

# **35 ° Encontro Anual da Anpocs**

## **GT 17 – Judiciário e Política: teorias e debates contemporâneos**

### **A natureza não-jurídica da decisão judicial: a relação entre direito e outros campos da sociedade**

Wagner Silveira Rezende<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

## **Resumo**

O presente trabalho discute as relações entre o direito e outros campos da sociedade, como a política, em um âmbito específico, o da decisão judicial, mais precisamente, a decisão judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro, nos chamados *hard cases*. A partir da retórica, os argumentos de outros setores da sociedade chegam ao âmbito jurídico como base para a tomada de decisões, às quais o direito não oferece solução imediata. Nesse sentido, a autonomia e o fechamento operacional no direito, baseados em influências kelsenianas e luhmmanianas, precisam ser repensados.

Palavras-chave: retórica, decisão judicial, teoria dos sistemas.

## **Abstract**

The main purpose of this article is to discuss the relationships among the legal field and other society's fields, like the Politic, from the judicial decisions of Brazilian Supreme Court. The argues of the other fields of society forms the judicial decision, especially in the *hard cases*. In this cases, the legal field doesn't offer the immediately conditions to decide. Thus, the autonomy and the operational close (based in Kelsen and Luhmman) of the legal field must be revised.

Key words: rhetoric, judicial decisions, system theory.

## Introdução

O direito sempre pareceu se fechar em torno de seus próprios procedimentos internos de legitimação, organização e funcionamento. Afastando-se de outros âmbitos sociais, o direito acabou por se comportar, a partir da prática de seus integrantes, como um sistema *autopoiético*, lançando mão do registro luhmanniano. Ou seja, o direito reproduziria o seu próprio mecanismo de funcionamento na sociedade, evitando, pelo menos discursivamente, o vínculo direto com a política, a economia, a cultura, entre outros sistemas.

Quando a análise recai sobre a decisão judicial, tópico importante para a teoria do direito, esse aparente *fechamento* se mostra de forma ainda mais clara. Ao decidir determinado conflito ou questão que lhe é apresentada, o direito recorre, ou deveria recorrer, aos instrumentos fornecidos pelo próprio direito. Assim, para a solução de problemas jurídicos, argumentos jurídicos. Do ponto de vista do positivismo, esse parecia ser o procedimento a ser seguido. Até para o movimento do pós-positivismo (mais propriamente um neopositivismo), a introdução de elementos externos ao direito, como a moral, passa, de alguma maneira, pela positivação destes valores.

No entanto, a prática da decisão judicial parece apontar para outro caminho. A análise dos *hard cases*, na expressão de Dworkin, parece levantar um problema ao pretense fechamento estrutural do direito: como decidir com o direito quando ele não oferece as respostas? Diante do conflito, a necessidade de uma decisão, função mesma do direito. A resposta pode ser encontrada na retórica, de cunho aristotélico. Longe do terreno da certeza, a retórica é a arte de convencer no terreno do duvidoso, não como ilusão ou chantagem, como nos registros platônico, hobbesiano e cartesiano, mas como a afirmação do possível. E para Aristóteles, os gêneros discursivos (judicial, deliberativo, epidíctico) apresentavam uma característica fundamental: seus argumentos poderiam circular livremente entre si.

O Supremo Tribunal Federal (STF) é uma instância pertinente para o estudo das decisões referentes aos casos difíceis. Mais pertinente ainda escolher o maior órgão na hierarquia do judiciário brasileiro para argumentar que suas decisões são retóricas, e fundadas em argumentos externos ao direito. Sem o direito para fundamentar a decisão (ou mesmo diante da sua insuficiência), recorre-se à política, à economia, à biologia, e a qualquer outro campo social pertinente, para a discussão que envolve o litígio no âmbito

jurídico. Nenhum problema quanto a isso. A apropriação é necessária, e os argumentos circulam, de fato. Eis a retórica.

O objetivo deste trabalho é apresentar a retórica como um recurso necessário para as decisões no âmbito do direito. Sua aceitação traz consigo o reconhecimento de que os argumentos fluem de um campo a outro na sociedade, fazendo com que qualquer tentativa de fechamento operacional absoluto seja impraticável. Assim, através da argumentação (afinal os juízes não podem se omitir a julgar protegidos pelo argumento de que não há argumento), direito e política (por exemplo) se conectam, sem que isso gere uma crise de identidade de um campo ou de outro.

Para a construção do argumento aqui esboçado, lança-se mão da análise da ADI 3510, que trata da questão suscitada acerca da (in)constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que regula a pesquisa com células-tronco no Brasil. A análise da referida ação é pertinente porque sua discussão levanta pontos que extrapolam a temática jurídica, espalhando seus efeitos por toda a sociedade, despertando interesses biológicos, médicos, econômicos, políticos, religiosos, culturais, etc. Isso faz com que sejam mobilizados argumentos oriundos de todos estes setores. Sem eles, a decisão teria outra forma, não há dúvida.

A partir do uso do layout básico de todo argumento, proposto pelo filósofo e lógico inglês Stephen Toulmin, os votos dos ministros do STF foram analisados e *encaixados* no layout proposto, o que permitiu identificar a construção do argumento de cada ministro com base em argumentos que eram externos ao direito. Isso se aplicou ao voto de todos os ministros analisados e à inicial proposta pelo Procurador-Geral da República. A decisão jurídica do caso foi construída sobre argumentos extrajurídicos, das mais variadas naturezas. O fechamento operacional, nesse sentido, precisa ser repensado.

Este trabalho se divide em quatro partes. A primeira delas trata da retórica aristotélica e de suas características, apontando para a comunicação dos gêneros discursivos e para a fluidez dos argumentos de um gênero a outro. A segunda parte diz respeito às principais críticas sofridas pela retórica na trajetória do pensamento, e seu posterior resgate, já no século XX. A terceira parte apresenta uma breve discussão sobre as características do direito a partir da influência do positivismo jurídico e da ideia de autopoiese. Por fim, a quarta parte apresenta, a partir da análise de um caso específico, como o direito.

## 1. A retórica aristotélica

Aristóteles define a retórica como sendo a antiestrofe da dialética<sup>2</sup>. O termo antiestrofe destaca simultaneamente a identidade e a oposição entre a retórica e a dialética. A identidade está no fato de ambas tratarem de conhecimentos comuns a todos e que não pertencem a nenhuma ciência específica. Apesar de possuírem uma natureza lógica comum (ambas são de ordem formal-lógica), dialética e retórica se organizam em relação a seus respectivos fins, diferenciando-se. Dizer que a retórica não pertence a nenhum campo definido é reconhecer que ela demanda um âmbito de conhecimento universal. Com isso, ela pode estabelecer o que é convincente em qualquer caso. De fato, a retórica é aplicada nas mais diversas situações e campos. Ela não pertence a nenhum campo específico do saber.

Aristóteles (1999) pensa na retórica como arte, o que quer dizer que ela possui uma aplicação prático-produtiva. Ou seja, a retórica não se ocupa de objetos que exigem pura contemplação. Ela comporta uma faculdade subjetiva, e o fato de ser tratada como arte faz com que se relacione com a potência de uso dessa faculdade. Assim, o termo arte se refere à correta aplicação do método retórico e não ao êxito do processo (ARISTÓTELES, 1999). De fato, a retórica busca teorizar sobre o que é adequado para convencer. O convencimento é o que deve ser buscado, mas o primordial é a correta aplicação do método. A tarefa retórica é, pois, reconhecer os meios de convicção mais pertinentes em cada caso (ARISTÓTELES, 1999).

A retórica tem capacidade de persuadir sobre teses contrárias, sendo uma atividade que concerne ao poder, contrária à ética. Essa é a crítica de Platão. O fato de ela ser capaz de convencer sobre algo e seu contrário, faz com que ela não seja uma atividade submetida a qualquer rigor ético. Sendo assim, a retórica estaria submetida a relações de poder. Aristóteles, entretanto, a subordinava à ética, através do apelo à verdade e ao conhecimento (ARISTÓTELES, 1999). Embora possa convencer sobre teses contrárias, Aristóteles postula que não se deve persuadir para o mal, ou para o injusto. É preciso que se conheça tal persuasão para que, uma vez utilizada, ela possa

---

<sup>2</sup> A dialética no mundo grego representava o debate entre duas pessoas, com a apresentação de teses e antíteses. A retórica possuía um âmbito maior, pois objetivava o convencimento de um público maior, não restrito à argumentação entre duas pessoas. O sentido original do termo “dialética” refere-se à arte do diálogo (PERELMAN, 2004, p. 4).

ser refutada em seus próprios termos. Com isto, a retórica não se encontra, em Aristóteles, relegada ao poder, mas sim vinculada à ética.

A retórica se debruça sobre aquilo que parece poder se resolver de dois ou mais modos distintos. Não há deliberação sobre o impossível ou sobre o certo de acontecer. Para que ocorra deliberação e, portanto, retórica, é necessário que não haja certezas ou impossibilidades absolutas. A retórica necessita do provável para se desenvolver. Esse é o terreno onde a aplicação da retórica é fértil e necessária.

Aristóteles aponta para a existência de três gêneros de discurso: o deliberativo (ou político), o judicial e o epidíctico. Cada um desses gêneros possui características, tempo e fim próprios. A deliberação, voltada para o futuro, é baseada no conselho e na dissuasão. Seu fim é o apontamento, pela argumentação, do que é conveniente ou prejudicial. O discurso judicial, baseado na defesa e na acusação, se volta para o passado (para fatos que já ocorreram). Seu fim é o apontamento do justo ou do injusto. Por fim, o discurso epidíctico, baseado no elogio e na censura, se volta para o presente. Seu fim é o apontamento do belo ou do vergonhoso. O elogio e a deliberação, segundo Aristóteles, são discursos de espécies comuns. Isso quer dizer que a troca de algumas expressões, ao se apresentar um discurso deliberativo, pode transformá-lo em epidíctico, e vice-versa.

A distinção entre os três gêneros de discurso e a forma específica como cada um deles se estrutura, com seus fins e recursos argumentativos próprios, não impede, contudo, que, na prática argumentativa, as técnicas e recursos de cada um dos gêneros sejam apropriados no contexto de um gênero diverso<sup>3</sup>. De fato, na prática os gêneros discursivos podem estar presentes no mesmo contexto teórico. Um discurso travado no âmbito judicial não impede que o argumento deliberativo seja utilizado, ou mesmo o epidíctico. Em um tribunal, ao se tratar de questões criminais, é comum que o advogado de defesa promova uma série de elogios a seu cliente (o réu), apontando suas qualidades e virtudes. Essa técnica é própria do discurso epidíctico, no entanto, é usada, frequentemente, no âmbito do discurso judicial. Essa é uma característica essencial da retórica: permitir o fluxo de argumentos de um gênero a outro, e a que mais nos interessa no contexto deste trabalho. Os argumentos fluem de um gênero a outro, sem que isso comprometa a identidade de cada um destes gêneros. Esse ponto é

---

<sup>3</sup> As linhas de demarcação entre os três gêneros discursivos estão em sobreposição e possuem limites sem nitidez. Com isso, o justo e o verossímil, o honroso e o útil podem ser encontrados em gêneros oratórios diferentes daqueles que eles caracterizam.

fundamental, pois nos permitirá entender como, através da retórica, argumentos externos ao campo do direito passem a compor decisões jurídicas,

É notória a complexidade do projeto retórico aristotélico. A limitada apresentação feita aqui tem o intuito de trazer à tona os elementos que compõem sua retórica, principalmente a comunicabilidade entre os três gêneros discursivos, pois eles foram a grande fonte na qual os pensadores que buscaram resgatar a retórica se basearam para a reconstrução dessa arte. Apesar do evidente refinamento filosófico aristotélico acerca da retórica, ele não foi suficiente para impedir que a arte caísse em profundo obscurantismo durante a história do pensamento ocidental. É o que passamos a analisar a seguir.

## **2. Crítica e resgate da retórica**

A retórica foi encarada, durante muito tempo, como um saber desqualificado, pois perdeu o combate travado desde sua crítica por Platão, cujo ápice foi a filosofia do século XVII. Paralelamente à sua exclusão formal do âmbito da ciência, a retórica, de fato, nunca foi excluída, pois sempre esteve como forma de organizar os discursos, científicos ou não. As principais críticas à retórica se encontram no pensamento de Platão, Hobbes e Descartes (embora não sejam as únicas).

A crítica de Platão à retórica era dirigida, primordialmente, para a principal característica da arte retórica: a capacidade de convencer sobre teses contrárias. Platão via nessa característica o grande problema da retórica, que fazia com que a mesma fosse um instrumento de poder, que levaria ao engano. A crítica de Platão se baseava no fato de a retórica ter surgido ligada ao trabalho dos sofistas. E se a retórica era sofística, ela não poderia fornecer nada de positivo. A sofística era percebida como algo destituído de caráter moral, através da qual qualquer causa poderia ser defendida, independente do aspecto ético que a conduz. Para Platão, então, a sofística estava mais para um discurso dos incompetentes do que para a filosofia que ele procurou desenvolver. Contra a retórica e os enganos aos quais ela levava, Platão desenvolveu uma filosofia apodíctica, a metafísica, assentada, na idéia de verdade. Diante disso, toda contrariedade deveria ser excluída (MEYER, 1994).

Thomas Hobbes buscou na geometria o método para construir sua ciência do homem. Diante disso, ele procurou, exaustivamente, empregar termos nítidos e inequívocos para o discurso, ao contrário de Aristóteles, que reconheceu a importância

da pluralidade de significados que poderiam ser extraídos dos termos comuns. A influência de Galileu fez com que Hobbes perseguisse um raciocínio rigoroso e dedutivo, levando-o a superar a concepção aristotélica de que não se pode alcançar, nas ciências práticas e deliberativas, a certeza que se alcança nas ciências naturais. Ao contrário, Hobbes buscava essa certeza para o campo da ação humana, através de uma fundamentação matemática em relação às investigações da ação humana. Esta busca pela certeza se manifesta, como atesta o contrato social, na perseguição por uma exatidão nos termos empregados, influência do nominalismo.

De acordo com esse movimento, é a linguagem que permitirá o acordo entre os homens, pois é ela que permite representar o mundo sensível. O problema levantado por Hobbes é que não há uma relação completamente adequada entre as palavras e as coisas do mundo que elas pretendem representar. Diante disso, Hobbes aponta para dois tipos de representação: as definições servem à ciência, enquanto as metáforas funcionam para os meios não-científicos (HOBBS, 2004). Por definição, Hobbes entende a palavra polida. Para Hobbes, só podemos conhecer o mundo pelos nomes e representações que damos e fazemos das coisas. Para se chegar a acordos sólidos, é preciso que as coisas estejam bem fixas. Por isso, os pactos e os contratos devem ser tanto mais precisamente fixados quanto for possível.

O contrato é a convenção, o acordo acerca das coisas que foram explicitadas através das palavras. Com isso, as palavras devem ser as mais e nítidas possíveis, reduzindo, ao limite, a ambiguidade. É por isso, por sua maior clareza, que as definições devem ser utilizadas no espaço para o acordo e para o entendimento, sendo, a linguagem baseada na depuração proporcionada pelas definições, mais adequada aos contratos. Já as metáforas, por serem ambíguas e carentes de nitidez, não são adequadas para os contratos. O uso das metáforas é muito criticado por Hobbes, e as metáforas são parte fundamental da retórica. De acordo com Hobbes, o pensamento metafórico só pode levar a ilusões. Essa perspectiva tem grande afinidade com a crítica de Platão à retórica, que a via, como uma forma de enganar os homens, afastando-os da verdade. A retórica seria, então, o *locus* do poder e da ilusão, e não da verdade. O passo definitivo dado por Hobbes (2004), que compromete a retórica, é vincular as definições à ciência, ou seja, ciência só se faz através de definições corretas e precisas, excluindo as metáforas deste processo de fazer científico.

Essa busca pelo universal, pelo absolutamente correto e pela certeza matemática, presente no pensamento hobbesiano, atinge seu ápice com René Descartes (TOULMIN,



1994). Descartes é eloqüente quanto à sua admiração pelo raciocínio matemático, e quanto aos resultados que ele oferece, “*por causa da certeza e evidência de seus raciocínios*” (DESCARTES, 2008, p. 17). Descartes centra sua proposta de método em rechaçar tudo aquilo que não é absolutamente certo. Assim, ele dá grande valor à evidência, fazendo dela o marco de referência para a produção do verdadeiro conhecimento. Aliás, o século XVII, representou, no seio da filosofia e da ciência, uma ascensão e um domínio do cartesianismo, que se baseava na evidência, o que levou a um grande descrédito da retórica. Diante disso, Descartes estava pronto a rejeitar qualquer afirmação que não pudesse ser confirmada através de uma evidência confiável. A pluralidade de opiniões, então, se mostrava como algo extremamente problemático, e que deveria ser evitado a todo custo. O que é apenas provável, só pode ser falso. Por isso, Descartes recorre à lógica, à geometria e à álgebra.

Assim, no pensamento cartesiano, onde a certeza e a matemática têm lugar de tão grande destaque, a retórica, e sua característica de tratar dos contrários e do que é provável, não puderam ocupar senão um lugar de rechaço, exclusão e desconfiança. O cartesianismo parece ter sido o golpe de misericórdia para a retórica, que já vinha sofrendo agressões desde a crítica platônica (CARRILHO, 1994). A julgar pela força que as idéias de Platão, Hobbes e Descartes tiveram no pensamento ocidental, é possível entender o descrédito da retórica.

No entanto, a retórica, depois de tanto tempo no obscurantismo, volta a ser tratada com uma dignidade própria, se apresentando como uma saída entre o ceticismo e o niilismo, características de um relativismo absoluto, e o apodíctico, o matemático e o silogístico. Trata-se de dotar a retórica de um caráter de racionalidade em contextos nos quais os debates não podem mais ser evitados. O enfoque da retórica de Perelman é justamente analisar os argumentos que, efetivamente, arquitetam as decisões, rechaçando a concepção de uma linguagem unívoca, e aceitando a multiplicidade.

Perelman resgata o pensamento aristotélico, e dá novamente ao silogismo dialético a importância que ele possuía na obra do filósofo grego. Apontando que deliberar e argumentar são faculdades de seres racionais, Perelman encara seu tratado sobre argumentação como “*uma ruptura com uma concepção de razão e do raciocínio, oriunda de Descartes, que marcou com seu cunho a filosofia ocidental dos últimos três séculos*” (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 1). Não se trata mais de reduzir, cartesianamente, toda prova à evidência. Se assim fosse, não haveria espaço

para uma teoria da argumentação. Contudo, a maioria das decisões é tomada sem base em uma evidência.

Assim, Perelman e Olbrechts-Tyteca, embora se concentrem no modelo retórico aristotélico, acabam por modificar tal modelo, ampliando suas bases, e focando, principalmente, no aspecto argumentativo da retórica (no *logos*). As paixões e o caráter epidíctico do modelo aristotélico não são tematizados de forma detida nesse projeto dos autores. Perelman está interessado em expandir o caráter argumentativo da retórica, fazendo com que a mesma seja a própria argumentação. Desta forma, ele busca oferecer uma teoria da argumentação que seja capaz de fornecer à lógica o que falta a ela: uma teoria das decisões às quais as pessoas chegam através de raciocínios somente plausíveis, e não dotados de certeza.

O projeto de Perelman é seguido por Meyer. Para este não há discurso sem retórica. Meyer aponta, contudo, que a nova retórica proposta por Perelman trabalha o *logos* como sendo somente argumentativo, destituído de paixões. Assim, os aspectos formais de um estilo ornado e o aspecto emocional são disciplinados, quando não esvaziados. Embora Aristóteles tenha sido a grande influência para a retórica proposta por Perelman, aquele mantinha em seu projeto retórico a importância dos aspectos emocionais e das paixões. Em Perelman, ao contrário, o aspecto emocional deixou de ser importante. E Meyer busca manter a importância das paixões no discurso.

O enfoque na retórica proposta por Meyer está na existência de uma pergunta. O problema que se levanta é que permite que a negociação entre os indivíduos se estabeleça. Sem uma questão que se coloca, não há debate, nem possibilidade de escolhas contrárias, pois as pessoas teriam um único caminho a seguir e um ponto de vista uniforme. Segundo Meyer (2007), a retórica e a argumentação não podem mais ser pensadas em separado, privilegiando-se uma enquanto se negligencia a outra. Assim, a retórica é uma argumentação condensada. O que se nota com isso é que a retórica possibilita expressar uma idéia, sem que seja necessário explicitar todo o raciocínio. Desta forma, a utilização ora da retórica (condensada), ora da argumentação (sem condensar) pode ser mais oportuna diante da ocasião em que nos encontramos. Contudo, o fim de ambas é o mesmo: convencer.

É preciso observar, a seguir, como a retórica se aplica no âmbito das decisões judiciais. Contudo, antes disso, apresentaremos algumas características da decisão judicial no registro que vigora, em grande medida, no direito, o positivismo jurídico, para apontar a importância da retórica no âmbito das decisões.

### **3. O fechamento estrutural do direito**

O positivismo não é uniforme, não possuindo uma única forma de concepção acerca do direito. No entanto, para fins deste trabalho, o positivismo será tomado em suas características mais gerais, ou do ponto de vista de um positivismo padrão e genérico, sem, contudo, adentrarmos em suas diversificadas minúcias. Para isso, o positivismo oriundo da influência de Hans Kelsen será levado em consideração.

O positivismo goza de uma tradição consolidada no direito. Durante a maior parte do século XX, as concepções jurídicas se basearam no positivismo, principalmente de cunho kelseniano, para orientar a produção, o reconhecimento e a aplicação do direito. Mesmo hoje, sob o rótulo de pós-positivismo, as idéias do positivismo continuam em voga (em uma espécie de neopositivismo), embora mitigadas, em parte, pelo reconhecimento da necessidade de que aspectos de ordem moral reintegrem a formação do direito.

O positivismo se constrói, essencialmente, em torno da ideia de que o direito deve levar em conta as normas que são produzidas e reconhecidas por um ordenamento jurídico. Sendo assim, o que está integrando formalmente o ordenamento é direito, passando por um processo específico de formação de normas. Além de um processo de formação de normas, também ele previsto pelo próprio ordenamento, há previsão de como as normas devem ser interpretadas e aplicadas.

A ideia que parece orientar o positivismo jurídico se centra em torno da ordem e da segurança (como de resto, o positivismo de maneira geral). O conceito de segurança jurídica, de previsibilidade do direito, oriundo de um ordenamento coerente e logicamente ordenado, aponta para a necessidade de que o direito esteja previamente previsto, e tenha passado por processos formais de legitimação para sua validade (LUHMANN, 1980). A legitimidade, portanto, se encontra no processo, no procedimento a ser observado para que o direito seja produzido e aplicado.

Em regra e na prática, o positivismo acabou por gerar uma espécie de apego à norma. Se havia previsão normativa, e se ela havia sido produzida e aplicada dentro dos limites do procedimento previsto, então o direito seria legítimo. Aspectos morais e éticos, a partir de uma ideia de justiça, teriam lugar caso estivessem previstos, ou seja, positivados. Assim, estabelecendo uma divisão entre o direito e a moral, pelo menos do ponto de vista da necessidade da última integrar o primeiro, divisão esta já presente, em

alguma medida, no embate entre o direito natural e o direito positivo, o conteúdo do direito estaria em uma posição secundária, em relação a sua forma.

Essa concepção, como aqui esboçada, não era compartilhada por todos os autores positivistas, embora reflita, de maneira geral, a compreensão do positivismo. As decisões judiciais, nesse registro, se estruturariam a partir do que o direito positivado oferecia como subsídio para que a decisão fosse tomada pelo juiz. O magistrado deveria julgar de acordo com aquilo que o direito oferece. O objetivo era evitar decisões autoritárias e com altos níveis de discricionariedade. A preocupação era com a autonomia exacerbada dada ao juiz no estabelecimento da decisão.

Mesmo com o direito informando, ele próprio, as normas que deveriam ser o suporte para as decisões, nem sempre essas normas dariam conta de fornecer o fundamento jurídico para uma decisão. As possibilidades do mundo, incomensuráveis, chegavam ao direito como um desafio. A legislação não pode acompanhar sempre as mudanças significativas que ocorrem cotidianamente na sociedade. Porém, mesmo diante da ausência de uma norma que se “encaixasse” logicamente para a decisão de determinada situação, o direito, defende o positivismo, deve fornecer as normas que permitam, então, lidar com as lacunas e com as situações não previstas. Com isso, são construídas normas que regulam as formas de interpretação de outras normas, sempre com o intuito de limitar a autonomia do julgador para a decisão. Assim, até os casos onde o direito não apresenta uma resposta imediata para a decisão precisam ser positivados.

O positivismo kelseniano (2006) teve grande impacto para a teoria do direito e para sua prática. Seu positivismo, fortemente ancorado na ideia de norma, buscou autonomizar o direito em relação a outros campos epistemológicos, como a moral e a religião, e obteve sucesso na tarefa de dar ao direito o caráter de uma ciência autônoma, com objeto, epistemologia e metodologia próprios. Sua construção teórica, esboçada já no título de sua obra fundamental (*Teoria pura do direito*), buscava uma autonomia que permitisse ao direito se construir com base em seus próprios fundamentos, justificando sua existência e buscando as bases de sua legitimidade dentro da própria ordem jurídica.

Com base na busca da autonomia, Kelsen apontou para a necessidade do direito buscar sua fonte de validade na norma, que sempre poderia ser redirecionada, em sua validade, para uma norma superior, construindo, assim, uma pirâmide normativa de validade, cujo vértice era ocupado por uma norma fundamental, fora do ordenamento, mas que o fundamentava.

A ideia central aqui, para fins deste trabalho, é apontar para o estabelecimento de uma espécie de autosuficiência jurídica, que permitisse ao direito se justificar em seus próprios termos. Assim, para decisões jurídicas, normas jurídicas. E o direito se constituiria em um campo que arregimentaria fundamentos internos para se legitimar e se construir. Kelsen teve grande influência para a construção de teorias e ordenamentos jurídicos no século XX, e o positivismo que daí resultou ainda possui grande influência, tanto do ponto de vista prático quanto teórico.

De uma maneira geral, o pensamento kelseniano deixou como herança um grande apego, por parte de juristas teóricos, mas principalmente práticos, às normas positivadas. A procura por uma solução passa sempre por uma procura no que está previsto, e de forma absoluta, evitando exageros hermenêuticos. O apego à norma se manifesta na necessidade de que tudo que possa ser usado como justificativa para a defesa de uma tese jurídica, principalmente nas práticas cotidianas dos tribunais, tenha que estar previsto no ordenamento. De fato, mais do que encarnado em agentes (juizes, advogados, funcionários dos tribunais, etc), o positivismo parece ter se encarnado nas instituições jurídicas.

Essa concepção do positivismo, como prática e teoria, obedece, aqui, à lógica dos tipos idéias weberianos. Trata-se, portanto, de uma abstração que nos ajuda a compreender a realidade, tal qual proposta por Max Weber (1999). O tipo ideal de um juiz positivista, por exemplo, agiria de modo a obedecer às normas previstas no direito para chegar a uma decisão. Assim, tal juiz limitaria sua discricionariedade se atendo às normas previstas. Caso não encontre uma norma que se aplique ao caso, o juiz julga de acordo com os critérios fornecidos pelo próprio direito para resolver tais lacunas. O que se observa é uma busca por soluções sempre internas ao direito.

Nota-se, portanto, em Kelsen, um princípio de identidade para o direito, baseado em uma autonomia e na autojustificação e legitimação através de uma estrutura normativa logicamente concatenada.

Na esteira das preocupações kelsenianas com a autonomia e com a validade do direito, Niklas Luhmann constrói um arcabouço teórico que gira em torno da noção de sistema. A definição de sistema é, para Luhmann, central para o entendimento da realidade.

A noção de sistema tem forte ancoragem em Parsons (1977). Para Parsons, o sistema é constituído por partes interdependentes, que se relacionam e fornecem coesão ao todo. A partir de uma influência durkheimiana, Parsons vê o sistema como algo

maior do que as partes que o compõem. Ele compreendeu a sociedade como um sistema maior, formada por quatro subsistemas, mas que se comportavam como sistemas: a personalidade, o sistema social, a cultura e o organismo humano (aspecto biológico).

O que manifestava o interesse de Parsons era compreender como a ação humana, por mais improvável que isso pudesse parecer, se apresentava de forma organizada. Para compreender essa organização na implausibilidade, Parsons lança mão da ideia de sistema. São os sistemas (os quatro acima mencionados) é que dão sustentabilidade nessa ordem da ação. Assim, os sistemas se mantinham em equilíbrio.

O problema que se apresenta em Parsons, e que aqui nos interessa para a compreensão de Luhmman, é a noção de fronteira, de onde acaba um sistema e a partir de onde começa outro. Essa ideia é fundamental para Luhmman. Para Luhmman (2009), influenciado por Maturana e Varela (1998), a noção para se entender “sistema” é a noção de autopoiese. O sistema social é um sistema de comunicação, que é interna ao próprio sistema, e não uma relação entre o sistema e o que está fora dele, ou seja, o meio. Em outras palavras, o sistema possui um fechamento operacional e sua relação com o meio que o entorna é sempre mediada. Sendo assim, os sistemas seriam autopoieticos, na medida em que possuem estruturas internas de funcionamento, linguagem própria, e se reproduzem a partir desses elementos internos.

Mas e quanto às interações com o meio? Essa resposta é dada pela ideia de acoplamento estrutural, que pode ser entendida como as relações estabelecidas entre o sistema e o meio sem que isso comprometa o fechamento do sistema. O que ocorre é que os sistemas jamais se comunicam “diretamente” com o meio, através de seus elementos. Aqui, há a ideia de fronteira, demarcando claramente os limites entre o sistema e o meio. O meio influencia o sistema, mas o faz através de uma “irritação”. Isso quer dizer que o meio interage com as fronteiras do sistema, que se “irrita”, reagindo internamente, e, portanto, a partir de seus próprios elementos. Com isso, o sistema realiza operações internas somente (LUHMANN, 2009). Essa é a ideia de autopoiese.

Como essas concepções podem ser aplicadas ao direito e a discussão que aqui tem lugar? O direito havia sido fortemente impactado, no século XX, pela teoria pura kelseniana. Somada a isso, a concepção de Luhmman sobre sistema, reforçou ainda mais uma tradição jurídica que se caracterizava pela busca da autossuficiência do direito em lidar com os problemas sociais que se lhe apresentam.

Tomando o direito com um sistema no seio da sociedade, o discurso jurídico, introjetou a ideia de autopoiese. Assim, o direito se reproduziria por seus próprios termos, internamente. O máximo que ocorre é uma “irritação”, oriunda do meio, da sociedade, mas tal “irritação” é resolvida a partir de estrutura própria do direito. Com isso, chega-se a um ideal de autossuficiência, com o direito sendo a própria fonte para a resolução dos conflitos e situações que chegam a sua alçada a fim de que sejam dirimidas.

Levando esta concepção para a decisão judicial, isso significaria que o direito, ao emitir uma decisão, deveria se valer de seus próprios fundamentos, elementos e termos, a fim de manter sua autonomia em relação aos outros sistemas. Se a decisão será emitida no campo jurídica, todo seu fundamento e suas fontes devem ser oriundos desse mesmo campo. Com isso, a autonomia e a autopoiese são mantidas.

A ideia de autopoiese parece gozar de grande prestígio na prática, e mesmo na doutrina, jurídica. As práticas judiciais giram em torno de encontrar no ordenamento jurídico o fundamento, o elemento chave, que permitirá consolidar o argumento em favor de alguma causa. O artigo da lei, a súmula vinculante, o parágrafo do decreto, a alínea da medida provisória. Enfim, advogados e juízes recorrem àquilo que está consolidado no ordenamento, para extrair daí o elemento que permitirá justificar sua construção argumentativa.

No entanto, o que ocorre diante de casos nos quais o direito não apresenta uma resposta imediata, ou mesmo mediata, para o conflito que lhe é apresentado? Espera-se que haja uma positivação para que a decisão seja tomada (legislando-se *pos factum*)? Não se decide, pois não há fundamento jurídico que sustente a decisão? Ou a decisão deve ser fundamentada a partir de fundamentos externos ao direito? Sobre estas questões, passamos a nos debruçar a partir de agora, através da análise de uma decisão específica do Supremo Tribunal Federal: a que envolve a pesquisa com as células-tronco no Brasil.

#### **4. A ADI 3510 e os fundamentos não jurídicos da decisão**

A ADI 3510 foi impetrada pelo Procurador-Geral da República com o intuito de conseguir a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º (que trata da pesquisa com células-tronco no Brasil), da lei 11.105/2005, conhecida como lei de Biossegurança. A ADI é uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, e seu efeito, caso seja julgada

precedente, é retirar determinada lei do ordenamento devido à sua incompatibilidade com a Constituição Federal. A escolha dessa ADI para análise não foi acaso. O tema discutido pela referida ação envolve elementos que extrapolam o âmbito do direito, dizendo respeito à cultura, religião, biologia, economia, política, naquilo que Mauss (2003) se referiu como fato social total. Além disso, o caso não encontrou nenhuma resposta legal estabelecida em nosso ordenamento jurídico, sendo necessário, portanto, construir uma decisão a partir da argumentação. Por fim, a escolha do STF para análise não significa que decisões jurídicas proferidas por outros tribunais não possam ser analisadas lançando mão dos mesmos recursos teóricos e metodológicos.

No campo jurídico, o juiz tem a obrigação de julgar. Caso o juiz não encontre nada na lei que o faça chegar a uma decisão, ainda assim ele está obrigado a emitir uma decisão sobre o caso que lhe cabe enquanto julgador. Assim, a sentença deve ser emitida em qualquer ocasião, independente da complexidade da lide que a envolve. Com isso, o julgador não pode se eximir de emitir uma sentença. Ela, necessariamente, deve pôr termo ao processo. Sem uma decisão consensual, clara e unívoca sobre o caso em questão (o que no campo jurídico denomina-se como *hard cases*, ou casos difíceis<sup>4</sup>), mas com a obrigação de emitir uma decisão, os julgadores se vêem diante da argumentação e da persuasão como a única forma de conduzir o debate. Além da obrigação de emitir uma decisão, os juízes devem motivá-la<sup>5</sup>, e torná-la pública. A obrigatoriedade e motivação das sentenças são características que fazem da retórica digna de um terreno ainda mais amplo no campo jurídico. Isso ocorre porque o julgador não pode esperar que uma certeza absoluta sobre a questão apareça em todos os casos para emitir um juízo decisório. As decisões são tomadas com base nas informações disponíveis, e estão sujeitas ao convencimento dos juízes acerca dos argumentos que lhe são apresentados, contra e a favor de dado tema. Como, regra geral, as certezas não se apresentam, é com base na plausibilidade que as decisões são tomadas.

Sendo assim, a análise dos argumentos dos juízes no casos difíceis se apresenta como um instrumento indicador de como a retórica é importante para o campo jurídico, no que tange às decisões, fazendo com que os argumentos oriundos de outros campos da sociedade integrem o campo jurídico.

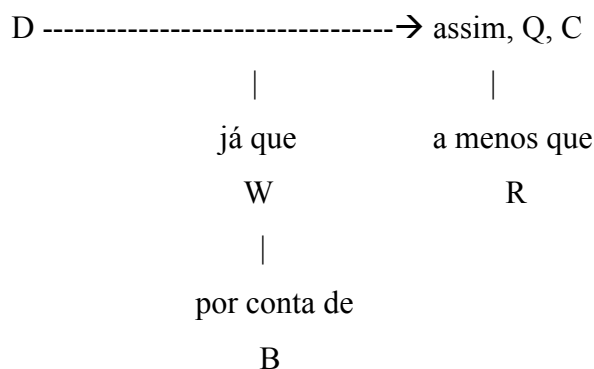
---

<sup>4</sup> Segundo Dworkin, os casos difíceis têm lugar “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição” (2002, p.127).

<sup>5</sup> O art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988 tornou explícita a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.



Para a análise dos argumentos, utilizamos o *layout* do argumento proposto por Stephen Toulmin, que busca aproximar a lógica da prática cotidiana, e com isso, acaba por aproximá-la da retórica. O que mais nos interessa em sua obra é o estabelecimento de um *layout* para os argumentos, ou seja, a existência de uma estrutura argumentativa que se faz presente em todos os argumentos. Essa estrutura, portanto, é *campo-invariável* (se manifestando onde quer que o argumento seja apresentado). Esse *layout* é um dado metodológico importante para este trabalho, pois permitiu analisar os votos dos ministros do STF, demonstrando a construção retórica dos argumentos. Assim, o modelo padrão de argumento proposto por Toulmin tem a seguinte estrutura (2006, p. 150):



O que se apreende do modelo de argumento estabelecido por Toulmin é que o argumento deve conter: dados (D)<sup>6</sup>, que são fatos utilizados para fundamentar a alegação ou conclusão (e para Toulmin, em todo argumento é necessário que haja apresentação de alguma forma de dados, pois uma conclusão pura, sem dados de apoio, não se configura como argumento); alegação, ou conclusão (C), que é aquilo que se busca estabelecer, ou seja, aquilo sobre o que se busca convencer; garantias do argumento (W), que conferem força para sustentar as conclusões que justificam; qualificador (Q), que indica a força que a garantia pode conferir (aqui há o uso dos termos modais, como ‘quase certo que’, ‘possivelmente’, ‘presumivelmente’); as condições de exceção, ou de refutação (R), que demonstram as situações nas quais as garantias (W) não são aplicadas; e, por fim, os apoios das garantias (B), que são fatos, ou afirmações categóricas (TOULMIN, 2006, p. 139-147).

---

<sup>6</sup> Mantém-se, aqui, a mesma simbologia utilizada por Toulmin em inglês, e mantida pela tradução em português (2006).

Para análise, aqui levado a cabo, a petição inicial<sup>7</sup> do Procurador-Geral da República, e os votos dos ministros Marco Aurélio (voto pela constitucionalidade da lei) e Ricardo Lewandowski (voto pela inconstitucionalidade) serão apresentados como exemplos da composição argumentativa externa ao direito. Os outros votos professados pelos ministros nessa mesma decisão também poderiam ter sido utilizados como exemplos da utilização de argumentos externos ao direito para o estabelecimento de uma decisão judicial. Contudo, os argumentos aqui apresentados se apresentaram como os mais paradigmáticos para nossa análise.

O layout do argumento do Procurador-Geral da República (PGR), à época, Cláudio Fonteles, é o que se segue:

a vida humana começa -----> assim, os embriões já  
com a fecundação (D) são seres humanos (C)

|

já que, uma série de  
cientistas renomados  
da área assim o pensam (W)

|

as descobertas da ciência  
são dotadas de credibilidade

(B)

O que a análise do argumento do PGR nos permite perceber é o recurso à autoridade do argumento científico. O argumento de autoridade, recurso retórico, lança mão do *ethos* de quem emite o argumento, ou seja, atribui força ao argumento devido à autoridade daquele que construiu o argumento. No caso do PGR, o recurso foi recorrer à autoridade de biólogos e médicos especializados no assunto em debate, qual seja, a pesquisa com as células-tronco embrionárias. Durante a construção de seu argumento, o procurador, sucessivamente, procede a citações de especialistas, reforçando a qualificação dos mesmos fazendo referência às suas titulações, como nos exemplos: “*A Dra. Elisabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia...*” (p. 5 da petição inicial); “*O Professor Titular de Cirurgia da*

---

<sup>7</sup> A petição inicial é a peça que inaugura o processo; é o ato primeiro, que dá início ao procedimento. Nela se manifesta a pretensão do autor da ação, ou seja, o pedido, aquilo que se quer do Poder Judiciário. Na definição de Theodoro Júnior, sobre a petição inicial: “*o veículo de manifestação formal da demanda é a petição inicial, que revela ao juiz a lide e contém o pedido da providência jurisdicional, frente ao réu, que o autor julga necessária para compor o litígio*” (THEODORO JUNIOR, 2005, p. 325).

*Universidade Autônoma de Madri, Dr. Damian Garcia-Olmo...*” (p. 7 da petição inicial); e “*A Dra. Cláudia M. C. Batista, Professora-Adjunta da UFRJ e pós-doutorada pela University of Toronto na área de células-tronco afirma (...)*” (p. 10 da inicial). Todas essas referências foram seguidas por extensas citações acerca dos elementos biológicos que envolvem as pesquisas com as células-tronco embrionárias.

Assim, ao fazer uso da autoridade destes cientistas, o PGR buscou convencer os ministros julgadores da necessidade de reconhecer a autoridade e a competência dos mesmos em relação ao tema debatido, especialistas que são no assunto. Com isso, o que o procurador fez foi lançar mão de argumentos biológicos e médicos, portanto externos ao campo jurídico, para fundamentar sua tentativa de conseguir uma decisão favorável à causa que pleiteava (no caso, a declaração de inconstitucionalidade da lei 11.105). Esta decisão tem caráter jurídico, mas sua fundamentação acaba por envolver elementos de outra natureza, como se vê na argumentação estruturada e exposta na petição inicial. Com isso, o argumento que se vê não é estritamente jurídico, e sim médico-biológico. É sobre esta argumentação que os ministros se debruçaram para procederem à votação que decidiu sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias no país. Passemos, pois, à análise de alguns destes votos.

O *layout* do argumento geral do ministro Marco Aurélio é o que se segue:

a lei 11.105 é dotada de -----	→ logo, a lei não é
razoabilidade, permitirá a	inconstitucional, e
cura de doenças, está em	o pedido do Procu-
harmonia com a Constitui-	rador é improcedente(C)
ção Federal, e não atenta	
contra o direito à vida (D)	

|

já que assim o garantem,  
a maioria da população,  
os legisladores que promul-  
garam a lei, e o mundo  
especializado da ciência

(W)

Esse argumento geral pode ser repartido em um argumento pontual, que nos interessa:

95% da população e, 96%-----→ logo, a lei é dotada

dos Senadores e 85% dos  
Deputados, aprovaram a lei

(D)

de razoabilidade  
(C)

|  
já que muitas pessoas não  
podem estar absolutamente  
enganadas quanto a algo,  
ao mesmo tempo

(W)

O que o *layout* do argumento do ministro permite mostrar é o lançar-mão de um argumento político para justificar e fundamentar uma decisão jurídica. Mesmo sem declarar explicitamente a utilização de uma concepção política rousseauiana, o ministro Marco Aurélio se vale de uma idéia de soberania popular que remonta a Rousseau (2004). Assim, se a população em geral, e os congressistas (representantes do povo) em particular, aprovaram a lei de Biossegurança, então tal lei é dotada de legitimidade, e, portanto, é constitucional. O argumento central de Marco Aurélio é a ideia de soberania popular, proposta por Rousseau. Se o povo, soberano, decide a favor de uma causa, ela é legítima. É o que ocorre com as pesquisas com células-tronco no Brasil. A decisão da maioria deve ser levada a cabo e, com isso, o argumento político se impõe como o constituinte do voto proferido pelo ministro.

O ministro Ricardo Lewandowski, ao contrário do ministro Marco Aurélio, votou contra a pesquisa com células-tronco no Brasil, da forma como está sendo tratada pela lei de Biossegurança. Portanto, seu voto foi no sentido da inconstitucionalidade da referida lei (votou pela constitucionalidade, mas com ressalvas). Apesar de seu voto ter sido contrário ao do ministro Marco Aurélio, Lewandowski também se valeu de argumentos externos ao campo do direito para justificar seu voto. Ao apontar para a insuficiente proteção oferecida pela lei 11.105, no tratamento das pesquisas com células embrionárias, assim se apresenta o *layout* do voto do ministro Lewandowski:

a lei 11.105 é deficiente no -----→ logo, ela fere a  
tratamento da questão, oferecendo dignidade da pessoa  
uma proteção insuficiente (D) humana (C)

|  
já que assim demonstram  
as legislações de países do

“*mundo civilizado*”, como  
França, Alemanha, Espanha,  
Estados Unidos e Países Baixos

(W)

Ao lançar mão do exemplo de outros países, que o ministro tratou como o “mundo civilizado”, Lewandowski se vale de um argumento de política de desenvolvimento comparado. Assim, se os países mais desenvolvidos do mundo tratam a questão com certo rigor, o Brasil, se quiser atingir esse patamar de desenvolvimento, deve buscar tratar deste assunto com rigor comparativo, para assim se colocar, pelo menos no que tange à questão, no mesmo patamar que o “mundo civilizado”. Mas, além disso, há outro elemento argumentativo que chama a atenção no voto do ministro Lewandowski. Outro argumento do ministro para justificar seu voto pela inconstitucionalidade da lei de Biossegurança, na forma como se apresenta no Brasil é o seguinte:

a ciência, por si, não -----	→ logo, é preciso rigor
traz somente benefícios	ético no tratamento das
à humanidade; ela pode	pesquisas com células-
ser também prejudicial	tronco (C)

(D)

|  
sob pena de um futuro  
nada promissor para a  
humanidade

|  
já que assim o demonstram os  
os exemplos das Guerras mundiais,  
da destruição do meio ambiente, e  
das previsões terríveis, na literatura,  
de autores como Huxley, Orwell e Kafka (W)

Essa crítica aos efeitos que podem ser gerados pela ciência tem o fulcro de fazer com que os defensores mais assíduos das pesquisas com células-tronco, que acreditam nos benefícios que as mesmas trarão, pensem mais refletidamente acerca do projeto que estão defendendo, e dos efeitos danosos que podem advir dele. Diante de um quadro de desenvolvimento tecnológico acentuado, onde os limites ainda não foram estabelecidos,

Lewandowski se preocupa com a postura ética a ser adotada diante da proteção do que chamou de direitos de quarta geração (ou seja, aqueles decorrentes dos avanços tecnológicos e da bioengenharia), e lança mão de um argumento *ad terrorem* para prever um possível futuro devastador e preocupante<sup>8</sup> para a humanidade, caso os avanços tecnológicos não sejam acompanhados por uma regulação ética e jurídica. Para sustentar esse argumento *ad terrorem*, Lewandowski recorre aos exemplos da literatura: *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley; *1984*, de George Orwell; e *O processo*, de Kafka (p. 12 do voto). Desta maneira, é recorrendo, entre outras coisas, à literatura que Lewandowski busca convencer seus pares dos prejuízos que podem advir das pesquisas com células-tronco, caso elas não sejam autorizadas sem se observar uma série de preceitos éticos, como ele considera ser o caso da lei 11.105. Assim como Lewandowski recorreu à literatura e a um argumento de política comparativa para fundamentar seu voto, o Procurador-Geral da República recorreu a argumentos de caráter médico-biológico, e o ministro Marco Aurélio a um argumento de ares rousseauianos.

### **Conclusão**

Em um cenário de neopositivismo, o direito ainda preza por sua autonomia e por sua autopoiese. Buscando delimitar muito claramente suas fronteiras, o direito se afastou em relação a outros campos da sociedade, no intuito de se preservar da influência desses campos e manter sua identidade autônoma. No que tange às decisões judiciais, isso implicaria um fechamento operacional, onde o direito deveria buscar, a partir de seus próprios elementos e de sua própria estrutura, os instrumentos para o estabelecimento de uma decisão. Diante disso, os argumentos para uma decisão jurídica devem ser buscados dentro do próprio direito. Em um contexto positivista, isso implica em encontrar as repostas positivadas pelo ordenamento jurídico.

No entanto, em contextos sociais onde as mudanças sempre se processam de forma mais rápida e caótica do que pode a legislação acompanhar, o direito não apresenta, sempre, as respostas para o estabelecimento de uma decisão “pura”, baseada somente no próprio direito, como ocorre com os *hard cases*. Com isso, diante da

---

<sup>8</sup> Eis aqui um argumento pragmático, onde o ministro Lewandowski se vale das possíveis consequências futuras de um ato, no caso, consequências nefastas, para atribuir a mesma carga emocional e o mesmo valor às causas.

necessidade de uma decisão, os julgadores lançam mão de argumentos externos ao direito para que uma decisão possa, de fato, ser alcançada.

É o que pode ser observado no caso aqui apresentado, qual seja, a ADI 3510, com a busca pela inconstitucionalidade da lei de Biossegurança. A petição inicial do PGR é construída com base em argumentos biológicos e médicos, ancorados em argumentos das autoridades nessas áreas. O argumento do ministro Marco Aurélio é essencialmente político, de influência rousseauiana, ao passo que os principais argumentos do ministro Lewandowski são de política comparativa ou de ordem literária.

Isso não quer dizer que não existam argumentos jurídicos na construção da inicial e dos votos. No entanto, além de não serem argumentos “puros”, ou seja, somente jurídicos, os principais argumentos mobilizados são externos ao campo jurídico.

O que podemos observar, com a análise da decisão emitida na ADI 3510, é que a busca de um fechamento operacional do direito não condiz com a prática das decisões judiciais nos *hard cases*. A prática geral do direito continua ancorada, discursivamente inclusive, no positivismo. Contudo, as decisões difíceis apresentam situações nas quais figura a necessidade de recorrer a outros elementos, que não jurídicos, para sustentar a decisão, sob pena de se chegar a um quadro de indecidibilidade.

O que ocorre é um fluxo de argumentos (políticos, sociais, culturais, econômicos, religiosos, biológicos, etc) para o direito, característica da retórica aristotélica, que se torna fundamental para o estabelecimento de uma decisão. A retórica ganha novamente importância em circunstâncias de dúvida, na ausência de respostas absolutas, e traz como elemento inerente o fluxo dos argumentos entre os diferentes gêneros discursivos. Isso não compromete a identidade do direito, pois é uma característica de própria retórica. Nesse sentido, fica ao direito o direito de recodificar seu fechamento operacional que, nas práticas decisórias dos *hard cases*, não tem lugar.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARISTÓTELES. **Retórica**. Editorial Gredos: Madrid, 1999.

CARRILHO, Manuel Maria (organizador). **Retórica e comunicação**. Edições Asa: Coimbra, 1994

- DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Editora Vozes: Petrópolis, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Martins fontes: São Paulo, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação**. Atlas: São Paulo, 1989.
- HACKING, Ian. **Por que a linguagem interessa à filosofia?** Editora Unesp: São Paulo, 1999.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Martin Claret: São Paulo, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª edição. Martins Fontes: São Paulo, 2006.
- LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos. Ensaio de antropologia simétrica**. Editora 34: Rio de Janeiro, 1994.
- LEVINE, Donald. **Visões da tradição sociológica**. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Editora Vozes: Petrópolis, 2009.
- MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. São Paulo: Cosac Naify, 2003.
- MATURANA, H. & VARELA, F. **De máquinas y seres vivos**. Santiago de Chile: Universitaria, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.
- MEYER, Michel. **A retórica**. Editora Ática: São Paulo, 2007.
- \_\_\_\_\_. **As bases da retórica**. In: CARRILHO, Manuel Maria (organizador). **Retórica e comunicação**. Edições Asa: Coimbra, 1994.
- PARSONS, Talcott. “Durkheim e a teoria da integração dos sistemas sociais”, in G. COHN (org.), **Sociologia: para ler os clássicos**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977.
- PARSONS, T. et alii. “A general statement”, in **Toward a General Theory of Action**. New York: Harper Torchbooks, 1962.
- PERELMAN, Chäim. **Retóricas**. Martins Fontes: São Paulo, 2004.
- PERELMAN, Chäim & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação: A nova retórica**. Martins Fontes: São Paulo, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. I. 48ª Edição. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2005.
- TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. Martins Fontes: São Paulo, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Racionalidade e razoabilidade**. In: CARRILHO, Manuel Maria (organizador). **Retórica e comunicação**. Edições Asa: Coimbra, 1994.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; CUNHA MELO, Manuel Palácios; BURGOS, Marcelo Baumman. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Editora Revan: Rio de Janeiro, 1999.



WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva**. 2 v. UNB: Brasília, 1999.

[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)