada na idéia de que o Poder Judiciário não se encontra em posição de fazer diferença na forma com a qual o país é governado.²⁴ Se isto estiver correto, como afirma John Hart Ely, e aquele poder for desprovido de fato de espada e bolsa²⁵, os juízes não poderão rever condutas administrativas a não ser as flagrantemente ilegais e, da mesma forma, não poderão decidir sobre matérias afeitas à discricção administrativa. No entanto, ainda que não tenha competência constitucional para conduzir as políticas públicas ou o governo do país, o Poder Judiciário pode atrasar a sua implementação por décadas, como vem demonstrando nos últimos tempos.

A fim de que mantenha sua atuação legítima, portanto, de acordo seu papel previsto na estrutura constitucional democrática, os magistrados, na análise de atos da Administração, devem somente assegurar que o Administrador em seu mister agiu dentro dos lindes de sua competência legal, em concordância com os princípios da legalidade, interesse público, razoabilidade, finalidade conforme o imperativo constitucional. Não podem, assim, revisar a propriedade do ato administrativo questionado nem devem, de qualquer maneira, manifestar-se a respeito das políticas públicas que o circundam, no sentido de criticar a substância da política.²⁶

Nesse debate, Mary Ann Glendon, em seu conhecido “Rights Talk”, faz considerações a respeito da linguagem dos direitos nos Estados Unidos que são, entretanto, universais e, certamente, aplicáveis à realidade brasileira.²⁷ Para ela, a

²⁴ ELY, J. Hart. *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 45.

²⁵ “purseless and swordless”, referindo-se ao The Federalist 78.

²⁶ BA SIDEBOTHAM, Naomy. *Administrative Law – Australia*. Volume 8, number 1, march 2001.

²⁷ GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk – The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991.

linguagem dos direitos nada mais é que linguagem política. Daí, a enorme dificuldade de se traçar limites claros para a atuação dos magistrados, principalmente ao examinarem atos administrativos sobre o que lhes compete rever e aquilo que deve ser posto de lado como afeito exclusivamente ao administrador.

No mesmo contexto, a postura de Dworkin sobre o *moral reading* da constituição e do Direito admite o fato de que este tipo de leitura jurídica traz de volta para o coração do Direito Constitucional o debate sobre a moralidade política. Este tipo de revisão judicial conduzida pela moral, entretanto, supostamente dá aos juízes poder absoluto de impor suas próprias convicções morais ao público.

Qual será então a alternativa a este enorme poder? Na visão de Dworkin, há duas propostas possíveis que resultariam a diminuição do poder dos juízes. A primeira entende que deve ser feita uma leitura moral da constituição, mas nega que os magistrados tenham a autoridade final para conduzirem a leitura moral por eles próprios de, por exemplo, se o aborto deve ser legalizado ou se uma ação afirmativa contempla a todos os grupos necessitados igualmente. Esta postura reservaria ao povo tal poder de interpretação. A segunda alternativa, apelidada de “originalista”, seria entender que deve ser feita uma leitura moral da Constituição compatível com a vontade do legislador e suas convicções.²⁸

Qualquer que seja a postura adotada não resolve, entretanto, o problema da anulação judicial de atos administrativos “razoáveis”, aparentemente legais e não teratológicos. Ora, conforme a própria teoria dworkiana admite, a pretensão de que os juízes possam utilizar-se de estratégias politicamente neutras de interpretação e decisão é falaciosa e, claramente, a leitura moral da constituição abstrata será feita à luz da concepção do magistrado do que é justiça.²⁹ Desta forma, de posse dessa confissão doutrinária, simplesmente não há qualquer justificativa, nem teórica, nem legal, para que os juízes venham a se sobrepor à vontade dos administradores e declararem a nulidade de um ato administrativo promovido a partir de leitura razoável da lei e sem vícios que não possam ser supríveis ou afastados por qualquer interpretação razoável do ordenamento jurídico.

No momento constitucional e representativo atual de conscientização dos cidadãos e de aumento no nível de litigiosidade dos sujeitos de

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p.12.

²⁹ Idem, p.37.

direito, o Poder Judiciário acaba por se tornar balcão de reclamações daqueles que não obtiveram prestações do Estado porque não se enquadravam nos requisitos das políticas públicas ou porque se omitiram quanto a seus direitos e deveres como cidadãos. Com a visão paternalista ainda vigente de que o Estado Social deve tudo prover, se os interesses do particular por alguma razão não são realizados em virtude de ato estatal, qualquer que seja ele, é razão para se iniciar ação para cancelar tal ato ou para pleitear ressarcimento indevido.

Uma vez levada a juízo a questão que envolve a Administração Pública, diante da insistência e muitas vezes ardil do particular ou do Ministério Público, são cancelados liminarmente atos administrativos ou determinadas providências estatais utilizando-se de argumentos supostamente idôneos e legais que, entretanto, não logram afastar os fundamentos também razoáveis e legais do Administrador na perpetração do ato indesejado pelo particular.

Não é, todavia, democraticamente salutar que o tribunal se transforme em um outro palanque para revanche de uma luta política perdida.³⁰

Resumo do Capítulo

Com estas poucas linhas, no que se refere ao *judicial review* de atos administrativos, chegou-se à conclusão de que, nesses casos, o Poder Judiciário deve atuar com ainda mais cautela para que não extrapole seus fins constitucionais.

De fato, o Poder Judiciário deve monitorar o processo político e a atuação da Administração Pública, assegurando-se, somente, que não haja ilegalidades gritantes ou ofensas contundentes à Constituição, de forma que, ao adentrar a zona cinzenta de indefinição interpretativa ou de dúvida quanto ao real significado da lei, deverá se afastar e deixar que a Administração tome o rumo que entender mais adequado à realização de seus fins constitucionais.

Por essa razão, deve o Poder Judiciário ser mitigado no tocante à sua competência para examinar atos administrativos, ainda mais ao se considerar as palavras de Wolfe³¹: “Se existe um poder judiciário forte, será natural que os

³⁰ SAMPAIO, Jose Adercio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. BH: Ed. Del Rey, 2002, p. 78.

³¹ WOLFE. *La Transformación de La jurisdicción constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p.25.

‘perdedores’ no processo político ordinário intentem buscar a simpatia no ramo judicial.”

Afinal de contas historicamente já se dizia que não se presume que os juízes tenham qualquer conhecimento peculiar das matérias públicas.³² Em sua origem americana, o *judicial review* não permitia que os magistrados se imiscuissem na política de Governo, pelo contrário, o entendimento corrente era de que não poderiam examinar políticas públicas sob pena de se transformarem em estadistas, e deixarem de ser juízes.³³

Se, os antigos estiverem, portanto, corretos, e, realmente, a discricção dos juízes for o primeiro mecanismo da tirania, é preciso reafirmar nossa descrença sobre a possibilidade de revisão de atos administrativos e políticas públicas pelo Poder Judiciário, salvo os casos já mencionados de flagrante ofensa à lei ou à Constituição.

Com essas palavras nos colocamos ao lado de Tushnet, que não esconde seu ceticismo sobre a possibilidade de solução, pelos juízes, dos desacordos, correntes sobre o sentido da Constituição, o que denota dúvidas sobre a capacidade dos julgadores de encontrar soluções para problemas jurídicos melhor que os outros agentes políticos, sobretudo quando os conflitos envolverem os demais poderes e, puderem, portanto, afetar o seu frágil equilíbrio democrático.

A razão pela qual nos posicionamos desta forma reside na diferença entre os sistemas do Direito e da Política, cujos discursos orientam os posicionamentos respectivamente do Poder Judiciário e da Administração Pública, o que será estudado a seguir.

³² Nathaniel Gorham, citado por RAOUL BERGER, *Government by the Judiciary – The transformation of the Fourteenth Amendment*. 2d ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1997, p. 322

³³ Idem, p. 322-327.

³³ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 54 – 71.

II - OS SISTEMAS DO DIREITO E DA POLÍTICA, SUAS PECULIARIDADES E SEUS CÓDIGOS

Ora, ainda que tenhamos exposto nossa visão pouco otimista do mecanismo real do *judicial review* de atos administrativos, ele constitui realidade inexorável que deve ser aceita.

No entanto, ao tentarmos compreender as diferenças entre os sistemas do Direito e a Política será possível detectar as origens das decisões truncadas proferidas por juízes ao efetivarem controle judicial de atos da Administração Pública e, quiçá, de forma a se evitar os problemas já mencionados no capítulo anterior .

Em sua Sociologia do Direito, Luhmann ensina que o direito positivo surge quando um sistema parcial da sociedade usurpa a decisão sobre o direito e, então, torna-se capaz de lidar com o sistema social como um todo. Esta seria a razão pela qual a separação entre Estado e Direito surge com a positivação deste último. Assim, o direito positivo mostrar-se-ia inevitavelmente como um direito politicamente escolhido, estatal. “Seu destino”, afirma o autor, “está entrelaçado com o do sistema político na sociedade”.³⁴

De fato, o Direito surge intimamente ligado à política social e seu desenvolvimento posterior teve como condição prévia o processo de diferenciação dos sistemas de interação, nos quais se puderam negociar soluções para os conflitos normativos.³⁵ A evolução do Direito, por assim o dizer, depende de como se resolve o problema do apaziguamento social sem que para tanto seja necessário apoiar-se no consenso, mas lançando-se mão de procedimentos específicos. Ela opera circularmente ante os impulsos externos, respondendo, em parte, como variação, e, em outra, como estabilidade, que irá novamente voltar a impulsionar

³⁴ Luhmann, Niklas. Sociologia do Direito II. Trad. Gustavo Bayer. RJ: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p.44.

³⁵ Luhmann, Niklas. El Derecho de La sociedad. Trad. Javier Nafarrete. Ciudad Del Mexico: Herder, Universidad Iberoamericana, 2005, p.322.

variações.³⁶ De todo modo, qualquer que seja o meio utilizado, o Direito cultiva-se a si mesmo.

A Política, a seu turno, com suas múltiplas diretrizes, provoca grande impacto no sistema do Direito, que precisa integrá-las e processá-las mediante conhecimentos especializados. O “ruído” da Política constitui assim ocasião predominante de variação do Direito, na medida em que persegue seus propósitos e cria diferenças que logo irão causar conflitos. Pode-se ir mais além e afirmar que a evolução do Direito se faz dependente da evolução política por meio de uma certa expropriação primária com a qual o poder político subtrai da sociedade a disponibilidade da violência física e sobre esta base constrói seu próprio poder.³⁷

De fato, num momento anterior o Direito encontrava-se ligado a estruturas de entorno passíveis de controle jurídico: família, clãs, etc. Isto, somado à sua ligação íntima com a violência, impedia sua evolução semântica e a criação de uma dogmática conceitual consistente. A superação destas dificuldades deu-se somente quando a Política assumiu o controle da violência (a Igreja na Idade Média com sua organização e Direito canônico) e prometeu a paz.

O problema do acoplamento estrutural pode então ser vislumbrado na relação entre Política e Direito. Com efeito, esses sistemas funcionais podem ser concebidos como uma unidade que converge em cima ou como acoplados por meio da Constituição.

1. Os Sistemas da Política e do Direito

Teóricos dos Sistemas vislumbram em geral uma distinção entre o sistema da Política e do Direito, principalmente ao adotarem a concepção da *autopoiesis*³⁸, segundo a qual um sistema fechado pode distinguir-se de outros sistemas.

No entanto, uma longa tradição decorrente do conceito de Estado – que é ao mesmo tempo político e legal – faz com que nossa visão em regra se incline em direção a um sistema jurídico-político unificado. Por outro lado, ainda

³⁶ Idem, p. 339.

³⁷ Idem, 343.

³⁸ O termo foi cunhado pelos biólogos chilenos Maturana e Varela e adaptado por Luhmann aos sistemas sociais. *Autopoiesis* significa que um sistema complexo reproduz os seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente fechado com ajuda de seus próprios elementos.

assim torna-se necessária a distinção da função do Direito e da Política e suas formas de atualização.³⁹

O ponto crucial da união entre Política e Direito focava-se no início no problema do direito à resistência, bem retratado por Hobbes em sua intuição de que a paz não poderia ser garantida e justificada pelo Direito somente. Deixado à natureza humana, o próprio Direito destruiria suas condições de validade e existência. A solução para esta questão não era outra que a unidade entre a Política e o Direito, fundando-se a validade da lei na força politicamente implementada.

Todavia, enquanto não havia uma constituição no sentido moderno da palavra, o problema da resistência permanecia o principal ponto de conflito entre o Direito e a Política. Eis o princípio esquecido das teorias baseadas na unidade do Direito e da Política – a diferença entre estes dois sistemas baseia-se exatamente na resistência legítima ao exercício político do poder.

Além de eliminar o direito à resistência, a unidade entre eles permitia a autocorreção da lei por meio da equidade ou de sua capacidade de legitimar desvios da lei na forma de privilégios, desrespeito tolerado à lei, dentre outros.⁴⁰

Ao mesmo tempo, sob o ponto de vista do direito à resistência, o sistema político moderno do Estado não poderia aceitar que os sujeitos interviessem na Política com respaldo legal. Assim, o sistema político teve que se fechar, ao mesmo tempo encerrando em si tudo que dissesse respeito ao código da política e suas funções. O mesmo se aplicou ao sistema do Direito.

Por outro lado, a positivação do Direito e a democratização da Política se apóiam mutuamente e marcaram profundamente a ambos, de tal forma a permitir somente com dificuldade a compreensão deles como sistemas distintos. Entretanto, a tese da unidade dos sistemas traz a idéia de que as regras de direito vigentes nada mais seriam do que a Política do tempo anterior. No sistema unificado, não há como entender a restrição do Direito à Política de forma diferente desta.

A proposta de Luhmann é a separação dos dois sistemas, pois ambos, apesar de operacionalmente próximos, possuem funções diferentes, códigos

³⁹ Luhmann, Niklas. *Law as a Social System*. Trad. Klaus Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004, p.355.

⁴⁰ Idem, p. 360-361.

e programas diversos.⁴¹ Com efeito, a idéia da unidade dos sistemas permanece somente na medida em que se concebe a necessidade de se concentrar em alguma parte a “soberania do Direito”, enquanto instância última – seja no povo, no Parlamento, ou no monarca soberano.⁴² Ela era compreensível diante de uma perspectiva histórica na qual se fazia necessária a referência ao sistema político e ao Estado para a positivação do Direito, de forma que a Política se tornasse uma prática que processava coletivamente decisões vinculantes. Quanto mais esta evolução se aprofundou, menos plausível se tornou a concepção unitária.

De fato, o sistema legal pode existir sem a presença de um soberano, pois sua própria natureza faz com que prescindia dele, na medida em que resolve conflitos e paradoxos por meio de métodos como procedimentos ou leis subjetivas. Assim, fica claro que o paradoxo da soberania não é acolhido em detrimento do direito positivo, mas, pelo contrário, é resolvido por seu intermédio. Surge, então, a Constituição, como dispositivo destinado a diferenciar a autoreferenciabilidade da heteroreferenciabilidade nas operações internas do sistema jurídico.⁴³

No entanto, não é possível vislumbrar a Política como uma interpretação permanente da Constituição legalmente fixada. Da mesma forma, uma teoria adequada do sistema jurídico não pode ser construída se suas operações fáticas são caracterizadas como programas políticos, ainda que as decisões jurídicas tenham sido guiadas por conseqüências politicamente desejáveis.⁴⁴

Por outro lado, contrariamente à atual tendência de politização da justiça, Luhmann entende que é tão inadequado e impossível se apresentarem questões políticas ao sistema legal e esperar uma decisão, quanto o seria em caso de conflito amoroso, acadêmico ou controvérsias religiosas. O sistema jurídico, ensina ele, simplesmente não pode ser utilizado para a investigação de verdades políticas ou descoberta de soluções sapienciais para problemas. Os problemas políticos, em virtude da diferença de sistemas, devem assumir uma forma “judiciável”

⁴¹ Idem, p.364.

⁴² Luhmann, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, p. 194.

⁴³ Idem, p. 195.

⁴⁴ *Law as a social system*, p. 365.

para terem acesso ao sistema jurídico. Isto se dá, principalmente, em virtude da diferença entre os códigos da Política e do Direito.

2. Diferença de Códigos

A separação entre dois sistemas funcionais é particularmente evidente em seus códigos.⁴⁵ O código representa o carácter eminentemente técnico da comunicação considerada na Teoria dos Sistemas, onde surge como elemento de gravitação e organização de todo processo comunicativo.

De fato, para Luhmann, o código já expressa por si só uma forma de comunicação. Diz ele:

a forma do código define o princípio segundo o qual o código, apesar das suas diferenças internas, estabelece uma unidade no campo que regula; determina o que pode ser comunicado através do código e, por outro lado, as transformações das capacidades de comunicação, conseqüentemente, também aquilo que cada época considera o seu centro de sentido (...) a unidade do código começa por ser um ideal, depois um paradoxo e, por último, é uma função.⁴⁶

Na verdade, conforme ensina o Professor João Pissarra Esteves,⁴⁷ a tecnicidade do código é dada, em primeira instância, pelo

esquematismo elementar da sua construção interna: tem por base um esquema muito geral e simplificado, de tipo binário, com uma função eminentemente performativa - marca a realidade contingente, extremamente diversificada e caótica com que se confrontam os sistemas, criando diferenças a partir das quais os elementos são rapidamente ordenados. O código, por conseguinte, reveste uma forma extremamente abstracta e está destituído de qualquer cunho ontológico. É uma espécie de imagem ideal do mundo, de tipo dualista, a partir da qual podem ser assinaladas e ordenadas diferenças: a partir de uma diferença primária ou directriz, o código, desde o seu próprio interior, ordena os elementos do mundo sob a forma de

⁴⁵ Idem, p. 367.

⁴⁶ Luhmann, Niklas. *Love as passion*. Cambridge: Polity Press, 1982, p. 43.

⁴⁷ Esteves, João Pissarra. Niklas Luhmann - Uma apresentação. In: N. Luhmann, *A Improbabilidade da Comunicação*, Lisboa, Vega, 1993, pp. 8-11.

informação, que ele se encarrega também em canalizar para as redes das relações sociais.

O binarismo do código introduz no funcionamento dos sistemas um nível de assimetria que impede a criação de paradoxos e de tautologias inúteis, ressaltando, ainda, o seu caráter eminentemente funcional e a estreita conotação que cada código estabelece com um determinado subsistema social na medida em que se limita a responder às contingências que o ele lhe coloca.

No caso do sistema do Direito, ainda que se entenda com frequência que a implementação das leis depende de um código de poder construído hierarquicamente por meio da organização do Estado, é bastante claro hoje que o sistema legal não possui equivalente ao código político democrático de poder - governo/oposição.

De fato, no sistema político, tão logo se requer uma decisão coletiva vinculante, surgem idéias referentes a decisões alternativas. Na verdade, uma vez organizados e consolidados os partidos políticos, existe a garantia de que haverá oposição. O esquema “governo e oposição” tornou-se, deste modo, a forma e o código da Política, no sentido de que a forma possui um lado interno e o código um lado “positivo”, conectivo, “onde está a ação.”⁴⁸

O sistema jurídico, a seu turno, lida com as alternativas de forma diferente, pois essas se encontram espalhadas e dependentes de casos individuais e regras, não havendo, de forma alguma, uma oposição específica, binária, como aquele do esquema acima mencionado.

Ademais, enquanto as decisões políticas operam num terreno diverso, na medida em que tentam harmonizar opiniões de forma a possibilitar decisões coletivas vinculantes, o Direito, graças a sua combinação de positividade com alterabilidade, possibilita a fixação da forma legal e a despolitização de problemas. Ele assegura que os conflitos continuem a ser tratados sob critérios e aspectos legais ainda que a Política já tenha evoluído ou superado sua posição anterior.

Ademais, da função política de tomar decisões coletivas vinculantes não decorre necessariamente a legalidade das medidas. Todavia, sob a perspectiva

⁴⁸ Idem, Ibidem.

do Estado de Direito ⁴⁹, o Direito e o governo cobrem o mesmo território, o que denota uma tautologia direcionada às transgressões políticas.⁵⁰ Visto sob o enfoque do sistema político, o Direito surge como facilitador dos objetivos políticos. Fazer política é, por assim o dizer, decidir politicamente qual lei deve ser válida qual não.

Desta maneira, a fórmula do Estado de Direito é usada pelo sistema legal para descrever apenas a si mesma. A referência ao Estado no conceito Estado de Direito indica que o Direito somente pode desenvolver-se se for assegurado politicamente, ou seja, se a violência puder ser prevenida. Além disso, a fórmula dá ensejo à idéia de que o Direito, como instrumento que torna a política vinculante, está disponível desde que o sistema político permita que a lei permaneça como lei, e não use da força ilegalmente.

Assim, é possível asseverar que os sistemas do Direito e da Política não seriam o que são sem terem um ao outro – em virtude de sua “relação recíproca e parasítica”⁵¹, baseada em códigos diversos, porém irmãos.

3. Desarmonia Temporal

A questão sobre o que é antecipado ou recuado, e, em que período de tempo, varia de sistema para sistema. O problema da desarmonia temporal na sociedade moderna, por sua vez, possui particular importância na relação entre Direito e Política. Na sociedade atual a política esta sob constante pressão e reage com aceleração ou atraso de acordo com o que lhe dita o seu conhecimento interno (*insider knowledge*).⁵²

Isso se aplica não somente a tomadas de decisão, mas, principalmente, a conseqüências estruturais, a alteração da lei por meio da atividade jurisdicional. Se fosse levada a cabo uma comparação entre as mudanças inspiradas pela Política, acelerada pela comunicação de massa, e o desenvolvimento da lei decorrente de sua interpretação pelos juízes, haveria uma enorme discrepância temporal.

⁴⁹ Rechtsstaat.

⁵⁰ Idem, p. 370.

⁵¹ Idem, p.371.

⁵² Idem, Ibidem.

Neste contexto, a instauração de processos legislativos como componente da vida político-estatal mostrou-se como requisito imprescindível para a reorientação global do Direito em termos de posituação, postando-se como premissa para decisões⁵³. Assim, a legislação surge como local de transformação da Política em Direito e para o controle da Política pelo Direito, assumindo importante papel de equilibrar as diferentes molduras temporais da sociedade.⁵⁴

4. Da Separação dos Sistemas

A complexidade social atual e seu constante crescimento fundamentam-se em última análise no avanço da diferenciação funcional do sistema social. De fato, esta diferenciação cria sistemas sociais parciais para a resolução de problemas específicos, dando vazão a uma superprodução de possibilidades a serem realizadas parcialmente. Com essa multiplicação explosiva de possibilidades da experiência e da ação, ocorre também um aumento na contingência do experimentar e do agir na sociedade. Todo o sentido palpável é relativizado e problematizado, na medida em que pode ser visto sob o enfoque de outras possibilidades.⁵⁵

Os sistemas parciais da sociedade tornam-se, desta maneira, cada vez mais reciprocamente dependentes, pois, para poderem exercer sua função de forma constante e confiável, precisam ser protegidos contra flutuações em outras esferas que escapam ao seu controle.⁵⁶ O mesmo ocorre com os sistemas do Direito e a Política, que, apesar da densidade de suas intercessões, não permitem que se fale de apenas um sistema jurídico-político.⁵⁷

A razão para a existência dos dois sistemas é a sua *autopoiesis*, ou seja, o fato de que cada sistema define quais são os elementos que podem atuar numa rede de operações, pela rede de suas próprias operações.

Ademais, os sistemas são identificados separadamente em virtude da autoreprodução dos sistemas, que, ao assim o fazerem, decidem seus próprios

⁵³ Niklas, Luhmann. Sociologia do Direito. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 235..

⁵⁴ Idem, 373.

⁵⁵ Sociologia do Direito, p. 225.

⁵⁶ Idem, p. 227.

⁵⁷ Law as a social system, pp. 377-378.

limites. No sistema político esta construção de fronteiras é alcançada por meio da distinção autoridade e subordinação e pelo esquema governo e oposição. No sistema legal, o código se baseia na distinção entre legalidade e ilegalidade.⁵⁸

Caso não existisse essa autoreferenciabilidade nos sistemas da Política e do Direito, a simplificação extrema traria enormes dificuldades. Com efeito, um sistema único implicaria que cada decisão jurídica ou conclusão de um contrato constituiriam ações políticas. Por outro lado, um político poderia mudar e interpretar a lei de acordo com suas próprias convicções, pois qualquer ato funcional seu encontraria respaldo legal.

A separação dos sistemas pode ser vista, entretanto, como uma precondição para uma crescente interdependência entre os dois sistemas, possibilitada pela existência do sistema social como um todo. A democratização do sistema político e a positivação do sistema legal somente puderam desenvolver-se por meio de condicionamentos e estímulos recíprocos, decorrentes de um **acoplamento estrutural**.

5. Do acoplamento estrutural

Como visto, nenhum sistema pode surgir e se reproduzir com bases exclusivamente autoreferenciais, ainda que sejam dotados de capacidade de auto-organização e observação própria. A teoria do acoplamento estrutural retoma, assim, a questão das relações entre sistema e ambiente .

Luhmann cita dois tipos de acoplamentos. O primeiro é a *autopoiesis*, que envolve a produção de operações do sistema por outras do próprio sistema. Em outras palavras, *autopoiesis* significa que um sistema complexo reproduz os seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente fechado e com ajuda dos seus próprios elementos internos.

O outro, baseado na sincronicidade do sistema e do meio ambiente, permitiria acoplamentos de operações do sistema com operações que o sistema atribui ao meio ambiente. Exemplo deste último acoplamento no âmbito jurídico-político seria obter consenso político por meio da edição de uma lei. Todavia, esta

⁵⁸ Idem, Ibidem.

variante de acoplamento entre sistema e ambiente permanece apenas na duração do evento.⁵⁹

A partir do século XVI, com o enorme avanço social, político e legal, o Estado Constitucional surgiu como receptáculo do acoplamento estrutural entre os sistema político e legal.⁶⁰ Posteriormente, na relação entre estrutural entre os sistemas político e legal, a Constituição tornou possível a um só tempo uma solução jurídica para o problema da autoreferenciabilidade da Política e uma solução política para a autoreferenciabilidade do Direito.⁶¹

Graças ao acoplamento, o sistema jurídico tolera o político que tende ao Estado regulador, que não quer deixar passar aquilo que possa submeter suas próprias operações. Da mesma forma, o sistema político coexiste com o sistema legal com seus processos protegidos contra interferência política assim que a questão **direito e não direito** ou **licito e ilícito** se apresente. Luhmann, para descrever a relação entre os sistemas, lança mão da metáfora das bolas de sinuca, que, apesar da freqüência com que se chocam, continuam a percorrer, cada uma, seu caminho próprio.

No entanto, por meio dos acoplamentos estruturais, surge no bojo das relações sistema-ambiente um setor restrito com possibilidades de perturbações recíprocas.⁶² O sistema político está sujeito a autoirritação pela possibilidade de estimular mudanças na lei, ao mesmo tempo em que a positivação do Direito fornece um imenso potencial para ações políticas. Da mesma forma, o sistema do Direito também está exposto a iniciativas políticas, por meio dos procedimentos legislativos, regulamentos administrativos e decisões judiciais.⁶³

6. Resumo do Capítulo

Ao se considerarem os sistemas do Direito e da Política, é possível, portanto, vislumbrar a sua separação por meio do acoplamento estrutural,

⁵⁹ *Idem*, p. 381.

⁶⁰ *Idem*, p. 404.

⁶¹ Luhmann, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176-220.

⁶² *Idem*, *Ibidem*.

⁶³ *Law as a Social System*, p. 411.

na medida em que se concebem dois sistemas convergentes e acoplados pela Constituição.

Neste contexto, o reforço das irritações recíprocas aprofunda a dependência entre os sistemas. Por outro lado, valendo-se de sua diferenciação funcional eles dissolvem a estrutura circular de suas autoreferências por meio de sua externalização. Desta maneira, a autoreferência do sistema toma um caminho alternativo, em direção ao meio ambiente do sistema.

Assim, os acoplamentos estruturais incidem de forma profunda sobre os sistemas do Direito e da Política, daí decorrendo a conclusão de que os conteúdos normativos constitucionais não podem ser arbitrariamente escolhidos. De fato, o sistema político deve observar os procedimentos de tal forma que respeite o sistema jurídico sem descuidar de sua autoreferência política.

Por outro lado, o sistema jurídico, personificado pelo Poder Judiciário, igualmente deverá balizar suas decisões que envolvam atos da Administração pública na diferença funcional entre os sistemas, principalmente ao se considerar que a já estudada diferença de códigos entre eles poderá acarretar julgamentos disfuncionais e prejudiciais à coletividade como um todo, conforme será demonstrado a seguir.

III – LINGUAGEM, PRAGMÁTICA E COMUNICAÇÃO NOS DISCURSOS DO JUIZ E DO ADMINISTRADOR

“- Quando eu uso uma palavra – disse Humpty Dumpty, num tom de desprezo, - eu quero dizer o que eu decidi que a palavra significa ... nem mais nem menos.

- A questão é – disse Alice – se você *pode* fazer com que as palavras signifiquem coisas tão diferentes.

- A questão é – replicou Humpty Dumpty – *quem é que vai mandar*, eu ou as palavras. Só isso.”⁶⁴

1. Da linguagem do Juiz e do Administrador

De posse da informação obtida no capítulo anterior de que o código representa o caráter eminentemente técnico da comunicação considerada na Teoria dos Sistemas, e, ainda, vislumbrando-se o fato de que os Sistemas do Direito e da Política possuem códigos próprios, é possível falar sobre linguagens sobre o Direito, decorrentes de um e de outro discurso.

Antes de iniciarmos a discussão acerca da linguagem, todavia, é necessário entender o conceito de signo, que adotaremos de Bakhtin. Segundo o autor da lingüística aplicada, um signo nada mais é que um símbolo carregado de ideologia⁶⁵.

Como consequência desta definição, temos que, para que um sistema de signos se constitua, é imprescindível que os indivíduos que irão produzi-lo formem uma unidade social, pois os signos são criados através da interação social. A existência do signo, portanto, é a materialização da comunicação social.

⁶⁴ *Alice no País das Maravilhas*. Lewis Carrol.

⁶⁵ BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. São Paulo: Ed. HUCITEC, 1992. Apesar de adotarmos a terminologia do autor marxista, entendemos ser possível adaptá-la de forma a ser compreendida como “crenças e práticas de determinado grupo social”.

Segundo Bakhtin, o signo faz parte de um sistema de comunicação social e só tem existência fora desse sistema como objeto físico, sem significado intrínseco⁶⁶.

Por outro lado, podemos afirmar que a linguagem reflete a realidade, na medida em que ela condensa, cristaliza e reflete as práticas sociais. Ao mesmo tempo em que ela é determinada por formações ideológicas, é determinante, pois impõe ao indivíduo uma maneira de ver a realidade, constituindo sua consciência. Assim, percebe-se que o discurso é uma prática social que veicula ideologias, constitui e é constituída pelos sujeitos.

Por essa razão, no nosso trabalho, ao tratarmos da separação entre a linguagem do Direito e da Política, trataremos a linguagem como discurso de um determinado grupo social. De fato, na medida em que é vislumbrada como um instrumento que não é neutro, ela passa não somente a mediar a comunicação entre as pessoas, mas a servir também como veículo para as ideologias. Assim, torna-se reconhecido o fato de as práticas discursivas envolverem escolhas ideológicas e políticas, perpassadas por relações de poder. Na nossa análise será feita tentativa de se estudar a linguagem do juiz e do administrador em seus respectivos contextos sociais, ressaltando-se o papel de suas práticas discursivas.

Quanto ao conceito de discurso, a seu turno, adotaremos a definição de Fairclough⁶⁷, um dos fundadores da análise crítica do discurso, segundo a qual o discurso é visto como uma forma de agir socialmente: “O discurso é um modo de agir, uma forma pela qual as pessoas agem em relação ao mundo e principalmente em relação às outras pessoas.”

Nesse contexto, os discursos podem ser concebidos como formas de conhecimento construídas e situadas socialmente a respeito de aspectos da realidade, na medida em que são “desenvolvidos em contextos sociais determinados e de maneiras específicas que atendam às necessidades dos atores sociais desses contextos”⁶⁸.

Ademais, os discursos retratam eventos que constituem a realidade, tais como o que está acontecendo, como, onde, quando, além de outros aspectos como seus objetivos, avaliações, interpretações e legitimações. Eles são a base da

⁶⁶ Cardoso, Ana Carolina Simões. *Language, discourse and ideology*. UFRJ, 2010, p.02.

⁶⁷ FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e Mudança social*. Brasília: Ed. UNB, 2007, p.63.

⁶⁸ Kress & van Leeuwen, 2001, p. 4

estrutura social. Não apenas representam suas convenções, mas, constituem, moldam e limitam tais convenções, fazendo com que o mundo e as relações sociais adquiram significados.

De fato:

O discurso contribui para a constituição de todas as dimensões da estrutura social que a moldam e a restringem direta ou indiretamente: suas normas e convenções, assim como as relações, identidades e instituições que se encontram por trás destas. O discurso é uma prática não apenas de representar o mundo, mas de fazê-lo significar, constituindo e construindo o mundo com base em significados.⁶⁹

Ao se referir à estrutura social, Fairclough⁷⁰ preocupa-se com o alcance que o discurso tem em toda a sociedade, devido à sua inserção em todas as práticas e eventos sociais dos quais os indivíduos participam. A linguagem, por sua vez, aparece como *medium* de tais práticas sociais, pois é por meio da linguagem que as pessoas interagem no mundo social.

Com efeito, não é possível isolar linguagem e meio social, pois um determina e é determinado pelo outro. A linguagem não existe se não estiver situada em um contexto social. Por esse motivo, a linguagem surge como muito mais do que as palavras enunciadas, variando seu significado de acordo com as diferenças entre os contextos⁷¹. É preciso, portanto, prestar atenção ao impacto da linguagem no mundo social.

A partir dessas premissas, tentaremos demonstrar que o juiz e o administrador por estarem inseridos em contextos sociais diferentes – sistema da Política e do Direito – possuem linguagens diferentes, o que faz com eles tenham posturas desiguais diante da norma jurídica. A consequência prática disto, como será demonstrado no capítulo IV com a análise de um caso concreto real, é um grande número de decisões equivocadas no controle judicial de atos administrativos.

Continuando dentro dessa perspectiva, uma vez definida a relação entre linguagem/código e discurso, que será o ponto de partida para se estudar as linguagens do juiz e do administrador, passaremos ao estudo dos atos de fala, com base nos ensinamentos de Austin e Searle.

⁶⁹ Fairclough, *Idem*, p. 64.

⁷⁰ FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e Mudança social*. Brasília: Ed. UNB, 2007.

⁷¹ BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. São Paulo: Ed. HUCITEC, 1992, p. 106.

Austin em seu célebre livro⁷² divide os atos de fala em três tipos principais: atos locucionário, ilocucionário e perlocucionário. “O primeiro deles é mais ou menos equivalente ao ato de se proferir uma frase com certa referência e sentido o que se identifica aproximadamente com o “significado” no sentido tradicional do termo.⁷³

Já os chamados atos ilocucionários são aqueles que realizamos ao informarmos, ordenarmos ou advertirmos alguém, ou, ainda, ao falarmos com uma certa “força”⁷⁴ convencional. O ato ilocucionário é, portanto, a menor unidade possível de comunicação lingüística humana, entrando em foco toda vez que falamos ou escrevemos a alguém.

O terceiro tipo de ato de fala, criado por Austin, foi chamado por ele de ato perlocucionário, que é aquele que realizamos ao alcançarmos alguma coisa por meio do nosso ato de fala. Quando convecemos, obrigamos, impedimos ou persuadimos por meio da linguagem, estamos cometendo atos de perlocução.

Diferenciar o primeiro tipo de ato de fala dos dois outros não deve suscitar maiores dificuldades. Todavia, diz o autor, há necessidade de se separar a ilocução da perlocução de forma mais detalhada. Para tanto, faz-se necessário distinguir a ação – ato de fala- de sua conseqüência. Num primeiro momento é possível dizer que o ato ilocucionário pode ser isolado da perlocução, pois esta última produz conseqüências.

Todavia, Austin aponta que, na verdade, esta diferença reside na produção de efeitos específicos causados pela mudança de orientação do interlocutor como conseqüência do ato de fala perlocucionário. Os atos ilocucionários a seu turno referem-se em geral a atos de fala intencionais. Isto significa que se alguém não teve a intenção de fazer uma promessa ou de alertar alguém, não realizou ato de ilocução. Os atos de perlocução, por outro lado, prescindem deste elemento subjetivo, de forma que é possível divertir alguém ou convencê-lo de algo mudando o curso de sua ação de forma não intencional. Austin oferece os seguintes exemplos das três categorias de ato.⁷⁵ Ato locucionário – “Ele

⁷² AUSTIN, J.L. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962, p. 103.

⁷³ *Idem*, p. 108.

⁷⁴ Austin fala em “forças ilocucionárias” (*illocutionary forces*) referindo-se aos diferentes tipos de função da linguagem. *Vide* Austin, *opus cit.*, p. 99.

⁷⁵ *Idem*, p. 101.

me disse ‘atire nela!’ querendo dizer com ‘atirar’ atirar e, com ‘nela’, referindo-se a ela. Ato ilocucionário – “Ele me admoestou (ou aconselhou, ordenou, etc.) a atirar nela”. Ato perlocucionário – “Ele me persuadiu a atirar nela.”

Quanto aos atos de locução, diz Searle,

A linguagem se relaciona à realidade em virtude do significado, mas o significado é a propriedade que transforma meros proferimentos em atos ilocucionários. Os atos ilocucionários são significativos em um sentido muito especial da palavra, e é esse tipo de significado que permite à linguagem se relacionar com a realidade.⁷⁶

De fato, diz o autor, frases e palavras possuem um significado como partes da linguagem. A palavra, entretanto, não tem apenas um significado lingüístico convencional, mas, também, um outro, desejado pelo falante.

Aqui, nos parece importante ressaltar que, para a nossa análise da linguagem do juiz e do administrador, todos esses atos de fala estudados terão relevo, sobretudo na medida em que, ao seu significado e intencionalidade, acrescentamos o fato de que os signos que os compõem são elementos que trazem em seu bojo a visão de mundo, crença e práticas de cada grupo social.

Ainda no âmbito de nossa análise sobre discurso e linguagem, apresenta-se como de interesse a classificação de discursos realizada por Klaus Günther⁷⁷, pois as categorias por ele criadas referem-se diretamente ao discurso do Direito, que constitui objeto parcial de nosso estudo, em contraposição aquele da Política.

O autor inicia apontando uma diferença fundamental entre a fundamentação de uma norma e a sua respectiva aplicação, de tal forma que a justificação da norma diria respeito a sua validade, e, a aplicação, a sua adequabilidade.

Um discurso de aplicação seria, portanto, um discurso onde se busca levar em consideração todas as características de uma situação, contrapondo-as a todas as normas que poderão ser aplicadas. Sob essa

⁷⁶ Searle, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade – Filosofia no mundo real*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 129.

⁷⁷ Günther, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

perspectiva, a imparcialidade na aplicação residiria no fato de não se desconsiderar qualquer norma que pudesse ter aplicação alternativa no caso.⁷⁸

No que se refere ao discurso de justificação, por sua vez, a imparcialidade seria constitutiva num sentido recíproco-universal, na medida em que uma norma seria neutra universalmente, se todos pudessem concordar com ela em um discurso determinado pela liberdade e pela igualdade.⁷⁹

Para o autor, ambos os tipos de discursos comporiam a norma que se tornaria perfeito caso fosse resultado de um discurso perfeito que abrangesse: (1) ilimitadas liberdade e igualdade na participação; (2) tempo ilimitado; e (3) conhecimento ilimitado. Nesta situação ideal, os participantes possuem conhecimento ilimitado⁸⁰ sob todos os aspectos e tempo ilimitado, resultando na desnecessidade de um discurso de aplicação, pois não haveria situações a serem analisadas e contrapostas às normas, pois o conhecimento já seria pleno *prima facie*.

O que Günther deseja com esta divisão é compensar a impossibilidade real do discurso ideal pelo inter-relacionamento dos discursos de aplicação e de justificação. Desta forma, embora não seja possível levar em conta todas as situações de aplicação em todas suas características nos discursos de justificação, poder-se-ia restringir os discursos de justificação à tarefa menor de justificar as normas *prima facie* e, nos discursos de aplicação, considerar todas as variantes possíveis do caso a ser decidido.⁸¹

Assim, apesar de que para o discurso de aplicação a questão central é encontrar a decisão correta para o caso, e, para o discurso de justificação, o que importa é qual norma universal seria correta, os dois são essencialmente um único tipo de discurso que dá origem a duas categorias distintas de operação.⁸²

Ademais, no contexto da guinada hermenêutico-pragmática⁸³, a oposição real e ideal não faz mais sentido, na medida em que o conhecimento científico reconhece seu próprio caráter limitado, histórico e interessado. Assim, não

⁷⁸ Günther, *op.cit.*, p. 257.

⁷⁹ *Idem*, p. 56.

⁸⁰ Conhecimento empírico sobre todos os fatores externos e internos.

⁸¹⁸¹ Alexy, Robert. *Justificação e aplicação das normas*. In: *Ratio Juris*, vol.6, no. 2, julho de 1993, PP. 157-170.

⁸² *Idem, Ibidem*.

⁸³ A guinada lingüística refere-se à transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. Deu-se em duas etapas. A primeira delas, lingüístico-semântica, a segunda, lingüístico-pragmática.

se pode sob esta perspectiva falar em “norma universal neutra”, como no caso do discurso de justificação. Aqui, manifesta-se que a compreensão, por ser interessada, é também aplicação, que é permeada pelo caráter contrafactual da linguagem.

À primeira vista, quando pensamos em diferenciar a linguagem do juiz e do administrador para justificar os equívocos judiciais em decisões sobre atos administrativos, o discurso de aplicação emerge com papel principal no palco de nossa análise. Isto se dá em virtude de ser um discurso voltado para o conhecimento real das situações concretas e contextos sociais, o que possui especial relevo na orientação e diferenciação dos discursos da Política e do Direito.

Diante disso, porque o discurso do juiz e do administrador, conforme definimos anteriormente, diz respeito a formas de conhecimento construídas e situadas socialmente por aqueles agentes, ele parece à primeira vista, referir-se somente à categoria de Günther dos chamados discursos de aplicação. No entanto, como foi demonstrado acima, após a virada lingüístico-pragmática, toda forma de conhecimento e, portanto, de discurso e linguagem, passou a ser contrafactual, não podendo ser, de forma alguma, afastada de seu contexto real e de suas limitações históricas e sociais.

Tal situação fará com que a análise da linguagem do magistrado e da Administração, no âmbito do controle judicial dos atos administrativos, possa ser estudada não somente no âmbito dos discursos de aplicação, mas, também, nos de justificação. Até mesmo porque, na crítica de Alexy a Günther, com a qual concordamos, o discurso de aplicação possui sempre um outro de justificação em seu cerne:

A uniformização do Direito, no sentido de uma práxis decisória universalista somente é possível, se, por ocasião da decisão de um caso individual, forem construídas regras, com a força dos precedentes. Estas regras têm, porém, o caráter de normas relativamente concretas e são por isso não só capazes de justificação como necessitadas (bedürftig) de justificação. Com isso cada discurso de aplicação do direito inclui um discurso de justificação.⁸⁴

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, p. 172 (tradução livre).

Feitas essas considerações, definido o conceito adotado de discurso e linguagem e situada a dimensão na qual será analisada a linguagem do juiz e administrador, podemos adentrar o estudo comparativo de ambas.

Já de início podemos observar que sob o ponto de vista da lógica da argumentação, o discurso ou linguagem do juiz volta-se para a aplicação de normas, ao passo que a *ratio* da linguagem do administrador é assegurada por meio de discursos pragmáticos. Esses discursos pragmáticos da Administração, a seu turno, orientam-se para a escolha das tecnologias e estratégias apropriadas para a concretização dos valores existentes na Constituição.

No caso de ações judiciais que se referem ao direito à saúde, onde o autor pleiteia medicamentos ao ente federado, por exemplo, pode-se vislumbrar esse pragmatismo na medida em que conhecimento técnico médico da Secretaria de Saúde do DF é utilizado para a determinação de quais medicamentos são padronizados e, em virtude disso possuem estoque, e devem ser distribuídos gratuitamente a toda população. Neste caso médicos fazem consultas a todo o sistema de saúde e determinam, de acordo com a demanda, gravidade das doenças a serem tratadas e sua freqüência de ocorrência, quais medicamentos devem ser padronizados e, ainda, quais os protocolos a serem seguidos para seu uso terapêutico.

Desta forma, percebe-se que o discurso do Administrador, porque inserido no contexto da Política, trilha o caminho das escolhas técnicas e das opções políticas que sofrem, todavia, restrições pela legalidade e constitucionalidade, além de sofrerem limites históricos, práticos e burocráticos.

Assim, a linguagem do administrador orienta-se primordialmente a fatos contingentes, razão pela qual tem como norte a eficiência e a adequação dos meios aos fins institucionais conduzentes à concretização de interesses públicos. Observa-se, portanto, que a lógica discursiva da Administração Pública voltará sempre sua face ao cumprimento de tarefas constitucionalmente estabelecidas. Sua perspectiva será nesse sentido sempre teleológica, dirigida à realização do bem-comum, por meio de rigorosa concretização do conteúdo normativo geral, de modo adequado às circunstâncias reais.⁸⁵

⁸⁵ Habermas, *op.cit.*, p. 236.

As leis serão, nesse contexto, tratadas pela linguagem do administrador como programas finalísticos, cuja realização depende de sua atuação. Confirmam-se, por exemplo, esses dois artigos constitucionais que garantem o direito a saúde.

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ao examinar esses dois dispositivos, a preocupação da Administração, orientada pela sua linguagem política, refere-se imediatamente ao dever de realizar o direito garantido, não por se tratar de direito, mas em virtude de constituir uma ordem constitucional que estabelece uma finalidade pública a ser alcançada. Na sua linguagem terão, portanto, destaque, expressões como “promoção”, “proteção”, “recuperação”, “regulamentação”, dentre outras, todas com forte conteúdo finalístico.

Essa linguagem não atuará ademais na construção e reconstrução de argumentos normativos, pois, conforme se deixa entrever na explicação acima, as normas amarram a persecução dos fins coletivos a premissas estabelecidas, de forma a limitar a atividade discursiva administrativa ao horizonte da racionalidade pragmática.⁸⁶ No entanto, isto trará um caráter político discricionário ao discurso do administrador a quem se permite a escolha de tecnologia e estratégias de ação, desde que conducentes à consecução do interesse público.

A linguagem do magistrado, por outro lado, baseia-se num discurso deontológico, na medida em que o juiz está voltado, não para fins pragmáticos, como no caso da linguagem do administrador, mas para a solução de conflitos de interesse apresentados em juízo. Do ponto de vista da lógica da argumentação, seu discurso serve para a aplicação de normas, enquanto o da administração é

responsável pela implementação de leis que necessitam de execução, possuindo, assim, forte aspecto finalístico.

Portanto, enquanto a linguagem do administrador possui preocupação coletiva e atua de forma proativa na concretização de políticas, o discurso do magistrado aguarda provocação para que possa entrar em cena. Com efeito, somente após provocado judicialmente, poderá ser ouvido o seu discurso jurídico que tentará, então, solucionar o problema por meio da aplicação de normas no caso concreto. A linguagem da Administração, entretanto, agirá de forma a possibilitar o atendimento de um fim público geral e abstrato, enquanto a linguagem do juiz, como regra geral, acaba por se tornar a linguagem dos direitos subjetivos, ao discutir sua garantia e efetivação para um sujeito determinado em hipótese determinada.

A linguagem do juiz volta-se assim, para o sujeito da ação, enquanto a preocupação do administrador refere-se à coletividade como um todo. Esta diferença é especialmente problemática, sobretudo se o magistrado que realizar o controle judicial do ato administrativo não considerar, como deveria num contexto hermenêutico-pragmático, questões práticas como o impacto financeiro do direito, aspectos técnicos relevantes ou o interesse de grupos sociais ou pessoas afetadas pela decisão. Exemplo típico deste aspecto do discurso dos juízes ocorre comumente nas ações que envolvem pedidos judiciais de internação em UTI a custas do Estado.

Nessas ações, temos como autor um paciente carente que necessita de imediata internação em leito privado de UTI. Aparentemente, sob o véu do discurso do juiz, não há dúvidas de que o autor faz jus à obtenção de uma ordem judicial no sentido de ser internado em UTI particular a custas do Estado. Todavia, a preocupação coletiva que vem à tona com o discurso da Administração permite que enxerguemos o outro lado desta demanda – a existência de outros pacientes carentes necessitados de UTI e que aguardam sua internação, por ordem de gravidade, em uma central de regulação de leitos em UTI, onde há mais pacientes que leitos vagos. O direito do autor, a partir dessa última premissa, já não fica mais tão claro, considerado a partir da linguagem do administrador.

A partir deste caso concreto observa-se como a diferença de discursos deve ser tratada com cuidado pelos magistrados, no controle judicial de

atos administrativos, a fim de que não profiram decisões injustas em virtude de estarem “presos” dentro de seu próprio imaginário e isolados em um monólogo que não permite a entrada de elementos pragmáticos trazidos pelo discurso da Administração.⁸⁷

Percebe-se, assim, importante diferença entre as linguagens do juiz, que se orienta para a garantia de direitos, e a linguagem do administrador, que se preocupa com fins pragmáticos.

2. Pragmática da Linguagem

Assim, retomando o curso de nossa análise, feitas as críticas ao *judicial review* de atos administrativos e vislumbrada sua possível origem na dificuldade causada pela diferença de linguagem entre os sistemas do Direito e da Política, iremos aprofundar um pouco mais o estudo com uma análise detalhada da linguagem, passando por um panorama da pragmática da linguagem⁸⁸ a fim de buscar possível explicação para as incoerências nas decisões judiciais que envolvem a Administração Pública.

Já de início encampamos o ensinamento do professor Warat⁸⁹, no sentido de que os juristas devem aprender a utilizar as estratégias semiológicas do Direito de modo mais atualizado e eficiente, deixando de lado as noções lingüísticas gerais e imprecisas. Isto porque, no âmbito da pragmática, quanto mais abstratas “genéricas e formais são as premissas em que baseamos a nossa combinação de padrões, mais profundamente elas mergulham nos níveis psicológicos ou neurológicos, tornando-se menos acessíveis ao controle consciente e à razão”.⁹⁰

Neste mesmo contexto, também não é pragmaticamente salutar, como quer o Positivismo Lógico, identificar a linguagem do Direito exclusivamente a

⁸⁷ A preocupação pragmática é tão diminuta no discurso dos juízes a ponto de que, no caso das UTIs, algumas decisões determinam a internação imediata do paciente sem que “se desconsidere a ordem de gravidade da lista da central de regulação”, como se isso fosse possível, diante da demanda maior de leitos que a oferta.

⁸⁸ Parte da Semiótica que estuda a relação dos signos com seus usuários.

⁸⁹ Warat, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão. 2ª edição aumentada. Porto Alegre. Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

⁹⁰ Bateson in Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin, Don D Jackson. *Pragmática da Comunicação Humana – Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. Trad. Alvaro Cabral. São Paulo Editora Cultrix, 1967, p.33.

partir de atitude reducionista, que pensa a linguagem como estrutura textual auto-suficiente e encontra sua significação no interior do seu próprio sistema criado, esquecendo as outras cenas significativas, como a produção social dos sentidos, que, na verdade, é anterior ao próprio significado textual.⁹¹

De fato, faz-se necessária a introdução das análises jurídicas discursivas em uma semiologia que procure refletir sobre toda a complexidade sócio-política dos fenômenos e significações jurídicas.⁹² Na dimensão relacional do sistema lingüístico, no que concerne ao uso da linguagem pelos juristas, apresenta-se uma realidade bastante distinta.

Explique-se. As relações e diferenças nos termos lingüísticos no interior de um sistema pertencem às esferas das relações sintagmáticas ou das relações associativas. Em um sintagma, o valor de um termo surge da sua oposição com o anterior ou aquele que o sucede, ou com ambos. Ilustrando o argumento com um exemplo jurídico citado por Warat, poder-se-ia pensar que as palavras “matar” e “alguém” adquirem significação jurídica ao serem analisadas como formadoras do sintagma “matar alguém.” Todavia, ele somente adquire seu sentido pleno quando confrontado com outros tipos penais ou com a noção de “bem jurídico”.⁹³

Desta forma, tem-se que a significação de um signo depende de sua articulação, do contraste e da oposição entre as relações sintagmáticas e os campos paradigmáticos.

Todavia, observando-se a forma como a cultura jurídica resolve as questões lingüísticas do Direito, lamentavelmente percebe-se que os juristas, e no caso deste trabalho isto deve ser considerado para os juízes ao julgarem atos administrativos, levam em consideração somente as relações sintagmáticas de primeiro e segundo grau, deixando de lado seus campos paradigmáticos, acabando por darem azo a uma representação ideológica inconsciente do funcionamento da linguagem.⁹⁴

Na verdade, a ideologia pode ser vista como dimensão da pragmática da linguagem, na medida em que se encontra presente no discurso

⁹¹ Warat, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão. 2ª edição aumentada. Porto Alegre. Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.15.

⁹² Warat, *op. cit.*, p.10.

⁹³ *Idem, Ibidem*, p. 32

⁹⁴ *Idem, Ibidem*.

natural e também constitui evocações contextuais decorrentes do uso pragmático do discurso científico. A análise pragmática, vinculada à temática da ideologia, impõe a necessidade de realizar leituras ideológicas dos discursos da ciência. Em suma, a análise com base pragmática possibilita a articulação de certas características do funcionamento significativo (persuasão, legitimação e antecipação),

explicitando em grande parte as funções dos discursos na sociedade e mostrando como a identificação empirista entre descrição e realidade e uma forma de despolitização-politizadora do discurso científico, que cria um efeito de inquestionabilidade e realidade sobre o saber.⁹⁵

No entanto, a abordagem funcional que a Filosofia da Linguagem Ordinária pretende elaborar não considera os componentes ideológicos e políticos da sociedade, centrando-se, somente, nos propósitos do emissor, que se limitam aos quatro usos básicos da linguagem: uso performativo, informativo, diretivo e emotivo.

Ao levar em conta a linguagem do Direito, Warat acrescenta ainda um quinto uso básico da linguagem que seria o a função de dominação, destinada a refletir sobre os propósitos sociais da linguagem.⁹⁶ O autor ilustra então tal categoria com o exemplo de um cartaz que diz “proibido usar tanga”, salientando que ele tem um sentido padronizado que se refere a uma peça de vestimenta e outro contextual. De fato, o sentido da mensagem muda radicalmente dependendo se a mensagem figurar em um cartaz na praia de Ipanema ou em uma praia de nudismo. A situação em ambos os casos acarretará comportamentos distintos.⁹⁷

Assim, o estudo dos usos da linguagem permite se dar cabo da ilusão de que existe um sentido unívoco nas palavras da lei decorrente de uma suposta inalterabilidade sintática dos textos legais . Na verdade, a univocidade significativa pressupõe sempre uma coincidência ideológica.

Tal situação é perfeitamente transponível para o caso ora estudado referente à análise de atos administrativos pelo Poder Judiciário. A diferença de interpretação da norma pelo juiz e o administrador, quando se dá a desconstituição

⁹⁵ *Idem*, p. 47.

⁹⁶ *Idem*, p.66.

⁹⁷ *Idem*, p.67.

judicial de um ato administrativo legal de acordo com pelo menos uma interpretação da lei, decorre da diferença de ideologia dos dois agentes, expressa em seu discurso próprio. Esta diferença de crenças, a seu turno, decorre da separação do sistema da Política e do Direito que possuem características, ideologias próprias e discursos peculiares.

De fato, como já explicitado no capítulo anterior, no discurso do sistema político, tão logo se requer uma decisão coletiva vinculante, surgem idéias referentes a decisões alternativas. Ademais, enquanto as decisões políticas operam num terreno diverso, na medida em que tenta harmonizar opiniões de forma a possibilitar decisões coletivas vinculantes, o Direito, graças a sua combinação de positividade com alterabilidade, possibilita a fixação da forma legal e a despolitização de problemas. Ele assegura que os conflitos continuem a ser tratados sob critérios e aspectos legais ainda que a Política já tenha evoluído ou superado sua posição anterior.

Por outro lado, o administrador e o juiz, além de possuírem visões diversas sobre o que é justo, possuem crenças diferentes sobre sua função diante da norma. De fato, o administrador deseja aplicar a norma com a intenção de realizar o bem comum – intuito finalístico. O magistrado, a seu turno, deseja fazer atuar a norma, perseguindo um *iter* deontológico – na perspectiva binária de Luhmann⁹⁸.

Ao mesmo tempo, juiz e administrador falam linguagens diferentes. Com efeito, o administrador utiliza a linguagem da política, acoplada estruturalmente ao Direito.⁹⁹ O juiz, por outro lado, pretende louvar-se estritamente na linguagem do Direito ainda que acoplada estruturalmente¹⁰⁰.

Desta forma, diante de crenças tão diferentes, não parece muito surpreendente que as decisões judiciais sobre atos da Administração Pública padeçam de tantos problemas, como demonstrado no capítulo 1 deste trabalho.

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Trad. Raffaele De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990.

⁹⁹ LUHMANN, Acoplamiento Estructurales. In: LUHMANN, Niklas. *El Derecho e la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005, p.351-407.

¹⁰⁰ Warat, *Idem*, p.67.

Assim, ainda que a enunciação de signos seja de extrema relevância, pois sem ela não se dá qualquer tipo de comunicação digital¹⁰¹, o papel do sujeito da fala na constituição da produção de sentido é decisivo, considerando-se que as escolhas de compatibilidade entre as unidades sgnicas são sempre determinadas política e ideologicamente.

O discurso e as linguagens sobre o Direito, nesse contexto, pressupõem, então, um conjunto de relações extralingüísticas que irão interferir na comunicação. Infelizmente, os juristas em geral, e principalmente os juizes, que tentam proferir decisões “corretas” ao vestirem a capa de Hércules, ainda não se deram conta disso, talvez porque a própria história política institucional dos discursos seja apenas tangenciada pela semiologia.

Convém, portanto, sustentar com o professor Warat, a sua proposta de semiologia do poder¹⁰², de forma a se pensar num novo programa semiológico cuja chave analítica fundamente-se na idéia de que a mutação das significações e as próprias idéias divergentes do juiz e do administrador sobre o que é justo e legal dependem em alto grau das práticas políticas de ambos e de sua ideologia.

¹⁰¹ Em oposição à comunicação analógica que é não-verbal. Para maiores detalhes, v. o capítulo 2.5 de Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin, Don D Jackson. *Pragmatica da Comunicacao Humana – Um estudo dos padroes, patologias e paradozos da interacao*. Trad. Alvaro Cabral. São Paulo Editora Cultrix, 1967.

¹⁰² Warat, *Idem*, p. 83.

3. Patologias de Linguagem vislumbradas nas decisões judiciais sobre atos administrativos

Watzlawick em sua obra *Pragmática da Comunicação Humana* faz um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação que se encaixa com perfeição nos padrões de comportamento dos juízes ao fazerem controle judicial de atos da Administração Pública.

A primeira categoria de nosso interesse - o desacordo - fornece um bom quadro de referência para o estudo dos distúrbios de comunicação devido à confusão entre relação e conteúdo. Ela, que atrairá nosso interesse quando se tratar de dissenso sobre a concepção do que é justo ou do que é “legal”, pode surgir no nível do conteúdo ou no da relação, e as duas formas dependem uma da outra.¹⁰³

No entanto, como no caso do Direito a solução tópica de um problema jurídico pertence ao campo dialético e, não, do apodítico,¹⁰⁴ dificilmente haverá desacordo essencial no nível do conteúdo.¹⁰⁵ De fato, no que concerne à letra da lei não haverá discordância, pois a verdade da afirmação não será contestada, porquanto o que ela diz é de conhecimento de ambas as partes.

Desta forma, no discurso jurídico em juízo, a concordância quanto ao conteúdo remeter-nos-á ao desacordo ao nível da relação, em outras palavras, ao domínio da metacomunicação.

Neste caso, o desacordo equivalerá a algo que é mais importante do que a discordância a nível de conteúdo. De acordo com Watzlawick, os sujeitos comunicantes no nível da relação não comunicam sobre fatos estranhos às suas relações¹⁰⁶ e no mundo jurídico – *quod non est in acta non est in mundo*, daí oferecerem-se mutuamente definições dessa relação e por implicação delas próprias.

Assim, seguindo-se o *iter* deste raciocínio, seja como for e o que quer que se comunique, no nível do conteúdo o protótipo da metacomunicação será

¹⁰³ Watzlawick, Op. Cit., p. 75.

¹⁰⁴ O discurso apodítico é aquele que não dá margens a discussões e deve impor-se pela própria autoridade dos seus argumentos e pelas conclusões tiradas por silogismo de premissas indiscutíveis

¹⁰⁵ Warat, *Idem*, p. 94. (ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. São Paulo. Perspectiva: 1987).

¹⁰⁶ Watzlawick, op. cit., p. 76-77.

“isto é como vejo a mim próprio”, afirmação que poderá ocasionar no interlocutor três diferentes reações de grande importância na pragmática da comunicação.

A primeira delas é a confirmação. Robert Laing trabalha a categoria no seu livro “Self and others”¹⁰⁷. Ela nada mais é que a aceitação por parte de quem ouve daquilo que foi declarado pelo locutor, ou seja, em termos mais técnicos “de sua definição de eu”.

Esta resposta em si não nos interessa especificamente, considerando-se que, no controle da Administração pelo Judiciário, quando há aceitação do ato administrativo pelo magistrado, não se está diante de um problema de linguagem, ou, ao menos, supõe-se que houve uma boa compreensão das causas do ato administrativo pelo juiz.

A segunda resposta possível, a rejeição, também não nos interessa particularmente, pois a rejeição, por mais penosa que seja, pressupõe, ao menos, o reconhecimento limitado daquilo que foi rejeitado.

A última, todavia, representa com infeliz perfeição, a nosso ver, aquilo que ocorre com frequência na análise judicial de atos administrativos, sobretudo em matéria repetidamente submetida ao Poder Judiciário - a **desconfirmação**.

A desconfirmação é também a resposta mais importante para a pragmática da linguagem, na medida em que suas conseqüências são as mais dramáticas. No que concerne ao sujeito, a desconfirmação, por parte de seu interlocutor, conduz à “perda do seu eu”, que nada mais é do que a tradução da alienação e da marginalização, na medida em que o valor do sujeito não é confirmado.

A desconfirmação, tal como encontrada na comunicação patológica, deixa de se interessar pela verdade ou falsidade da definição de eu do indivíduo, negando a realidade do sujeito como fonte da afirmação.

Enquanto a rejeição equivaleria à afirmação “você está errado”, a desconfirmação diria “você não tem valor” ou “você não existe”.

¹⁰⁷ The Self and Others, by R. D. Laing. London, Tavistock Publications, 1961. p. 186.

Ora, basta analisar algumas poucas decisões judiciais contra a Administração Pública em matérias sensíveis e de cunho repetitivo como direito constitucional à saúde para se perceber que, para os magistrados, os argumentos da Administração Pública em sua defesa em ações cominatórias de medicamentos ou UTI, ou então, em matéria de responsabilidade civil, são desconsideradas, na medida em que o Estado/Administração, é, na maioria das vezes, condenado por ser “Estado”, por ser supostamente um leviatã, pressupondo-se genericamente seu descuido, sua negligência, sua culpa.

Ao assim decidirem, os juízes de fazenda nada mais fazem que do que cometer a patologia da desconfirmação do Estado na comunicação ocorrida durante o processo. Aqui não há razão comunicativa ou igualdade das partes no processo, pois o Estado passa a ser “ente desprovido de eu”, ente que por representar a sociedade como um todo acaba desconfirmado e desvalorizado. De fato, nesta situação, seus argumentos, suas justificativas e motivos de agir, são desconsiderados, não por não serem reais ou razoáveis, mas, meramente, por serem argumentos dele provenientes em oposição ao pobre cidadão ou particular que se encontra no outro pólo da ação.

Exemplo real de desconfirmação levada a cabo por juiz de fazenda do DF contra a Administração Pública Distrital ocorreu em ação cominatória interposta por particular que padece de epidermólise bolhosa com o intuito de obter o fornecimento do curativo da marca X pelo Distrito Federal.

Apesar dos argumentos do ente federado no sentido de que já havia fornecimento de curativos, de que seu orçamento não comportava a entrega da marca específica pleiteada, a necessidade de se prover saúde a toda população, a existência de política pública para curativos, o magistrado de primeiro grau afastou todos argumentos públicos e deferiu o pedido de fornecimento do curativo de marca X.

Na sentença, os argumentos foram genericamente afastados, numa atitude claramente desconfirmadora, ou seja – argumentos afastados meramente por serem argumentos do ente público, ainda que razoáveis e verídicos.

Resultado, a desconfirmação neste caso teve conseqüências catastróficas para a saúde do DF: as licitações para compra do curativo de marca X foram dirigidas à empresa X, ainda que houvesse outras empresas com o mesmo

curativo. Somente na compra do curativo X para as oito pessoas padecentes de epidermólise no DF, a Secretaria de Saúde passou a gastar mais de quatro vezes aquilo que gasta com todos os outros curativos para toda a população distrital.

Daí se percebe que hoje existe um movimento tão forte no sentido da concretização dos direitos subjetivos constitucionais e na proteção do indivíduo, que o Estado passou a ser despersonalizado pelos magistrados, desconfirmado e relegado a mero provedor, cujos motivos e ações sempre são consideradas indignas, destorcidas e sem valia.

Para melhor compreender esta conjuntura jurídica, estudemos a seguir de forma mais aprofundada o Caso MEPILEX.

IV – PROBLEMA DA DIFERENÇA DE CÓDIGOS NA ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO – LINGUAGEM DO ADMINISTRADOR X LINGUAGEM DO JUIZ NO CASO MEPILEX

1. Introdução

Jeremy Waldron abre seus debates referentes ao papel das decisões judiciais e da jurisprudência na teoria da justiça e na democracia com a seguinte constatação: “There are many of us, and we disagree about justice”.¹⁰⁸

De fato, numa sociedade plural as pessoas possuem visões diferentes sobre o que é considerado moralmente correto ou justo¹⁰⁹, razão pela qual os casos em que as partes não conseguem chegar a um acordo são levados aos tribunais, onde a questão será então tratada por meio de um consenso procedimental com vistas a uma solução satisfatória.

Se esta situação já é frágil no que concerne à justiça e propriedade das decisões judiciais, o que dizer das decisões judiciais sobre atos da Administração, que, além das duas diferentes concepções de justiça envolve ainda dois códigos diferentes por meio dos quais elas se expressam?

Como já estudado no capítulo III, os juízes trabalham com discurso, código e linguagem do sistema do Direito, enquanto os administradores utilizam-se dos meios do sistema político.

Ora, como articular, então, argumentos expressos por meio de códigos diferentes em um único caso judicial, cuja solução possui pretensões de justiça e adequação mais perfeita à lei? Como isto afeta a justiça e adequação da decisão judicial? Ora a resposta a tal indagação é complexa.

Primeiramente, é preciso ter em mente que as questões de justiça não tratam do que é “bom” para nós enquanto membros de uma coletividade, mas do que é correto para todos – sejam eles pertencentes ao universo de sujeitos falantes ou a uma comunidade específica. Por isso, ao julgá-las, os juízes devem buscar um solução imparcial que deve ser passível de aceitação por todos os

¹⁰⁸108 Waldron, Jeremy. Law and disagreement. p. 1.

¹⁰⁹ Dworkin, Ronald. Laws Empire. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 1986, p. 178.

participantes em um diálogo não coercitivo, conduzido sob condições de reconhecimento mútuo e simétrico.¹¹⁰

Todavia, considerando a já vislumbrada pluralidade moderna de concepções de mundo e de justiça, que podem ser reciprocamente tolerantes em razão dos potenciais universais herdados, é possível contar com um consenso transcendente do contexto, nas questões de justiça política.¹¹¹

De fato, na sociedade pluralista constitucionalmente organizada, uma questão eticamente controversa não poderá ser regulada por uma compreensão que esteja eticamente vinculada a uma exclusiva compreensão de mundo, que da perspectiva do universo de cidadãos nada mais é do que uma das muitas auto-compreensões coletivas.

Pelo contrário, desejável é uma compreensão coerente que possa encontrar o reconhecimento racionalmente fundado de todas as partes em conflito. Para tanto, é imprescindível que cada parte envolvida abandone o entendimento do que é “melhor para si”, ao assumir posicionamento moral que buscará solução que será “igualmente melhor para todos”, que, entretanto, poderá, ainda assim, envolver distribuição desigual de dificuldades e desafios de compreensão ética por parte de alguns grupos.¹¹² Tal postura é especialmente recomendável ao se analisar judicialmente atos administrativos que envolvam pretensões singulares ao direito à saúde, como será visto a seguir.

Neste mesmo contexto, é preciso, ademais, ressaltar, que o “entendimento” acima mencionado refere-se aos consensos e às decisões baseadas no reconhecimento racionalmente fundado dos fatos e na força legitimadora dos processos democráticos, que satisfazem ao requisito aparentemente paradoxal da necessidade de se tomar decisões legítimas apesar do dissenso corrente.

Na verdade, o processo democrático induz a uma promessa de racionalidade procedimental imperfeita, mas, pura, apenas sob a condição de que os partícipes consideram possível, em princípio, alcançar uma única e dworkiana solução correta para suas questões de justiça. No entanto, esta postura

¹¹⁰ Habermas, Jürgen. Reply to the Participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law. *Cardozo Law Review*, vol. 17, março de 1996 (Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges).

¹¹¹ *Idem, Ibidem.*

¹¹² *Idem, Ibidem*

performativa, adotada, ao considerar-se a capacidade subjetiva da verdade, não significa que as partes devam assumir fortes expectativas de consenso.¹¹³

Neste contexto do processo judicial democrático, todavia, o dissenso valorativo não é socialmente incapacitante, na medida em que o acordo na prática não envolve necessariamente nem mesmo pressupõe consenso valorativo.¹¹⁴

Mas o que dizer do consenso na comunicação? Seria prescindível? Tal questão apresenta-se com especial relevo no nosso estudo sobre controle judicial dos atos administrativos, ao considerarmos as diferentes linguagens do juiz e do administrador.

Sobre esta questão, Nicholas Rescher¹¹⁵, em seu livro *Pluralism - Against the Demand for Consensus*, explica que o fato de as pessoas adotarem práticas lingüísticas determinadas e coordenarem seu uso na comunicação, isso nada tem a ver com consenso. Segundo ele, dominar um discurso e sua linguagem nada mais é que uma habilidade, como tocar piano ou jogar tênis, que não pressupõe qualquer tipo de acordo, mas, somente, aprendizagem de paradigmas pré-estabelecidos independentemente de consenso.

Assim, parece-nos à primeira vista, após esta breve explanação teórica, que as diferentes linguagens do juiz e do administrador, decorrentes dos códigos próprios da Política e do Direito, não trariam desconforto para as decisões judiciais referentes a atos administrativos postos sob o crivo do Poder Judiciário. Mas será que não mesmo?

Por outro lado, como articular argumentos expressos por meio de códigos diferentes em um único caso judicial, cuja solução possui pretensões de justiça e adequação mais perfeita à lei? Como isto afeta a justiça e adequação da decisão judicial? Ora a resposta a tal indagação é complexa.

Para tentarmos esclarecer e ilustrar as reais vicissitudes que exsurgem do controle judicial de atos administrativos, será analisado a seguir um interessante caso concreto referente ao direito à saúde.

¹¹³ *Idem, Ibidem.*

¹¹⁴ Rescher, Nicholas. *Pluralism- against the demand for consensus*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 136.

¹¹⁵ *Idem*, p. 137.

2. O Caso Mepilex

Nos últimos anos o Poder Judiciário e, como consequência, a Procuradoria do Distrito Federal, vem sendo chamado a atuar em enxurradas de ações¹¹⁶ onde as partes reivindicam uma prestação positiva do Estado com vistas à realização da garantia constitucional do direito à saúde. São em geral ações cominatórias onde a parte autora pleiteia fornecimento de medicamento pelo ente federado, internação em UTI ou, ainda, realização de cirurgia.

Devido à gravidade em que se encontram, em geral, os autores, aliada à dificuldade técnica enfrentada pelos juízes, as decisões nesta seara tendem a um certo laconismo, caracterizado por um *decisum* cuja fundamentação reside muitas vezes na mera repetição do comando constitucional do artigo 196 que estabelece o direito individual em questão.

Deste contexto emergem decisões tendenciosas, quase sempre no sentido de se dar provimento ao pedido do autor, e que descartam *prima facie* questões de enorme relevo, tais como a existência de política pública que orienta a atuação médica no caso, a falta de regulamentação do remédio, a inexistência de real necessidade de internação em UTI e descaracterizam o direito do autor.

Assim, nos deparamos com decisões verdadeiramente teratológicas, como, por exemplo, aquelas que obrigam o Estado a entregar dezenas de caixas de Viagra de uma só vez, fraldas de determinada marca exclusiva, e também a realizar cirurgia bariátrica pelo umbigo (forma mais cara realizada por fins estéticos) em paciente com plano de saúde que somente cobre a modalidade comum.

O caso ora estudado demonstra de forma precisa a preocupação extrema dos magistrados com a concretização do direito à saúde, em detrimento de outros aspectos também constitucionais como a existência de políticas públicas no caso em questão, necessidade de se atender aos princípios constitucionais e legais para as compras públicas, impacto financeiro, dentre outros.

Assim, o caso MEPILEX insere-se neste mesmo contexto constitucional do direito à saúde, e se apresenta na espécie como mandado de

¹¹⁶ São 6.393 ações ativas somente na justiça comum do DF. Nos primeiros 11 dias do mês de fevereiro de 2011, foram recebidas mais de 70 ações novas de saúde. (dados da Procuradoria Geral do DF)

segurança contra ato do Secretário de Estado de Saúde do DF, por negativa de fornecimento gratuito pelo Distrito Federal de curativo da marca Mepilex para tratamento de moléstia denominada Epidermólise Bolhosa - EB.

Inicialmente, é relevante esclarecer alguns fatos sobre esta doença que atinge a pele e as mucosas, caracterizando-se pela presença de bolhas que evoluem para doenças clínicas. Primeiramente, na pessoa que apresenta esta enfermidade, a separação das camadas da pele se dá abaixo da junção da epiderme com a derme, local onde se encontram os vasos sanguíneos e nervosos, provocando vesículas profundas e dolorosas no corpo todo.

Ademais, é freqüente nos doentes a perda das unhas das mãos, dos pés, e, por vezes, das falanges dos dedos. Como conseqüência, portadores de Epidermólise bolhosa devem utilizar permanentemente curativos não aderentes que impeçam o atrito da pele, de forma a prevenir as bolhas e lesões mais graves.

Os curativos não aderentes, indicados pelas associações mundiais de pais e portadores da doença (DEBRA¹¹⁷) podem ser usados por baixo das roupas, inclusive meias, para evitar atrito da costura da roupas e sapatos, além de nas áreas de maior fricção como ombros, joelhos, pés e mãos.

No entanto, ainda que o paciente utilize os curativos, ele não estará livre de lesões, havendo ainda possibilidade de rompimento da pele, pois se trata de moléstia na qual idealmente não deveria haver qualquer contato físico com a pele do portador. O portador sofre, por conta disso, constrangimento social, pois apresenta em geral dedos sem unhas, cheios de cicatrizes de feridas cicatrizadas ou sangrando a roupa, em virtude da fricção constante.¹¹⁸

3. Da Decisão do Conselho Especial

Constatando a gravidade da moléstia dos autores, o Conselho Especial do TJDFT concedeu a segurança da forma como buscada pelos impetrantes, qual seja – ordem mandamental determinando a obrigatoriedade do Distrito Federal em fornecer gratuitamente a eles curativos da marca MEPILEX, sob o argumento genérico de que

¹¹⁷ WWW.debra-international.org

¹¹⁸ Relatório da enfermeira estomatoterapeuta e dermatologista Silvana Prazeres, Coren/RS 38929.

“As normas definidoras de direitos fundamentais, como se qualificam o direito à vida e à saúde, gozam de eficácia imediata e não demandam como pressuposto de aplicação a atuação do legislador infraconstitucional, consoante o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, em nome da máxima efetividade e da força normativa da Constituição. Precedentes específicos do Supremo Tribunal Federal.”

Ademais, conforme constante da exordial do *mandamus*, os autores alegaram não terem condições de comprar os curativos, cuja marca MEPILEX não é fornecida nem pela Secretaria de Saúde do DF, nem nas farmácias e ambulatórios dos hospitais federais (as autoras eram tratadas no HUB).

4. Da forma de dispensação de medicamentos no SUS

Antes que possamos adentrar o âmago dos argumentos utilizados pela Administração em sua defesa, e pelo Tribunal em seu acórdão que julgou o caso, é imprescindível a compreensão do sistema do SUS de fornecimento de medicamentos.

Bem, inicialmente, o Sistema Único de Saúde divide os medicamentos em geral pela sua forma de dispensação ao paciente. São três categorias principais. A primeira dela comporta os **medicamentos de atenção básica**, que são aqueles essenciais ao atendimento das necessidades primárias da população, devendo estar sempre disponíveis no Sistema. São, em regra, fármacos mais simples e de menor custo, com financiamento número de habitantes.¹¹⁹ Os municípios e o Distrito Federal são os responsáveis pela **dispensação** desses medicamentos.

Outra categoria refere-se aos chamados **medicamentos de alta complexidade e de dispensação excepcionais**, que são os medicamentos destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem um universo mais restrito da população. Eles possuem em geral alto custo que pode ser atribuído ao seu valor unitário ou em virtude da necessidade de sua utilização por um período prolongado. Para esses remédios, o Ministério da Saúde é que elabora protocolos

¹¹⁹ Vide a Portaria no. 3237/MS/GM, de 29/12/2007.

para a dispensação que será incumbência dos Estados, que são, posteriormente, reembolsados pela União.¹²⁰

Outro grupo inclui os **medicamentos de alta complexidade utilizados para tratamento oncológico** feito integralmente nos hospitais credenciados pelo SUS, sendo ressarcido pela União aos Estados, conforme tabela pré-fixada.

Existem, ainda, os medicamentos de compra centralizada pela União, que elege alguns medicamentos a serem comprados por ela diretamente e repassados aos Estados para dispensação. Relacionam-se em geral a doenças endêmicas.¹²¹

Por outro lado, o Ministério da Saúde é quem estabelece a Política Nacional de Medicamentos¹²² e elabora a RENAME, que é a lista dos **medicamentos de atenção básica**. Com base nesta mesma relação, o Distrito Federal criou a lista REME/DF, que é complementar à lista federal.

Assim, tem-se que a RENAME contém os medicamentos escolhidos pelo Ministério da Saúde destinados à atenção básica e serve de orientação para os Municípios e DF elaborarem suas lista de medicamentos **padronizados**, ou seja, aqueles que devem ser comprados e distribuídos à população. A lista federal, todavia, não é obrigatória, mas meramente indicativa, para os municípios, que podem retirar e acrescentar fármacos a suas próprias listas.

Medicamentos de média complexidade fazem parte somente da REME/DF, por liberalidade do ente federado que elencou aproximadamente 50 itens, com protocolo específico e custeio integral pelo Distrito Federal.

Ressalte-se, portanto, que somente os medicamentos de atenção básica possuem fornecimento automático e obrigatório pelos entes federados. Os demais são recebidos mediante pedido administrativo e cadastramento específico, acompanhado de comprovante de que o protocolo respectivo está sendo seguido.

No que concerne aos **curativos**, como no caso ora estudado, eles possuem tratamento um pouco diverso dos medicamentos, pois **não possuem efeito terapêutico**. Por essa razão, são dispensados nos ambulatórios dos hospitais

¹²⁰ V. Portaria 2.577/MS/GM, de 27/10/2006.

¹²¹ *Idem, Ibidem.*

¹²² Portaria no. 3916/MS/GM, de 30/11/98.

e na Gerencia de Enfermagem, onde enfermeiro deverá analisar a necessidade do paciente e indicar curativo adequado.

Os curativos são adquiridos por licitação e não há preferência de marcas, bastando o atendimento às características externas descritas. Para ilustrar de forma bem simples, caso um paciente necessite de um *bandaid*, o enfermeiro irá fornecer ou utilizar o curativo de tamanho adequado e da marca adquirida por meio de licitação, por ter sido aquela que melhor atendia ao certame. Ainda que o paciente exija um *bandaid* da Disney ou colorido, sua vontade não será atendida, por óbvio.

No entanto, ainda que possa parecer desnecessário, e pouco útil, o exemplo, é, na verdade, da maior importância, pois além de configurar com exatidão o caso concreto ora estudado, já houve casos concretos onde paciente da rede pública recusava-se a receber fraldas genéricas e, assim, obteve por ordem judicial de Vara de Fazenda Pública do DF que o Distrito Federal lhe fornecesse fraldas da Turma da Mônica.

5. Das Razões de Decidir do Tribunal ou da Linguagem do Juiz

O presente caso, como já foi dito, tratava-se de mandado de segurança contra ato do Secretário de Saúde por negativa de fornecimento às impetrantes de coberturas adesivas do tipo MEPILEX em virtude de padecerem de Epidermólise Bolhosa.

Como a ação escolhida foi mandamental, não houve momento processual para análise probatória. As autoras, entretanto, instruíram a petição inicial do *writ* com fotos e receituários médicos que indicavam especificamente os adesivos da marca MEPILEX para amenizar as conseqüências da moléstia.

Bem, primeiramente, é interessante chamar atenção para o fato de que, aparentemente, sob a ótica dos desembargadores que decidiram o acórdão, o caso concreto ora analisado não exigia maiores esforços argumentativos. Perceba-se que já no segundo parágrafo do Voto do Relator, ele antecipa o seu julgamento, com a seguinte fórmula, que foi acolhida por unanimidade no Conselho Especial, *in verbis*:

A previsão abstrata dos Artigos 6º e 196 da Constituição Federal que asseguram a todos o direito social à saúde e o qualificam como imperativo categórico do Estado, assim como a proteção do direito à vida como direito fundamental, mostram-se suficientes para a concessão da segurança.¹²³

E continua:

A falta de regulamentação dos dispositivos constitucionais por norma legal não impede sua eficácia, porquanto, a teor do que dispõe o Art. 5º, da Constituição Federal, as normas de direito fundamentais gozam de eficácia imediata.

Da leitura do excerto, pode-se perceber o discurso fundamental dos magistrados, que irá conduzir sua linguagem no decorrer do acórdão, qual seja – seu moto principal é “fazer atuar a norma”, isto é, dar-lhe eficácia, fazer com que tenha força normativa, garantindo e realizando suas cominações.

Sua preocupação neste *decisum* fica bem caracterizada pelas velhas proposições garantistas citadas criticamente por Waldron, ao tratar dos direitos individuais e suas cartas:

Indivíduos possuem direitos, e há coisas que nenhuma pessoa ou grupo pode fazer a eles sem os violarem. Cada pessoa possui uma inviolabilidade baseada na justiça a qual nem o bem-comum de toda sociedade poderá se sobrepor. Não haveria sentido em dizer que respeitamos os direitos individuais a não ser que envolva algum tipo de sacrifício, e esse sacrifício em questão deve ser abrimos mão de qualquer benefício marginal que nosso país receberia caso se sobrepusse a direitos que se provassem inconvenientes.¹²⁴

De fato, o relator do acórdão continua sua fundamentação dizendo exatamente isso, ao explicar que o

Administrador não goza de liberdade para negar cumprimento aos direitos fundamentais, pois acima do princípio da legalidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal está o princípio da constitucionalidade, que, no caso, impõe, a imperiosa observância e a efetividade dos direitos à vida e à saúde.¹²⁵

¹²³ Acórdão MSG 2008002018780-9, de Relatoria do Desembargador Cruz Macedo.

¹²⁴ Waldron, Jeremy. *Op.cit.* p. 211. (Trad. Livre)

¹²⁵ Fundamentação do voto no Acórdão MSG2008002018780-9, fl. 66.

Bem, até o momento, temos dois tipos de argumentos delineados e desenvolvidos pelo magistrado, que refletem muito bem sua linguagem e o código do Direito:

- 1) Direitos fundamentais possuem eficácia imediata ainda que não regulamentados;
- 2) O Administrador não possui liberdade para negar cumprimento a um direito fundamental, pois a constitucionalidade está acima da legalidade.

A partir dessas duas proposições, vislumbra-se que a postura do juiz diante da norma jurídica é de viabilizar e proteger direitos individuais, ao mesmo tempo em que resolve um caso concreto de conflito de direitos. Sua linguagem é a dos direitos individuais e seu discurso persegue um *iter* deontológico.

Além disso, o discurso jurídico das decisões judiciais permite e, mais que isso, dá boas vindas, assegurado pelas suas bases procedimentais, a argumentos pragmáticos, éticos e morais, dando-lhes acesso à linguagem do direito, sem “suspender de um lado, o jogo da argumentação e sem detonar, de outro lado, o código jurídico”.¹²⁶

Desta forma, diferentemente do que acontece com a linguagem do Administrador, que deve permanecer vinculada à estrita legalidade e à observância dos fins coletivos, a linguagem do juiz é impregnada por sua pré-compreensão deontológica e não pragmática do mundo, razão pela qual, muitas vezes, em sua ânsia de proferir julgamento de acordo com suas convicções, termina por não adentrar argumentos e por não perceber as falácias que muitas vezes envolvem suas crenças jurídicas.

Isto ocorre com ainda maior frequência quando se questionam, em juízo, direitos que envolvem conhecimento técnico de outras áreas, como é o caso do direito à saúde. De fato, na decisão por nós estudada, identificamos até o momento dois argumentos utilizados pelo magistrado como fundamentos de decidir e nestes dois, já podemos vislumbrar o problema acima mencionado.

Primeiramente, coloquemos sob escrutínio o argumento judicial de que ainda que não regulamentado, o direito ao fornecimento de medicamentos/insumos médicos deverá ser reconhecido. Ora, o Tribunal ao assim decidir não percebeu seu equívoco: o direito é, sim, regulamentado, por inúmeras

¹²⁶ Habermas, *op.cit.*, p. 222.

portarias federais e distritais, conforme já explicamos no item anterior. Portanto, em momento algum houve recusa em se entregar os curativos MEPILEX pleiteados sob o argumento de que não havia regulamentação desse direito. Isto é, o Distrito Federal reconhecia o direito dos autores de receberem coberturas de silicone, mas, não, o de escolher a sua marca.

Em segundo lugar, a recusa de fornecimento da cobertura deu-se em relação à marca MEPILEX, e, não, ao direito das impetrantes de receberem curativo adequado para tratar suas lesões.

Por outro lado, o segundo argumento delineado no acórdão – de que o Administrador não teria liberdade para negar cumprimento a um direito fundamental, pois a constitucionalidade está acima da legalidade, é uma falácia.

Na verdade, apesar de *prima facie* parecer correta, a forma de argumentação utilizada desconsidera e, no mínimo, descarta vários dispositivos constitucionais, sob o argumento de que estaria dando força normativa à garantia constitucional do direito à saúde. O próprio artigo 196 da Constituição Federal, que garante o direito à saúde, ressalta que ele deve ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, como de fato o é, conforme se percebe das explicações feitas quanto à política de fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Desta forma, a recusa do Distrito Federal em fornecer às autoras curativo da marca MEPILEX, dá-se com fundamento também constitucional, pois, como foi visto, a própria Carta Magna delimita a forma como deve ser concretizado o direito à saúde, devendo o Administrador, seguir, em razão da cominação constitucional, as políticas federais e estaduais voltadas para a saúde.

O fato de o acórdão haver ignorado tais considerações nos coloca, ainda, diante de caso da patologia da comunicação chamada “desconfirmação”, que já foi estudada em capítulo anterior, na qual, um interlocutor, descarta e deixa de considerar os possíveis e argumentos do outro por deixar de reconhecer sua importância como sujeito.

Na linguagem do juiz, a seu turno, isto se dá na medida em que o magistrado alega o reiterado descumprimento pelo Estado de suas obrigações constitucionais referentes ao direito à saúde, de forma a nem mesmo considerar suas alegações ainda que válidas e legítimas, utilizando-se do chamado

argumentum ad hominem.¹²⁷, o que ocorre com freqüência em casos em que ela assume e personifica a linguagem dos direitos individuais, em oposição eterna a qualquer preocupação ou interesse público a ser expresso pelo Estado por meio de políticas públicas.

Retornando, ao último, e ainda não mencionado argumento elencado pelo acórdão do TJDF, tem-se que

as chamadas limitações do financiamento possível devem servir como instrumento restritivo apenas no que tange às políticas gerais de governo, mas não pode ter nenhuma eficácia no que tange ao direito social concretizado e individualizado do cidadão que, à míngua exatamente daquelas políticas públicas, não pode por elas esperar *ad aeternum*, notadamente diante da doença de que padece. Em suma a reserva do possível tem como limite o princípio do mínimo existencial, que, por sua vez, é corolário do princípio mor da dignidade da pessoa humana.

Ora, mais uma vez, o acórdão utilizou argumento equivocado ao dizer que o princípio da reserva do possível não poderia ser invocado à míngua de política pública que assegurasse a saúde e a dignidade da parte.

Como já esclarecemos, tal não é o caso, na hipótese do *writ* por nós analisado. As impetrantes eram atendidas e acompanhadas no Hospital Universitário de Brasília, por enfermeira estomatoterapeuta e tinham à sua disposição curativos não aderentes à pele perfeitamente adequados a suas lesões. Todavia, elas se recusavam a receber cobertura de marca diferente da MEPILEX.¹²⁸

Na espécie, portanto, a linguagem dos magistrados, com seu intuito deontológico, não permitiu que o acórdão adentrasse as questões teleológicas das políticas públicas envolvidas no fato, ainda que existissem e tivesse previsão constitucional. Como conseqüência, os argumentos dos desembargadores giraram somente entorno da obrigatoriedade de se concretizar os direitos individuais previsto na Carta Magna.

Ao assim o fazerem, desviaram, plenamente, da decisão mais correta e democraticamente plural, que configuraria “solução imparcial passível de aceitação por todos os participantes em diálogo não coercitivo, conduzido sob

¹²⁷ Falácia na qual se questiona a credibilidade e as atitudes de alguém de forma a desvalorizar a importância de seus argumentos.

¹²⁸ MEMO 4715/09 – AJL/SES-DF.

condições de reconhecimento mútuo e simétrico”, pois deixaram de considerar as razões do Distrito Federal pelas quais se mostrava ilegal a entrega de uma marca específica aos impetrantes.

A decisão mais justa e democrática no caso seria o reconhecimento do direito das impetrantes a receberem os curativos não aderentes à pele, sem que tivessem, entretanto, direito a exigir do Estado a entrega de marca MEPILEX.

Não foi, contudo o que declararam no *decisum*, que concedeu a segurança para que o Distrito Federal fornecesse os curativos “conforme a descrição constante das prescrições médicas respectivas”, ou seja, fornecendo a marca MEPILEX.

6. Das Conseqüências do Acórdão no Caso MEPILEX ou Da Linguagem do Administrador

Como foi visto, a decisão judicial equivocou-se ao conceder a segurança que obrigou o Distrito Federal a fornecer o curativo da marca MEPILEX às impetrantes, em virtude da preocupação deontológica de sua linguagem que a impediu de perceber que nem mesmo havia direito líquido e certo da parte no caso concreto.

Já a postura do Administrador, expressa por meio da linguagem da Política, com seu discurso teleológico, entendia impossível e ilegal o fornecimento da cobertura MEPILEX às autoras, pois já estava fornecendo tratamento gratuito com outra bandagem de igual qualidade. Acresçam-se, ainda, a este fato, as seguintes razões que poderão ser compreendidas como conseqüências indesejáveis da ordem judicial obtida pelas impetrantes.

Bem, de início, é importante ressaltar que a cobertura MEPILEX não é um medicamento, nem possui efeito terapêutico, tratando-se, na verdade, de um apósito ou penso em forma de placa de espuma absorvente e aderente com fina camada de silicone.

A linha de curativos MEPILEX é ainda fabricada pelo laboratório finlandês MÖNLICKE HEALTH CARE e possui representante único e exclusivo no Brasil, no Estado de Pernambuco.

Como conseqüência da decisão judicial que, apesar disso, determinava a entrega da marca aos pacientes, a Secretaria de Saúde viu-se obrigada a comprar o medicamento para as autoras por dispensa de licitação, quando, na verdade, havia outros 18 tipos de curativos *padronizados* igualmente adequados a tratarem a moléstia das autoras. Ou seja, a ordem mandamental criou situação que inviabilizou a desejável competição no certame público de compras de medicamentos, contrariando frontalmente a lei de licitações em prol de suposta “concretização de direitos individuais”.

Por outro lado, além da marca não apresentar absolutamente nada de especial, que justificasse a entrega de um medicamento de fornecedor único no

país, pois nem mesmo efeito terapêutico ela tem como já explicamos, os adesivos da marca MEPILEX apresentam custo elevadíssimo, se comparados com outras coberturas.

De fato, somente para atender a cinco pacientes, que recebem curativos da marca MEPILEX em virtude de ordem judicial, o Distrito Federal gasta semestralmente R\$ 888.040,80 (oitocentos e oitenta e oito mil e quarenta reais e oitenta centavos)¹²⁹, contra um universo de aproximadamente metade do valor gastos com curativos para atendimento a toda sua população de aproximadamente 2,5 milhões de habitantes¹³⁰.

Posteriormente, descobriu-se, também, que as prescrições médicas avindas de médicos públicos prescreviam a marca MEPILEX a pedido dos pacientes, cuja associação era promovida e custeada pela marca.

Desta forma, despreocupado com a gestão pública que deve concretizar e atender ao interesse coletivo em todas suas dimensões expressas pelas inúmeras garantias constitucionais, o acórdão garantiu o direito de dois indivíduos, ao mesmo tempo em que financeiramente inviabilizava o tratamento de outros tantos.

Nesse contexto, tem-se que a interpretação dada pelo Tribunal por intermédio da linguagem do Direito, sempre preocupada com fazer atuar a norma e dar força normativa à Constituição, acabou por sabotar a si mesma, ao desconsiderar os argumentos teleológicos da Administração pública a quem incumbe, inclusive constitucionalmente, a definição de políticas públicas que possibilitem a concretização do maior número de direitos individuais ao maior número de pessoas.

Ainda mais desafortunada foi a decisão judicial determinou a compra de quantitativo de curativo infinitamente superior à real necessidade das pacientes. Sendo que das cinco pessoas que obtiveram o direito ao recebimento de MEPILEX em decorrência de ordem judicial (duas primeiras ações), duas delas apresentaram reação e rejeição à cobertura da marca.

Ademais, como regra o Estado só deve entregar os medicamentos constantes da lista federal ou de sua própria lista de fármacos, devendo-se ressaltar

¹²⁹ Relatório da GENF/SAS.

¹³⁰ IBGE 2010.

que havia 18 curativos padronizados pela Secretaria de SAúde do DF e que eram igualmente aptos a serem usados no tratamento de Epidermólise Bolhosa.

Desta forma, percebe-se que, em virtude da diferença de discursos de juízes e administrador, com seus diferentes intuitos deontológico e finalístico, muitas decisões são tomadas pelo Poder Judiciário em desfavor do bem-comum, ao maximizarem os interesses individuais e sobrepô-los aos direitos e garantias de uma coletividade sem rosto.

7. Resumo do Capítulo

Com a análise do caso MEPILEX referente à política de saúde do Distrito Federal, foi possível perceber na prática a veracidade da constatação de Luhman, estudada em capítulo anterior, de que

a Política, com suas múltiplas diretrizes, provoca grande impacto no sistema do Direito, que precisa integrá-las e processá-las mediante conhecimentos especializados. O “ruído” da Política constitui assim ocasião predominante de variação do Direito, na medida em que persegue seus propósitos e cria diferenças que logo irão causar conflitos.¹³¹

De fato, quando nos deparamos com atos administrativos colocados sob o escrutínio do Poder Judiciário, sempre emergem situações que causam desconforto jurídico e político, pois, como se sabe, “o direito constitui o poder político e vice-versa”.¹³²

Assim, considerando a diferença de sistemas entre a Política e o Direito, porém com suas respectivas irritações e seu acoplamento estrutural¹³³, impõe-se a necessidade de que os códigos do direito e da política se completem mutuamente para que possam realizar com sucesso suas funções. Essa relação de trocas deve ser alimentada por uma normatização legítima do direito que têm, segundo o autor alemão, “parentesco” com a formação do poder comunicativo.¹³⁴

¹³¹ Luhmann, Niklas. *El Derecho de La sociedad*. Trad. Javier Nafarrete. Ciudad Del Mexico: Herder, Universidad Iberoamericana, 2005, p.322.

¹³² Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia- entre faticidade e validade*, vol.I, 2ª Ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 211.

¹³³ Vide capítulo II.

¹³⁴ Habermas, *Idem*, *Ibidem*.

Para ilustrar, voltemos a nossa atenção para o caso apenas estudado. No exemplo da ação mandamental que tinha como fim o fornecimento da cobertura MEPILEX, caso as considerações feitas acima tivessem sido respeitadas, não haveria conseqüências tão negativas para a Administração e para o sistema de saúde como aquelas já descritas.

Expliquemos. As trocas discursivas que ocorreram no caso concreto não respeitaram a idéia da complementariedade entre os códigos da política e do Direito, nem houve qualquer consideração no sentido de que tais trocas eram normatizadas legitimamente pela Constituição Federal.

De fato, foram feitas admoestações constitucionais unilaterais no sentido único de que havia necessidade de se realizar o direito à saúde dos impetrantes, e, não, no sentido global de que a atuação administrativa do Estado decorria de políticas públicas previstas também legitimamente na Carta Constitucional.

No mandado de segurança MEPILEX não houve, por assim o dizer, complementariedade na aplicação dos códigos, na medida em que se olvidou a normatização legítima na qual estava baseado o código da Administração, em prol de um argumento jurídico falacioso sobre a necessidade de se dar “força normativa à Constituição”, como se a própria política pública de saúde nela prevista não alcançasse tal mister.

Por outro lado, o procedimento jurídico institucionalizado, como processo argumentativo, deve permitir e orientar no sentido de que o universo do direito se abra, a partir de seu interior, para discussões por meio das quais argumentos de ordem prática, moral, e ética, ganham acesso à linguagem do direito, sem que suspendam, de um lado, o jogo da argumentação e sem detonar, do outro, o código do direito.¹³⁵ Isto, todavia, não ocorreu na hipótese estudada.

Quando se trata do controle judicial de atos administrativos, isto deveria se dar de forma ainda mais evidente, considerando-se a complementariedade desejável entre os discursos do direito e da política e o fato de que, no processo judicial a “lógica da argumentação não pode ser silenciada, mas colocada a serviço da produção de decisões que têm força de lei”¹³⁶.

¹³⁵ Habermas, *op.cit.*, p. 222.

¹³⁶ *Idem*, p.223.

Ademais, considerando que a lei no Estado de democrático de direito é caracterizada pela “combinação da arbitrariedade de decisões judiciais com a não-arbitrariedade de seus pressupostos procedimentais”¹³⁷, é fundamental que os magistrados respeitem a lógica discursiva dos processos judiciais, dando abertura a todos os argumentos da Administração Pública, inclusive aqueles de ordem pragmática cuja teleologia encontra-se baseada em premissas normativas.

Desta forma, percebendo a confusão trazida aos autos no controle judicial de atos da Administração Pública em virtude de seus códigos não coincidirem com aqueles do magistrado/Direito, sobeja a questão sobre como superar as diferenças de linguagem daí advindas, de forma a manter a igualdade entre as partes e o requisito da não-arbitrariedade dos pressupostos procedimentais do processo judicial.

No capítulo seguinte, tentaremos concluir este trabalho ao darmos uma resposta a este questionamento sobre como manter a suposta imparcialidade das decisões judiciais, ainda que as partes do processo não compartilhem da mesma linguagem, com o critério que chamaremos de “juízo empático”.

¹³⁷137 Habermas, *Idem*, p. 235.

CONCLUSÃO - O CRITÉRIO DO JULGAMENTO EMPÁTICO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para entender-se a si mesmo, o homem precisa ser entendido por um outro. Para ser entendido por um outro, ele precisa entender o outro.¹³⁸

Como foi visto, o juiz e o administrador possuem linguagens e códigos diferentes, por representarem respectivamente os sistemas do Direito e da Política, que são diferentes entre si.

Em virtude disso, há muita confusão e julgamentos incorretos e contraditórios quando atos administrativos são expostos ao crivo do Poder Judiciário. E, ainda, como se não bastasse a dificuldade decorrente da diferença de códigos propriamente dita, identificamos uma patologia freqüente causada pelos magistrados na comunicação que se desenvolve no interior do processo judicial – a desconfirmação .

Ora, num ordenamento democrático e plural como o brasileiro impõe-se a necessidade de interação e inclusão do outro na comunicação (processo judicial legítimo, dentro do espírito do sujeito constitucional, do pluralismo, que envolva comunicação e inclusão), razão pela qual é preciso abandonar o paradigma de critérios exclusivamente jurídicos nas decisões judiciais e se abrir caminho para a utilização de critérios práticos e políticos no controle de atos da administração, sob pena de se “marginalizar o Estado e aliená-lo”, desconfirmado o seu sujeito e negando seu valor.

De fato, na medida em que se julgam atos administrativos com critérios exclusivamente jurídicos baseados no discurso dos direitos individuais, opõe-se um obstáculo à comunicação em desfavor dos entes públicos, em virtude da diferença de linguagem que impede a compreensão da linguagem da Administração/ Estado. Daí resulta uma comunicação patológica na qual reina a

¹³⁸ Hora, Thomas. *Tao, Zen and Existential Psychotherapy*. Psychologia, 1959.

“desconfirmação” do Estado/ Administração Pública, na medida em que ele passa a não ter voz, pois seus critérios são desconsiderados, levando assim à perda do “eu” e culminando em sua alienação.

Este afastamento do ego estatal, por sua vez, que faz com que os argumentos do Estado sejam desconsiderados, ainda que baseados em mandamentos constitucionais, como foi visto no caso MEPILEX, traz conseqüências desastrosas para a Administração e para a sociedade como um todo.

Perceba-se que o argumento aqui defendido não orienta no sentido de se tratar o Estado de forma privilegiada, mas, somente, dar-lhe abertura comunicativa durante o processo, de modo a analisar e dar tratamento adequado aos seus argumentos, superando desta maneira a diferença de linguagens.

Tal postura deve ser adotada inclusive em relação aos argumentos de ordem prática da Administração Pública, ao se considerar que ela somente atua por imposição legal e necessita alocar seus recursos de forma a atender otimamente ao máximo possível de interesses coletivos. Isto porque a

Administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias...¹³⁹

Assim, considerando a explicação acima, não há como os magistrados deixarem legitimamente de considerar argumentos da Administração de ordem prática em suas decisões, sob pena de desrespeitarem a própria ordem constitucional que desejam resguardar.

Numa tentativa de mitigar este fechamento comunicacional que ocorre com freqüência no controle judicial de atos administrativos, sugerimos o critério do que denominamos “julgamento empático”, de forma a tentar superar ou mitigar as diferenças de linguagem entre juiz e administrador.

¹³⁹ Habermas, *idem*, p. 239.

De início, é preciso dizer que, base do julgamento empático, a empatia nada mais é que a habilidade de se tomar a perspectiva do outro, de reconhecê-lo como sujeito, apercebendo-se de sua peculiar visão de mundo. Este critério fundamenta-se, assim, na alteridade, que, por sua vez, apresenta-se como constitutiva da própria experiência democrática. A empatia, por esse motivo, permite que o magistrado se coloque em situação comunicativa, posicionando-se na dimensão intersubjetiva da experiência da linguagem.

Como tal, este critério, decorre da razão comunicativa de Habermas, na medida em que ela se baseia no *médium* lingüístico que orienta os interlocutores a adotarem um enfoque performativo para atender a fins ilocucionários.¹⁴⁰

De fato, a razão comunicativa, apesar de seu conteúdo normativo, apóia-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual e se transforma num “fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores da decisão, na qual está embutido o poder democrático conforme o direito”.¹⁴¹ Por essa razão, dá abertura para o reconhecimento dos argumentos práticos expostos pela Administração em juízo por um julgador empático.

Assim, o critério do julgamento empático reforça a necessidade de abertura comunicacional na medida em que, imbuído da necessidade de se colocar no lugar de ambas as partes e tentar compreender o código da Administração que é diferente do seu, o magistrado não corre o risco de, por preconceitos, ou em virtude da diversidade de discursos, “desconfirmar” qualquer delas e bloquear a comunicação legítima ao afastar *prima facie* argumentos por elas trazidos, como ocorreu no caso MEPILEX com as alegações da Administração.

Ademais, quanto ao critério sugerido, é imprescindível lembrar que, ao contrário do que se pensa comumente, a empatia não é uma emoção¹⁴², mas

¹⁴⁰ Habermas, *idem*, p. 20.

¹⁴¹ *Idem*, p. 21.

¹⁴² Susan A. Bandes. EMPATHY & JUSTICE • 2009 CARDOZO L. REV. DE NOVO 133)

uma capacidade que pressupõe a compreensão da perspectiva de outrem e, desta maneira, encontra-se em perfeita consonância com o pluralismo constitucional e o Estado democrático de direito.

De fato, “julgamento empático” não é julgamento simpático. A simpatia pressupõe solidariedade, a empatia pressupõe compreensão. A simpatia cria um envolvimento emocional, que pode prejudicar o julgamento. A empatia estabelece **comunicação eficiente** no controle judicial de atos administrativos e permite a compreensão da linguagem do administrador pelo magistrado, ao lhe abrir as portas do mundo, compreensões e realidade da Administração. Como conseqüência disso, torna-se pré-requisito fundamental à aplicação prática da razão comunicativa nas decisões judiciais.

Com efeito, quando não se cria empatia em uma relação, não há verdadeiramente um diálogo, e sim dois monólogos ocorrendo simultaneamente, o que, tratando-se de controle judicial de atos administrativos pode resultar danos enormes à Administração e a toda coletividade conforme vimos no caso estudado.

Enquanto a razão é discursiva, a emoção encerra a conversa, causando desconfirmação. Por esse motivo, a simpatia/emoção não pode ser tomada como fundamento para julgamentos éticos de natureza eminentemente pública. Da mesma forma, não pode sustentar as razões de decidir das decisões proferidas nos tribunais, o que se dá com freqüência quando o direito à saúde é discutido em juízo.

Na verdade, no caso MEPILEX, diante da situação grave dos impetrantes, que juntaram inclusive fotos terríveis aos autos, expondo feridas no corpo inteiro e perda parcial de membros, os magistrados de segundo grau decidiram imediatamente que deveriam conceder a segurança da forma como pretendida pelos autores, sem, nem mesmo, se darem conta de que estavam concedendo uma “marca”, inviabilizando a competição na licitação, causando enorme desfalque ao erário e desrespeitando o direito de outros 18 fornecedores. Tudo isso, por estarem imbuídos de emoção.

Assim, a emoção, quando conduz as decisões judiciais, ressalta as diferenças de linguagem, reduz a compreensão, acabando por desrespeitar os procedimentos, reduzir ou obstaculizar a comunicação, podendo somente resultar

juízos teratológicos, como se pôde verificar em recente Reclamação¹⁴³ submetida ao Conselho Nacional de Justiça, contra juíza federal de Porto Alegre.

A reclamação foi ajuizada em decorrência de ordem proferida por juíza federal de Porto Alegre que determinava a prisão do Procurador Regional da AGU, em decorrência do não fornecimento de medicamento pelo Estado. Ora, como se sabe, o Procurador Geral não tem poder para fornecer medicamentos, ainda que decorrente de ordem judicial, razão pela qual se demonstrou absurda a decretação de sua prisão.

Ao julgar a reclamação, o Ministro Gilson Dipp veio ao encontro de nosso argumento a favor da empatia em substituição à simpatia, ao desculpar a atuação da magistrada afirmando que a decisão equivocada teria sido fruto de “conflito de emoções e valores na magistrada”.

Desta forma, percebe-se que, além de proporcionar abertura comunicacional desejável num direito procedimental, o critério do julgamento empático chama a atenção dos julgadores no sentido de que a “simpatia ou emoção” é indesejável e deve ser substituída pela categoria fraterna da “empatia” que possibilita e viabiliza a tão desejada imparcialidade judicial. A empatia possibilita a neutralidade na medida em que orienta o magistrado a se colocar no lugar de ambas as partes, analisando com minúcias seus argumentos, observando sua pertinência e, além disso, vislumbrando como a sua decisão as afetará.

Indicamos, portanto, o critério do “julgamento empático” de forma a tentar superar, principalmente no controle judicial de atos administrativos, decisões equivocadas decorrentes das diferenças de linguagem do juiz e do administrador e da falta de conhecimento técnico do magistrado.

Ressalte-se, contudo, que julgamento empático não significa, nesses casos, que a decisão do juiz deva ser favorável à Administração, mas, somente, uma decisão consciente, decorrente de livre exposição e consideração de argumentos e preocupada com os interesses de ambas as partes, exatamente, porque empática.

¹⁴³ Reclamação CNJ 0002474-56.2009.2.00.0000.

No caso do controle judicial dos atos da Administração a empatia trará benefício no sentido de um julgamento mais imparcial, exatamente porque irá trazer um equilíbrio para a diferença causada pela diferença de linguagem entre magistrado e administrador. Como demonstramos anteriormente

O julgamento empático além de produzir decisões justas, que atentam aos direitos de ambas as partes, como aquela acima citada, acarreta algumas conseqüências interessantes para as decisões ora estudadas sobre atos da Administração.

A primeira delas é no sentido de que, na medida em que o magistrado se abre à compreensão da linguagem “alienígena” da Administração, por meio da empatia, coloca-se, com esta abertura comunicacional, um fim à pretensão ainda vigente dos juízes de fundamentarem suas decisões, em ações que envolvam a Administração Pública, com base em critérios decisórios exclusivamente jurídicos. Isto se dá na medida em que, como ensinado por Habermas, o direito se abre, a partir de seu interior, para discussões por meio das quais argumentos de ordem prática, moral, e ética, ganham acesso à linguagem do direito, sem que suspendam, de um lado, o jogo da argumentação e sem detonar, do outro, o código do direito.¹⁴⁴

Da mesma forma, o critério proposto permite a mitigação da patologia da “desconfirmação”¹⁴⁵ inconscientemente levada a cabo por alguns juízes contra a Administração Pública, pois determina que o magistrado se coloque no lugar das partes, acarretando uma compreensão profunda de seus argumentos. Com isso, promove-se a imparcialidade e o reequilíbrio das partes no processo judicial.

Como outra importante conseqüência do julgamento empático não podemos deixar de mencionar a superação das diferentes linguagens do administrador e do juiz, em virtude da conduta deste último que passa a viabilizar a sua própria compreensão do discurso da Administração, ao tempo em que se volta empaticamente para os argumentos por ele expostos.

Por último, como decorrência da adoção do critério do julgamento empático, temos a superação dos julgamentos simpáticos em que a emoção domina

¹⁴⁴ Habermas, idem, p. 222.

e fundamenta a atuação do magistrado, em atitude paternalista que pretende ser justa, mas que, de fato, afasta-se das diretrizes da democracia plural.

Desta forma, o critério contribuirá para a ponderação de valores, garantias e liberdades, na medida em que irá suprimir decisões conceituais meramente lógicas, transformando o juiz em um árbitro de um conflito de normas e, o Estado, na expressão de Walter Leisner¹⁴⁶, num “Estado de ponderações” (*Abwägungsstaat*), assente no compromisso, no equilíbrio, no diálogo e na cooperação entre poderes públicos e cidadão.¹⁴⁷

Assim, no decorrer deste trabalho, após estudarmos as críticas ao *judicial review*, sobretudo no que toca ao controle judicial dos atos da Administração, pudemos encontrar parte de seu problema na diferença dos discursos do juiz e do administrador. Posteriormente, em breve incursão na pragmática da linguagem, desvelamos patologias de comunicação perpetradas por juízes, além das diferenças discursivas, que identificamos em seguida na análise de caso concreto real ocorrido na Justiça do Distrito Federal. Por último, sugerimos o critério do julgamento empático para a superação das dificuldades encontradas no controle judicial de atos administrativos, permitindo uma maior abertura comunicacional e conferindo legitimidade às decisões.

¹⁴⁶¹⁴⁶ *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?* Berlim, 1997.

¹⁴⁷ Queiroz, Cristina. *Interpretação Constitucional e poder jurisdicional – sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 69.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ESTEVEES, João Pisarra. Niklas Luhmann - Uma apresentação. *In: N. Luhmann, A Improbabilidade da Comunicação*, Lisboa, Vega, 1993.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de La sociedad*. Trad. Javier Nafarrete. Ciudad Del Mexico: Herder, Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. *Law as a Social System*. Trad. Klaus Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. *Love as passion*. Cambridge: Polity Press, 1982

_____. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. RJ: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *In: Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990.

Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation [1948], 1 KB 223, pp. 228-230.

BARROSO, Luis Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)*. RDA 214 (1998), p. 18.

_____. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Artigo publicado na Internet, no site: <http://www.actadiurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm> - acessado em: 19.08.2003.

BASIDEBOTHAM, Naomy. *Administrative Law – Australia*. Volume 8, number 1, march 2001.

BANDES, Susan. *Empathy and Justice*. *Cardozo Law Review De Novo*, p. 133, 2009.

BERGER, Raoul. *Government by the Judiciary – The transformation of the Fourteenth Amendment*. 2d ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Taking Rights Seriously*. 4ª ed. Londres: 1984, p. 27.

_____. *Law's Empire*. Londres: The Fontana Press, 1986, reimpr, 1991, pp.206 ss.

_____. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, pp.72 ss.

ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. São Paulo. Perspectiva: 1987.

ELY, J. Hart. *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk – The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991.

- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist with letters of Brutus*. Ed. Terence Ball. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Hora, Thomas. *Tao, Zen and Existential Psychotherapy*. Psychologia, 1959.
- KANT, I. *Critique de La raison pure*, in: Oeuvres Philosophiques, III. Paris: Gallimard, 1986.
- Mac CORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RESCHER, Nicholas. *Pluralism- against the demand for consensus*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- RICOEUR, Pierre. *Le Juste*. Paris: 1995, pp. 7, 185 ss.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. IN: Revista dos Tribunais, 798 (2002): 23-50.
- SAMPAIO, Jose Adercio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. BH: Ed.Del Rey, 2002.
- TUSHNET, MARK. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- _____. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

The Complete Anti-Federalist. Ed. Herbert Storing, Murray Dry. Chicago: University of Chicago Press, 1981, 7 vol.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Warat, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão. 2ª edição aumentada. Porto Alegre. Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

Watzlawick, Janet Helmick Beavin, Don D Jackson. *Pragmática da Comunicação Humana – Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. Trad. Alvaro Cabral. São Paulo Editora Cultrix, 1967.

WOOD, Gordon S. *The origins of judicial review revisited or how the Marshall Court made more out of less*. Washington and Lee Law Review; Summer 1999, 56, 3, Academic Research Library.

WOLFE. *La Transformación de la jurisdicción constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

ANEXO A – ACÓRDÃO

ANEXO B – RELATÓRIOS MÉDICOS