

# RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: DA ABORDAGEM SISTÊMICA AO ENFOQUE NA ARGUMENTAÇÃO<sup>1</sup>

Wagner Silveira Rezende<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as relações que o direito e a política estabelecem através da argumentação, tendo como enfoque a decisão judicial em casos difíceis apresentados ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. A partir da análise de dois votos de um dos ministros do STF, em dois casos distintos, defende-se que política e direito podem estabelecer relações virtuosas entre si, sem que se perceba a política, necessariamente, como um problema para a neutralidade do direito. Para tanto, é preciso estabelecer críticas às abordagens formalistas e sistêmicas do direito, que imputam à política a corruptibilidade que o direito procura evitar. A retórica será o caminho utilizado para mostrar que a política pode contribuir para o estabelecimento de decisões no direito.

**Palavras-chave:** Srelações entre direito e política, teoria social, retórica;

## Abstrac

The present paper aims to analyze the relationship between law and politics from argumentation, using the hard cases presented to Brazilian Supreme Court as example. Analyzing two decisions of a judge of Supreme Court, in two different cases, it is possible to realize that law and politics relate each other virtuously. Therefore the politics is not a problem to the neutrality of law necessarily. To understand that, it is necessary to criticize the formalist approaches and the Systems Theory. Both of those approaches understand the politics as a way of corruptibility to the law. The rhetoric will be used to show that politics can help to make decisions in law.

**Keywords:** Relationships between law and politics; Social theory; Rhetoric.

## INTRODUÇÃO

O direito e a política podem estabelecer relações de diferentes formas e através de inúmeros canais. Em um modelo basilar de divisão dos poderes, baseado em Montesquieu (1982), a relação entre eles seria pautada por um equilíbrio onde os poderes do executivo (a política) seriam limitados pelas leis (o direito e a política), emanações da soberania popular, e garantidos pelo judiciário (o direito), se preciso. Essa forma estereotípica de postular a organização política e social ocupou a maior parte das discussões na ciência política e no direito, no que diz respeito a esse tema, e, ainda hoje, seus desdobramentos (como os checks and balances) mostram o quão influente essa concepção é para ambas as searas.

De saída, a preocupação é com os abusos que a política pode exercer como mecanismo de organização e manutenção da sociedade. O Estado de Direito seria uma maneira de garantir que

a política se mantivesse dentro de regras pré-estabelecidas, impedindo a instalação de uma insegurança generalizada no âmbito social, que pudesse descambar para o autoritarismo. Entre a política e a guerra, foi preciso optar pela política. No entanto, ela mesma precisaria de limites.

O contexto histórico de produção e expansão dessas ideias, e da visão do necessário controle do jogo político, pode ser pensado como justificativa suficiente para o temor diante da política. No entanto, o respaldo de exemplos históricos, principalmente os localizados na passagem para a modernidade, em especial, a Revolução Francesa e suas consequências, não nos autoriza a encarar a política como, única e exclusivamente, uma fonte de problemas inesgotáveis para a sociedade, cabendo ao direito o papel de corretor de seus desajustes. Ao passado, não resta dúvida, é preciso prestar atenção, mas o aprendizado

<sup>1</sup> O presente artigo tem como base a pesquisa que deu origem à minha tese de doutorado, defendida em 2014, cujo título é *As relações entre direito, política e sociedade: retórica e teoria da ação na análise da argumentação em casos difíceis no Supremo Tribunal Federal brasileiro*, sob a orientação do professor Raul Francisco Magalhães.

<sup>2</sup> Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

histórico não permite vislumbrar todos os desdobramentos do futuro. Além disso, essa atitude configuraria uma inversão da proposta de organização social com base na política. Seria ela um mecanismo para lidar com a complexa teia de relações sociais, permitindo o estabelecimento de uma sociedade possível, e não o elemento que poderia ameaçar a viabilidade desse projeto.

Essa forma de compreender as relações entre o direito e a política é extremamente restritiva, baseada em uma leitura reducionista das diversas maneiras pelas quais o direito e a política podem se relacionar. Apesar disso, trata-se de uma interpretação largamente difundida, tanto nos diversificados e desconectados argumentos do senso comum, quanto no âmbito dos estudos destinados à compreensão dessas relações, especialmente os oriundos do campo do direito. Há maneiras de tentar explicar os motivos pelos quais essa interpretação adquiriu tamanha adesão no campo do direito.

Mas, especificamente, o que significa dizer que as relações entre o direito e a política são pensadas a partir de um viés restritivo? Isso implica, antes de tudo, considerar que tais relações são mais amplas e complexas do que a leitura que aqui estamos chamando de restrita. O cerne da leitura reducionista, nesse caso, se relaciona com uma percepção, principalmente por parte do direito, mas que tende a ganhar adeptos fora dele, como no caso da percepção da própria sociedade, de que a política deve ser controlada, vigiada, corrigida, pois sempre propensa, como algo intrínseco e endêmico, a gerar corrupção, desconfiança, descontrole e abusos de poder. Assim, nada que venha da política pode ser pensado como algo virtuoso, mas, antes, como eivado de vício. A política passa a ser vista como uma fonte inesgotável de males, interpretação que, no caso brasileiro, parece vir acompanhada de um atestado de veracidade fornecido pela nossa história, repleta de exemplos demonstrando o quão pernicioso é nossa política.

A visão fornecida por esse quadro, muitas vezes, confunde a política com o que é feito dela, e também com os próprios políticos e seus atos. Diante de um grande conjunto de exemplos his-

tóricos, os vícios endêmicos de atores e grupos sociais (políticos) são transmitidos, na percepção de estudiosos e da sociedade em geral, à política ela mesma. Isso se manifesta de forma generalizada e difusa, exemplificada em opiniões que veem a política como um mecanismo incorrigível, indubitável e visceralmente, como corrupta e destrutiva.

A análise que dá ensejo a essa interpretação da política se concentra, contudo, no grande jogo que a política engendra, na política eleitoral, na política dos parlamentares do Congresso Nacional e na política que aparece de forma mais clara na grande mídia, tendo as eleições e os escândalos a elas ligados como os grandes motes e centros de atenção. Evidentemente, tudo isso faz parte da política, tomada como um todo, mas não pode ser encarado como a única forma sob a qual a política se manifesta. Essa política eleitoral teatralizada não engloba, em si, todas as relações e potencialidades da política na sociedade. As relações que ela pode estabelecer com o direito, por exemplo, não estão ligadas somente ao processo legislativo e ao condenável e alegado (quase como obviedade) desrespeito pela legislação no Brasil.

No que tange, particularmente, à sua relação com o direito, a política parece ser ainda mais odiosa. Ao desrespeitar o Estado de Direito, a política condena a soberania popular a ser apenas um ornamento de uma sociedade que se organiza a partir de estruturas diversas daquelas que coloca como fundamentais. O direito aparece, de forma dúbia, ora como vítima de um jogo de poder em relação ao qual não exerce grandes efeitos, sendo instrumentalizado de acordo com os interesses da política, e ora como uma espécie de cúmplice desse mesmo jogo, deixando-se, e contribuindo para, ser instrumentalizado. Há, ainda, uma interpretação, principalmente por parte dos juristas, que busca ver o direito como um foco de resistência, um mecanismo possível de controle e freio para os abusos inerentes à política. De um modo ou de outro, em qualquer uma dessas perspectivas, política e direito aparecem em planos opostos, antagônicos, como rivais (mesmo com o direito sendo instrumentalizado, a relação não seria de cordialidade).

Entretanto, a política não poderia ser pensada como dotada de elementos virtuosos? Especificamente, no que diz respeito ao direito, a política estabelece relações necessariamente destrutivas? Não parece ser o caso. A política atua, muitas vezes, como o mecanismo que permite que o direito seja exercido. Para que isso seja percebido, é preciso, contudo, se atentar para canais de comunicação entre o direito e a política que tradicionalmente são olvidados pelos estudiosos, tanto da ciência política, quanto do direito.

As decisões do judiciário, particularmente em casos que mobilizam temas de grande repercussão social, são um locus de análise importante para a compreensão das relações que a política estabelece com o direito. Em especial, no contexto brasileiro, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>3</sup> nos casos difíceis<sup>4</sup> permitem uma análise mais acurada do papel que a política pode exercer para que decisões sejam tomadas nesses casos.

Adotando a retórica como ponto de partida para a análise, é possível perceber que argumentos oriundos de outras searas, externas ao direito, como a política, por exemplo, são utilizados pelos ministros do STF para sustentarem decisões na corte. A própria estrutura do campo jurídico impõe a necessidade de se obter uma decisão, independente das respostas que o direito, em si, tem para oferecer. Impulsionados, pragmaticamente, pelo dever de decidir, os ministros justificam suas decisões com base em argumentos extrajurídicos, sem que isso comprometa, necessariamente, a identidade do campo, se configurando como abuso de poder.

Através dessa leitura, a política não se apresentaria, sempre e necessariamente, como um

problema para o direito, mas, antes, como um dos campos dos quais o direito poderia retirar os fundamentos de suporte em contextos de decidibilidade, como os tribunais. No lugar de perceber a política como problema, ela pode ser pensada como aliada, rechaçando a interpretação de que qualquer intervenção política no direito é necessariamente problemática e odiosa. A análise dessas relações a partir da argumentação abre vistas a uma nova leitura, onde a importância delas pode ser reconhecida.

Para o entendimento desse enfoque, é necessário, contudo, investigar os motivos pelos quais o direito tem uma visão tão pejorativa da política (e também de outros campos sociais, quando estabelecem relações com ele) e como ele constrói a imagem de si como um campo fechado e protegido de intervenções externas. Como se verá, a própria história de construção do campo científico do direito contribuiu nesse sentido. Além disso, argumentaremos, a proposta da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, e a forma como foi interpretada no âmbito do direito, se apresentam como mecanismos teóricos através dos quais a imagem de um direito autônomo e fechado pode ser construída e consolidada.

Além desta introdução, o artigo conta com dois tópicos e uma conclusão. No primeiro tópico, é analisada a imagem do direito como um sistema fechado, e suas consequências para a relação que estabelece com a política, a partir das abordagens de Michel Miaille, Niklas Luhmann e Pierre Bourdieu. O segundo tópico aborda as relações entre o direito e a política através da retórica, com enfoque na decisão judicial, tendo em vista o exemplo do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

<sup>3</sup> A escolha do STF se deveu a uma série de fatores: trata-se da corte de mais alta posição na hierarquia do judiciário brasileiro, e, por isso, são levados à sua apreciação conflitos que, muitas vezes, dizem respeito a temas que afetam a sociedade como um todo, e não apenas o âmbito dos litigantes; além disso, ao longo dos últimos anos, tem se tornado palco de uma série de debates sobre temas que, antes, eram discutidos em outras searas, como a política, por exemplo (a tese sobre a judicialização da política aborda justamente esse fenômeno; ver Vianna et alli, 1999). Isso não quer dizer, contudo, que as relações entre o direito e a política, da maneira como as estamos abordando neste artigo, só possam ser percebidas através da análise dos casos difíceis no STF. Embora a Suprema Corte se apresente como um contexto particularmente importante para análises como as apresentadas no presente artigo, tribunais de outras instâncias também poderiam ser objeto de estudo semelhante.

<sup>4</sup> Conceito mobilizado por Ronald Dworkin (2002) para, em regra, se referir aos casos em que as respostas jurídicas para problemas jurídicos não se encontram prontas e dispostas pelo ordenamento jurídico.

## A IMAGEM DO DIREITO COMO UM SISTEMA FECHADO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA SUA RELAÇÃO COM A POLÍTICA

A autonomia foi um elemento importante para o direito desde sua constituição como ciência. Durante todo o século XIX, e também no século XX, com discussões que, mesmo renovadas, perduram até hoje, o direito se pautou pela ideia de se tornar uma ciência autônoma. Michel Miaille (1994) registra o caminho percorrido pelo direito para que esse objetivo fosse alcançado. Primeiro, a dissociação em relação à teologia e à ideia de um direito constituído e legitimado com base na vontade divina. Em seguida, a dissociação do racionalismo filosófico e da metafísica.

A autonomia científica pressupunha a delimitação de um objeto singular, que pudesse caracterizar a ciência do direito, distinguindo-a de outras ciências destinadas ao estudo de fenômenos correlacionados, como a política, a ética, a filosofia, a sociologia, a antropologia, a história, entre outras. Isso significava determinar um objeto como sendo especificamente jurídico, ou a consideração de uma visão especificamente jurídica sobre determinados fenômenos. Por isso, a necessidade do afastamento da influência histórica da teologia e da filosofia no âmbito do direito, vista, pelos defensores de uma ciência notadamente jurídica, como entraves para a constituição de uma ciência autônoma, conforme relata Miaille.

A autonomia científica significa, principalmente, que o direito é, de fato, uma ciência própria, justificando sua existência por se destinar a um objeto de estudo singular. A busca por essa autonomia foi importante na história do direito, principalmente por permitir diferenciá-lo de outros campos do saber. Se até o Renascimento a fundamentação do direito tinha bases na teologia (referência em Deus, e não na sociedade), a modernidade experimentou um processo de laicização do direito, com sua fundamentação na natureza e na razão. Para Miaille, contudo, a substituição do divino pela razão e pela natureza como referências para a produção do direito manteve intacto o pano de fundo: o direito possuía suas referências em elementos externos ao

próprio direito, o que se apresentava como um problema à sua constituição enquanto ciência autônoma. Do ponto de vista científico, o problema era fundar o direito em elementos externos: “a ciência jurídica é governada por ‘conceitos’ e modos de raciocínio que lhe vêm de outro lado, de um sítio que é suposto ser o centro de todo o pensamento: a abstração metafísica” (MIAILLE, 1994, p. 40).

Miaille pontua os principais obstáculos epistemológicos (expressão que toma de empréstimo de Bachelard) que o direito enfrentou em busca de sua autonomia científica: a falsa transparência do direito, o idealismo das explicações jurídicas e o radicalismo da especialização do saber científico. Todos esses obstáculos ofereceram problemas para a relação do direito com outros campos sociais, como a política.

A falsa transparência do direito se relaciona com a influência do positivismo no âmbito jurídico. O empirismo passou, desde o século XIX, a ser tomado como o método fundamental no direito, baseado na observação e na experiência. Assim, o direito era definido com base no que era, experimentalmente, percebido como direito (em especial, as normas positivadas). O positivismo se apresentou como uma reação ao jusnaturalismo e à ideia de que direitos poderiam ser fundados na natureza. Reagindo contra a ingerência de valores no direito (MIAILLE, 1994, p. 44), o positivismo se dedicava ao estudo das regras concretamente criadas pelos homens e criticava duramente referências à moral e à política no âmbito do direito. Afinal, o direito não poderia ser fundado em elementos que lhe são externos. Assim, a crítica ao jusnaturalismo não era apenas relacionada ao conteúdo das normas, mas também ao fato de que elas possuíam referência fora do direito. O rechaço à política e à moral, portanto, tinha dois aspectos: uma recusa valorativa e uma recusa científica. A ciência positiva do direito deveria ser neutra, do ponto de vista moral e político, e fundada em si própria (autonomia científica).

A reação ao positivismo, no direito, veio através do idealismo, que apresenta tantas vicissitudes quanto a concepção que pretendia rechaçar.

Fundando o direito em um conjunto de ideias, como a de justiça, o idealismo padece de um completo descolamento em relação ao contexto histórico, político e cultural de produção do direito. As ideias são tomadas como o fundamento da realidade e o direito é pensado com base em abstrações, que, invariavelmente, dão uma noção pálida e ideológica do que, de fato, o direito é constituído. Essa concepção idealista tem como consequência uma espécie de universalismo a-histórico, de caráter evolucionista e etnocêntrico (todas as instituições jurídicas podem ser comparadas, no tempo e no espaço, com o direito europeu), e a um pluralismo explicativo (tudo pode ser explicado a partir de uma simples troca de perspectiva idealista).

Um terceiro obstáculo epistemológico pontuado por Miaille está relacionado ao processo de especialização do mundo moderno, com a consequente segmentação e compartimentação dos saberes científicos. Diante disso, a produção do conhecimento no direito se centra nos saberes específicos do campo, secundarizando a importância dos conhecimentos oferecidos pela ciência política, história, sociologia, antropologia etc. Ao jurista basta que compreenda o direito, tomado em sentido estrito, ou seja, baseado no conhecimento que ele próprio é capaz de produzir.

Esses três obstáculos epistemológicos apontados por Miaille, cada um à sua maneira, podem conduzir o direito ao isolacionismo, e não a uma real autonomia científica. O positivismo funda o direito naquilo que pode ser observado como direito, o que se configuraria, de saída, como um problema epistemológico, se afastando do âmbito da política e da moral, por serem fundamentos externos ao direito. O idealismo, por sua vez, desconsidera a importância da contextualização política, histórica e cultural da produção do direito, relegando-o a um conjunto de ideias que pode ser substituído em qualquer ocasião, caso seja questionado. Por fim, a compartimentação do saber científico faz com que o direito mitigue a importância de conhecimentos externos a ele, se concentrando estritamente em conhecimentos que ele próprio construiu em seu processo de especialização (reduzindo a complexidade do fenômeno jurídico). Em todos os casos, os elemen-

tos externos são vistos de forma problemática e pejorativa. No que diz respeito à política, portanto, levando em consideração essas características históricas do direito, ela não poderia ser um dos fundamentos ou referências do direito (positivismo), não seria levada em conta como elemento explicativo para a produção do direito (idealismo) e não poderia ser vista como um conjunto de conhecimentos que contribui substancialmente para a formação do jurista (especialização científica).

A busca pela autonomia científica por parte do direito e as consequências que ela engendra guardam afinidades com a autonomia operacional do direito, elemento que afeta decisivamente sua relação com outros campos sociais, em particular com a política. Embora a autonomia científica não seja o mesmo que a autonomia operacional, elas possuem pontos de aproximação. O projeto mais bem acabado de proposta de autonomia operacional, e que mais teve implicações e desdobramentos no âmbito do direito, é oferecido pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e pelas apropriações que dela foram feitas na esfera jurídica.

Luhmann é tomado como um autor de pensamento extremamente refinado e complexo (VANDENBERGHE, 1999), o que, para os críticos, significa um pensamento mais confuso do que explicativo. Sua extensa obra tem como fio comum a proposta de uma teoria sistêmica que explique a sociedade como um todo (LUHMANN, 1982). Influenciado por Parsons, Luhmann mantém a perspectiva funcional como guia para sua proposta de uma teoria social.

Em sua obra de referência para a compreensão da perspectiva sistêmica que adota (Introdução à Teoria dos Sistemas, 2010), Luhmann parte de uma crítica direcionada às premissas de sustentação da teoria social clássica. De acordo com ele, as ciências sociais não se mostram capazes de compreender a enorme complexidade da sociedade atual, tendo em vista a perspectiva limitada sobre a qual se sustentam. A sociedade, na concepção luhmanniana, não pode ser entendida como uma reunião de agentes humanos com interesses próprios, e dotada de estruturas

próprias, elementos sobre os quais o sociólogo, se afastando daquilo que deseja observar, é capaz de compreender a partir da adoção do ponto de vista de um observador externo.

Luhmann criticará, particularmente, a noção de agente individual humano, a noção de observador e, em última instância, o próprio conceito de sociedade, tendo como norte, sempre, o conceito de sistema. Partindo do diagnóstico da extrema especialização do mundo (característica da modernidade reconhecida por outros autores, como Weber e Durkheim, e articulada ao diagnóstico da hipercomplexidade social), Luhmann vê surgir sistemas funcionais (chamados de subsistemas), que se desenvolvem no seio da sociedade, também vista como um sistema. Tais subsistemas possuem características próprias e exercem funções específicas e singulares. O sistema social seria formado por esse conjunto de subsistemas especializados, caracterizados por sua autonomia em relação aos demais subsistemas e pela execução de funções específicas.

Além de autônomos, os subsistemas são percebidos como entidades capazes de ação. Para que essa ideia seja compreendida, Luhmann rechaça o conceito de ação da maneira como foi estabelecido e consolidado no seio das ciências sociais. Ele será um crítico contumaz da noção de agência relacionada a indivíduos humanos dotados de interesses, vontades e cognição, capazes de, a partir de sua racionalidade, instrumentalizar as estruturas sociais quando agem. De acordo com Luhmann, essa noção de agência, centrada nos indivíduos, retira o fundamento social da sociedade. Tal fundamento será encontrado, por sua vez, no funcionamento dos subsistemas. Serão eles a serem percebidos como capazes de ação, na medida em que interagem com outros subsistemas, reagindo internamente a essas interações. A ação centrada no sistema e não nos indivíduos humanos fez com que Luhmann fosse taxado, pelos críticos, de anti-humanista. Em sua proposta, os seres humanos não pertencem ao sistema social, composto exclusivamente por comunicações, mas, antes, ao seu ambiente. Aliás, os próprios indivíduos são pensados como

sistemas psíquicos. A ação permanece existindo, mas, do ponto de vista da análise social, só interessa a ação sistêmica.

Os subsistemas surgem a partir de uma necessidade do mundo complexo moderno, possuindo uma existência real, portanto (a perspectiva luhmanniana é ontológica, embora ele rechace qualquer ontologia, LUHMANN, 2010). O direito, a política, a economia, todos eles se apresentam como subsistemas sociais, dotados de características próprias, que os diferenciam dos demais. No entanto, os subsistemas possuem elementos comuns. Além de reais e funcionais, eles são percebidos por Luhmann como caracterizados por uma autonomia operacional completa, o que os faz herméticos em relação a influências externas, que poderiam levar à destruição ou perda de identidade e sentido do subsistema em questão.

Para justificar como os subsistemas sociais podem ser herméticos, Luhmann recorre à ideia, caríssima à teoria sistêmica, de autopoiesis, conceito que toma de empréstimo<sup>5</sup> da biologia de Maturana e Varela (1998). A autopoiesis é uma espécie de autonomia sistêmica que pressupõe que o sistema jamais entra em contato direto com o ambiente que o circunda (o ambiente é definido como aquilo que não é sistema, estabelecendo, dessa forma, uma diferença, LUHMANN, 2010), embora dependa dele para sua própria reprodução interna. Através da autopoiesis, o sistema (agente) é capaz de selecionar (todo sistema é dotado de capacidade seletiva) elementos do ambiente que o interessam, fazendo um trabalho contínuo de retradução interna, a partir de seu código e de sua linguagem característicos. Todo sistema possui um código binário próprio, que retrata uma única operação singular, diferente de todos os outros sistemas. A autopoiesis garante que o sistema se reproduza, se organize, se mantenha, se desenvolva, selecione elementos do ambiente e crie sua operação peculiar, a partir, única e exclusivamente, de seus elementos internos (LUHMANN, 2010). Assim, o sistema se irrita com o ambiente, de forma seletiva, mas jamais entra em contato direto com ele, mantendo fron-

<sup>5</sup> Aplicação da autopoiesis para a explicação da sociedade, como na proposta luhmanniana.

teiras herméticas e bem definidas com o mesmo.

Sustentado por operações próprias, se valendo de código e linguagens igualmente singulares, e dotado de autonomia para realizar essas operações, o sistema faz gerar sobre si uma imagem que impede que influências externas ao próprio sistema sejam percebidas como elementos importantes. Antes, tais influências são vistas como destrutivas, como interferências. O externo é imediatamente rechaçado, em prol da manutenção da identidade, da necessária autonomia e da própria existência do sistema.

Ponto crucial para a compreensão da proposta luhmanniana é a mudança que o autor propõe em relação ao conceito de observador. Na concepção sistêmica, os sistemas são observadores de outros sistemas. Como os sistemas são observadores de toda a realidade social que os circunda, fazendo seleções a partir dessa observação (orientada a partir do sentido próprio que o sistema é capaz de dar), a observação se torna uma observação de segunda ordem, ou seja, os sistemas realizam uma observação da observação, observando o que outros sistemas observam.

Luhmann tentou explicar toda a sociedade a partir da Teoria dos Sistemas, inclusive fenômenos tomados como menos plausíveis de serem entendidos sobre essa ótica, como no caso do amor<sup>6</sup> (LUHMANN, 1991). No entanto, entre todos os sistemas sociais investigados por Luhmann, foi o direito, sem dúvida, o que mais se apropriou da perspectiva sistêmica proposta por sua teoria. O direito foi o que mais viu repercussões da Teoria dos Sistemas em seu bojo, experimentando uma série de desenvolvimentos a partir da leitura de Luhmann, incluindo desdobramentos e diferenciações em relação a ela.

No direito, a Teoria dos Sistemas foi vista, por muitos autores, como uma concepção teórica extremamente sofisticada e propícia para fornecer as justificativas necessárias para um campo que já se pensava como sistema hermético, mesmo antes da proposta luhmanniana aparecer e exercer seus impactos. A história da busca da au-

tonomia científica do direito já mostrava isso. Entretanto, a Teoria dos Sistemas apresentava afinidades tão grandes com o discurso oficial do direito, e com o anseio que o campo tinha em relação às suas potencialidades, que acabou por se tornar uma perspectiva adotada por muitos juristas. Uma série de estudos mostram o peso que a teoria sistêmica teve para o direito, tais como os de Campilongo (2000), Gontijo (2008), Baeta Neves & Samios (1997), Kunzler (2004), Mello (2006), Nascimento (2006), Neves (1996 e 2006), Simioni (2012), Teubner (1984) e Trindade (2008). Além disso, o próprio Luhmann dedicou uma obra específica<sup>7</sup> (no Brasil, lançada em dois volumes) ao estudo do direito, com base na perspectiva sistêmica.

A partir das principais características atribuídas, pela teoria, aos sistemas, o direito, nessa concepção, pode ser entendido como um subsistema social, dotado de autonomia operacional completa (autopoiesis), hermético em relação às influências do ambiente que o circunda, exercendo funções próprias no sistema social (que não poderiam ser exercidas por nenhum outro subsistema), possuindo uma linguagem e um código binário (direito/não-direito) próprios, selecionando no ambiente aquilo que lhe interessa e dando sentido ao que foi selecionado. A imagem é a de um sistema que não sofre interferências de nenhum outro subsistema social, operando e se reproduzindo a partir de si mesmo.

Do ponto de vista prático, isso significaria que o direito, por seu fechamento operacional, não sofreria influências de subsistemas sociais como a política, a moral e a economia, por exemplo, sendo capaz de manter uma neutralidade e uma autonomia em relação a eles, escapando, por essa visão, das críticas feitas pela tradição marxista, por exemplo (que Miaille, como vimos, definiu como abordagem instrumentalista de análise do direito). Nenhuma influência política seria admitida no direito. Apenas o direito, como sistema, poderia selecionar, a partir de si próprio e de seus elementos, aquilo que lhe interessa.

Tomando a decisão judicial como exemplo,

<sup>6</sup> Para mais, ver *O amor como paixão. Para a codificação da intimidade*.

<sup>7</sup> *Sociologia do direito I* (1983) e *Sociologia do direito II* (1985).

isso implicaria o reconhecimento de que as decisões são tomadas, única e exclusivamente, com base em elementos jurídicos. Os argumentos que fundamentam a decisão devem refletir o código do sistema, e apenas uma argumentação estritamente jurídica deve conduzir as decisões jurídicas. Assim, argumentos externos ao campo são, de antemão, rechaçados como possíveis para que uma decisão seja estabelecida no âmbito do direito. Voltaremos ao tema das decisões judiciais no tópico seguinte.

As possíveis interferências da política no âmbito do direito, particularmente, são vistas pela Teoria dos Sistemas como um dos grandes problemas que o sistema jurídico deve enfrentar para manter sua autonomia e seu fechamento operacionais (LUHMANN, 1983). Na abordagem de Marcelo Neves (2006), por exemplo, um dos principais representantes da tentativa de utilização da abordagem sistêmica para explicar a sociedade brasileira, esse temor em relação à política fica claro. O sistema jurídico brasileiro é visto pelo autor como aberto, permitindo a interferência, necessariamente perniciosa, da política (mas também da economia) em seu âmbito, o que leva a problemas de efetivação do código binário do direito e à reprodução de injustiças e desigualdades.

A abordagem sistêmica, da forma como foi aplicada ao direito, portanto, gera a imagem de um direito autônomo e hermético, que não estabelece (como todo sistema) nenhum contato direto com o ambiente circundante, e que se reproduz, apenas, a partir de seus próprios elementos. Tomada de maneira radical, essa abordagem pode conduzir a um autismo social, fazendo com o que o sistema jurídico se isole, perdendo contato com o mundo social. Se não era essa a intenção de Luhmann com a aplicação da Teoria dos Sistemas para o entendimento do direito, esse é, entretanto, um risco que o direito corre. E a política, nessa imagem hermética do direito, se apresenta como um potencial adversário do bom funcionamento do sistema jurídico. A Teoria dos Sistemas se torna, assim, a melhor representante de um discurso oficial que o direito constrói, em busca da legitimidade, para si mesmo, como mostra a leitura de Bourdieu sobre o campo ju-

rídico.

Pierre Bourdieu (2012) analisa o direito como um campo, de acordo com as características que compõem esse conceito (a presença de atores disputando posições privilegiadas, a estrutura interna de regras que condiciona os comportamentos, a disputa entre os diversos campos). Sua análise assume um tom de denúncia de um campo que apresenta um discurso oficial bastante diferente de sua práxis.

De acordo com Bourdieu, duas visões ocupam o centro das explicações sobre o direito: o formalismo jurídico e o instrumentalismo. Nenhuma das duas leituras, contudo, condizem com o que, de fato, é o direito. De acordo com o formalismo jurídico, o direito possuiria uma autonomia absoluta em relação ao mundo social, vendo a si próprio como um sistema autônomo e fechado (2012, p. 209). Assim, sua compreensão partiria da análise apenas de elementos internos. Trata-se de uma leitura do direito pelo direito. A história do campo seria, assim, a “história do desenvolvimento interno dos seus conceitos e métodos” (idem, 209). Por essa perspectiva, o direito possuiria um pensamento específico, livre de influências sociais e políticas. O afastamento da política, em especial, se daria em duas frentes: primeiramente, em função de um caráter lógico-científico, pois o direito seria uma ciência própria e independente; além disso, o rechaço se daria por um caráter ético, pois a política é o terreno das paixões e da disputa pelo poder, ao passo que o direito seria a antítese disso. O discurso oficial do formalismo para o direito se baseia em duas características fundamentais para assegurar a legitimidade do direito, todas elas se colocando em oposição à política: a neutralidade e a racionalidade. O que garante a manutenção dessas características é o hermetismo que caracteriza o direito, baseado na recusa da interferência de elementos externos.

Por sua vez, o instrumentalismo vê o direito a partir de uma ótica oposta. O direito seria incapaz de manter sua neutralidade e sua racionalidade, em virtude de não possuir autonomia diante dos demais campos sociais, particularmente a economia e a política. Sem conseguir

ser hermético, o direito estaria aberto às interferências de elementos externos, que distorceriam seus princípios fundamentais, fazendo valer, em seu interior, uma lógica exógena. Por essa perspectiva, o direito seria, portanto, instrumentalizado diante de interesses políticos e econômicos específicos. Nos termos da tradição marxista, o direito seria o resultado, na superestrutura, das relações de poder ocorridas na infraestrutura da sociedade. Assim como no formalismo, as influências externas são vistas como problemas para o campo jurídico.

Para Bourdieu, as duas abordagens devem ser rechaçadas, pois fornecem visões reduzidas no direito. A autonomia absoluta pregada pelo formalismo é caricata e existe apenas de forma parcial, ao passo que o instrumentalismo não é capaz de reconhecer que essa autonomia existe, mesmo que maneira parcial. Com isso, o direito se vincularia ao mundo social e político de modo mais efetivo do que o formalismo tende a reconhecer, e de modo menos dependente do que faz crer a leitura oferecida pelo instrumentalismo.

A Teoria dos Sistemas, de Luhmann, é criticada por Bourdieu como uma caricatura do formalismo jurídico, na verdade, como sua visão mais radical, excessivamente abstrata e desconectada da realidade. A perspectiva sistêmica reforçaria a *illusio* da leitura do direito sobre si próprio

(...) compreende-se que, na medida em que a teoria dos sistemas apresenta com um nome novo a velha teoria do sistema jurídico que se transforma segundo as suas próprias leis, ela forneça hoje um quadro ideal à representação formal e abstrata do sistema jurídico (BOURDIEU, 2012, p. 211).

Na visão de Bourdieu, a Teoria dos Sistemas nada mais faz do que apresentar uma visão renovada do formalismo jurídico, mas sem inovações substanciais na leitura que fornece. Em ambas as propostas (Teoria dos Sistemas e formalismo jurídico), o pano de fundo é a ideia de que o direito é hermético, livre das influências sociais e capaz de explicar a si próprio com base em seus elementos internos. Ao encontrar fundamento em si mesmo, como na justificação kelseniana da norma fundamental (KELSEN, 2009), o direito cria a aparência de existir um fundamento

transcendental das normas, que, somado a um corpo de intérpretes especializados (dotados de um *habitus* e um comportamento autorizados e influenciados pelo campo) e a uma linguagem própria (organizada para ser neutra, a partir de construções passivas e frases impessoais), reforça a imagem de neutralidade e independência do campo.

Bourdieu não define o direito como sistema, no sentido luhmanniano, que ele critica como reforço do discurso oficial do direito. Isso significa que ele mantém os atores, individuais e coletivos, como elementos importantes para o entendimento da dinâmica do campo do direito. É justamente a partir disso que se torna possível descortinar as práticas jurídicas, conflitantes com o discurso construído pelo direito para si próprio. O campo jurídico seria permeado por disputas de posição entre teóricos e práticos. Os teóricos, mais afeitos ao formalismo jurídico, se caracterizam pela busca de posições puramente jurídicas e abstratas, para, dessa forma, contornar os problemas de lacunas no sistema. Seu trabalho, em princípio, é evitar macular o direito com as influências exógenas. Os práticos, por sua vez, como os juízes, são mais atentos às situações concretas, recorrendo, muitas vezes, ao que não é direito para o estabelecimento de decisões.

A decisão judicial, assim, se apresenta como um elemento particularmente importante para perceber as incongruências entre o discurso oficial do direito e seu fazer prático. Os juízes, diante das situações concretas que lhes são apresentadas, recorrem a elementos externos e às potencialidades de interpretação das normas para adaptarem o direito à realidade. Com isso, para Bourdieu, os juízes criariam o direito. No entanto, essa *creatio* é ocultada em nome da manutenção da imagem de que o direito é produto do racionalismo, e não da invenção pragmática de atores especialmente posicionados no interior do campo. Isso permite manter a ilusão de que o direito é algo *sui generis*, científica e eticamente, e dotado de uma construção pura e imaculada.

Diante disso, ao mesmo tempo em que o espaço de arbitrariedade dos juízes, no momento da decisão, é visto como um terreno não abso-

lutamente controlado, é feito um trabalho de racionalização do direito, revestindo de jurídico aquilo que, em princípio, não é:

O trabalho de racionalização, ao fazer aceder ao estatuto de veredito uma decisão judicial que deve, sem dúvida, mais às atitudes éticas dos agentes do que às normas puras do direito, confere-lhe a eficácia simbólica exercida por toda a ação quando, ignorada no que têm de arbitrário, é reconhecida como legítima (BOURDIEU, 2012, p. 225).

Esse trabalho é necessário para a manutenção da legitimidade do campo, baseada na neutralidade e na racionalidade jurídica pura. Por isso, a defesa da aplicação da lei pela lei: “a entrada no universo jurídico, por implicar a aceitação tácita da lei fundamental do campo jurídico, tautologia constitutiva que quer que os conflitos só possam nele ser resolvidos juridicamente – quer dizer, segundo as regras e as convenções do campo jurídico” (BOURDIEU, 2012, p. 229).

A manutenção dessa imagem explica a visão pejorativa em relação aos elementos exógenos. Com fundamento em si próprio, o direito não pode reconhecer, sem perder sua legitimidade, que elementos externos ao campo (como os políticos e os éticos) tenham lugar onde, na verdade, somente a norma pura deveria incidir. Com isso, o direito cria a imagem do incorruptível, oposta à da política. A neutralidade é o que garante a legitimidade do direito. Por isso, mesmo quando a decisão é tomada com base em elementos exógenos, é preciso que ela ganhe o verniz do jurídico: “não é raro, decerto, que o direito, instrumento dócil, adaptável, flexível, polimorfo, seja de fato chamado a contribuir para racionalizar *ex post* decisões em que não teve qualquer participação” (BOURDIEU, 2012, p. 224).

A leitura de Bourdieu sobre o campo jurídico aponta para a criação de um discurso oficial do direito em relação a si próprio, baseado no rechaço, científico (como também mostra Miaille) e ético, em relação à política (e aos demais campos sociais), fundamentando seu fazer apenas em seus elementos internos. A neutralidade e a racionalidade são tomadas como os suportes fundamentais de um campo que se coloca como um sistema hermético, encontrando na Teoria

dos Sistemas uma construção teórica bem acabada. Contudo, a decisão judicial é um bom exemplo para mostrar a fragilidade desse discurso, bem como sua incongruência com a práxis dos juízes, visto que esses atores se valem de elementos exógenos ao direito para o estabelecimento de decisões.

Apesar do caráter crítico da abordagem de Bourdieu em relação ao campo jurídico, a presença de elementos externos ao campo, no fazer prático dos juízes para a tomada de decisões, não é vista como um elemento importante para a relação que o direito estabelece com outros campos, particularmente com a política. Antes, o caráter é de denúncia, afirmando que o discurso da autonomia e hermetismo do direito não passa de uma ilusão que o campo cria sobre si próprio, a fim de manter sua legitimidade com base na neutralidade.

Nas três leituras sobre o direito que aqui abordamos, há um pano de fundo comum, mesmo com todas as diferenças que elas apresentam. Miaille mostra a dificuldade do direito em lidar com elementos externos, ao longo de sua história em busca da autonomia científica. Embora a autonomia seja um elemento essencial para a constituição de uma ciência com características próprias, ela jamais é absoluta e, no caso do direito, a busca pela autonomia científica significou um isolamento do direito em relação a outros campos sociais. No caso da Teoria dos Sistemas, a autonomia operacional do direito é a característica essencial de sua definição como um sistema autopoietico, o que implica hermetismo em relação aos elementos externos, que jamais são capazes de integrar o sistema, sob pena da perda de sua identidade ou mesmo de sua destruição. Quando não é descrita, como no caso do próprio Luhmann, ou seja, tomada como real, a autonomia operacional é tomada como um dever ser (como em Marcelo Neves). A leitura de Bourdieu, tomando o direito como um campo, denuncia, por sua vez, a incongruência entre o discurso oficial do direito como um sistema hermético, livre de influências exógenas, e a prática dos juízes, através da qual essas influências integram o corpo das decisões, embora essa prática seja acompanhada por um processo de ocultamento de tais

influências.

Em todos os casos, a imagem é a de um direito inviolável, incorruptível, hermético e autônomo. Na verdade, a autonomia é vista como uma necessidade para manter a identidade e a legitimidade do campo. No que diz respeito às relações que estabelece com a política, fica claro que tais relações são encaradas de um ponto de vista problemático, terminando com o diagnóstico da instrumentalização do direito pela política, ou com o sucesso do hermetismo, mantendo as influências da política longe do direito. Em nenhum dos casos, há um vislumbre de que a política pode ser pensada como elemento importante para o direito. Ela é sempre a antítese, a oposição, aquilo que deve ser evitado. Incorruptível, no caso do direito, significa, justamente, o controle da interferência política. No entanto, os limites da autonomia nunca ficam claros. Até que ponto as influências da política são perniciosas? Em algum contexto, as relações entre o direito e a política podem ser pensadas como produtivas e importantes para ambos os campos? Para que isso possa ser pensado, é necessário, antes de tudo, romper com a ideia de que o direito é (ou deva ser) um sistema autopoietico, hermético e absolutamente autônomo. Tal visão leva o direito a um insulamento através do qual toda e qualquer influência sobre si é vista como pejorativa, principalmente a influência política.

### **DECISÃO JUDICIAL, RETÓRICA E AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E POLÍTICA ATRAVÉS DA ARGUMENTAÇÃO: O EXEMPLO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Um elemento particularmente representativo do direito, e das relações que ele pode estabelecer com outros campos sociais (ou sistemas, na definição de Luhmann), é a decisão judicial. O direito, evidentemente, não se resume à decisão judicial, mas ela é uma parte importante para o campo. A decisão representa, na abordagem funcionalista, o cumprimento de uma função social do direito, qual seja, a resolução de conflitos sociais levados à apreciação dos tribunais. Luhmann (1983) rechaça a abordagem da sociologia do direito com base no estudo das decisões

judiciais e no entendimento dos tribunais. De fato, o direito é mais amplo do que isso, mas ele é, antes de tudo, isso também.

Escolhemos a decisão judicial como o elemento para analisar as possíveis relações que o direito estabelece com a política, contrapondo tais relações com o que a abordagem sistêmica propõe para o direito, porque a decisão judicial tem ficado, cada vez mais, em evidência diante da sociedade como um todo. No propagado mundo fechado do direito, conhecido apenas por advogados e especialistas, a decisão dos tribunais em casos de grande repercussão social tem gerado o envolvimento de toda a sociedade. Além disso, a decisão coloca em cena a argumentação, um canal promissor para o estabelecimento de relações entre o direito e outros campos sociais, incluindo a política. A adoção de uma perspectiva retórica para analisar a decisão levanta sérios questionamentos acerca de uma abordagem hermética do direito, questionando, em consequência disso, a visão pejorativa em relação à política.

A decisão judicial, conforme Bourdieu faz notar, é tomada por agentes que, ao mesmo tempo em que se valem dos mais variados argumentos para o estabelecimento de uma decisão para o conflito que está sendo apreciado pela corte, ocultam esse recurso a elementos externos em função da manutenção da legitimidade do campo, fundada, essencialmente, na neutralidade. A análise de Bourdieu acerta, primeiramente, em reconhecer o papel de indivíduos no estabelecimento da decisão, não negando importância ao agir humano, e, além disso, em reconhecer que as decisões são tomadas, em muitos casos, com base em elementos (argumentos) externos, ou seja, não somente naqueles pertencentes ao direito. No entanto, como notamos, Bourdieu vê isso como uma denúncia à falta de neutralidade, base do discurso jurídico oficial.

Contudo, a partir de uma análise que tem como centro a retórica, o recurso a elementos externos ao direito pode ganhar nova roupagem para o entendimento das relações entre o direito e a política, tomando como ponto de partida a decisão judicial. O primeiro ponto é o reconhecimento dos atores humanos como agentes. O campo do direito (e não o sistema) é formado por estruturas próprias (que podem constranger ou facilitar a ação dos indivíduos<sup>8</sup>) e por agentes. Os juízes compõem esse grupo de agentes. Eles são condicionados, pela própria estrutura do campo, a partir do princípio da proibição do

<sup>8</sup> Para mais sobre a perspectiva da estrutura como condicionante e facilitadora da ação, ver Giddens (2009) e Rezende (2014).

*non liquet*<sup>9</sup>, ao estabelecimento de uma decisão, independente da complexidade do caso apresentado. Em outras palavras, deve sempre haver uma decisão para os casos que são levados à apreciação dos tribunais. O segundo ponto importante é o reconhecimento de que, nem sempre, o direito é capaz de fornecer as respostas para a solução dos casos. Isso é particularmente verdade para os chamados *hard cases*, casos em que as respostas para sua solução não estão dadas de imediato no ordenamento jurídico. Além disso, tais casos costumam ser permeados por grande repercussão social.

Sendo assim, com atores condicionados a obter uma decisão de qualquer maneira e nem sempre munidos de elementos jurídicos para fazê-lo, os juízes recorrerão a elementos externos ao direito para que estabeleçam uma decisão. Então, um terceiro ponto importante entra em cena. Por força da estrutura do próprio campo, os agentes decisores se veem obrigados a não apenas decidirem, mas, antes, a justificarem suas decisões. A justificação da decisão é elemento crucial para o estabelecimento da mesma, e não apenas seu comando final deve ser tratado como decisão. Para justificarem suas decisões, os juízes o fazem tendo em vista o convencimento de um grupo de interlocutores: seus pares nos tribunais, a sociedade como um todo (principalmente nos casos de grande repercussão) e a si próprios (toda argumentação é uma maneira de gerar convencimento para si mesmo<sup>10</sup>).

As decisões estão ligadas à produção de convencimento, lançando luzes sobre um quarto ponto essencial. As decisões são tomadas com base na retórica (REZENDE, 2010), na argumentação, tendo em vista a persuasão. A retórica, conforme postula Aristóteles (1999), tem como característica, entre outras, a fluidez entre os gêneros discursivo<sup>11</sup>. Argumentos típicos de um gênero discursivo, como o deliberativo (o político), podem ser utilizados em outro gênero, como o judicial, e o contrário também é verdadeiro. Assim, é característica da própria retórica a circulação de diferentes argumentos em diversos contextos.

Dessa forma, está montado o esquema de interpretação para o entendimento de como a decisão judicial pode fazer com que elementos externos ao direito sejam parte integrante do direito, sem que isso, necessariamente, seja uma ameaça para a integridade, identidade e manutenção do campo. Ao reconhecer que o direito não é um sistema, como propõem Luh-

mann e os adeptos da Teoria dos Sistemas no direito, mas sim um campo, formado por agentes específicos, a ação humana volta a ganhar importância explicativa. Os juízes são compelidos a tomar uma decisão em qualquer circunstância e, ao fazê-lo, devem justificá-la. Para tanto, se valem da retórica, caracterizada pela fluidez entre argumentos de diversas naturezas. Diante dos casos difíceis, as respostas não podem ser encontradas no direito de forma imediata, e, muitas vezes, sequer podem ser encontradas. Ao produzirem as decisões, os juízes, tendo em vista a necessidade justificatória, lançam mão de argumentos externos ao campo do direito.

A argumentação nas decisões judiciais, assim, pode ser entendida como um canal importante através do qual o direito se comunica com outros campos sociais, como a política, por exemplo. Argumentos políticos passam a ser mobilizados no campo do direito, com o objetivo de tornar justificáveis decisões que, de outra maneira, não seriam estabelecidas. Essa é uma forma de reconhecer que as relações entre o direito e a política podem ser estabelecidas a partir de um viés construtivo, resgatando, diante do direito, o elemento virtuoso da política, e não a imputando, sempre, o papel de elemento corruptor de uma (falsa) neutralidade atribuída ao direito.

A abordagem formalista do direito e a Teoria dos Sistemas, dificilmente, permitiriam, se levadas a cabo, uma interpretação dessa natureza. Ao apregoarem uma autonomia do direito, baseada em seu fechamento operacional, ambas as leituras excluem dos elementos externos ao direito a possibilidade de contribuírem para um fazer jurídico mais atento ao mundo social que o entorna. A política, nesse caso, seria relegada ao papel de problema.

Para exemplificar a leitura das relações entre o direito e a política que aqui estamos construindo, através da retórica, analisemos os votos (decisão formada pela justificativa de suporte e pelo comando final) do ministro (os juízes do Supremo são chamados de ministros) do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux<sup>12</sup>, já apresentados no bojo de outro trabalho (REZENDE, 2014). O STF tem

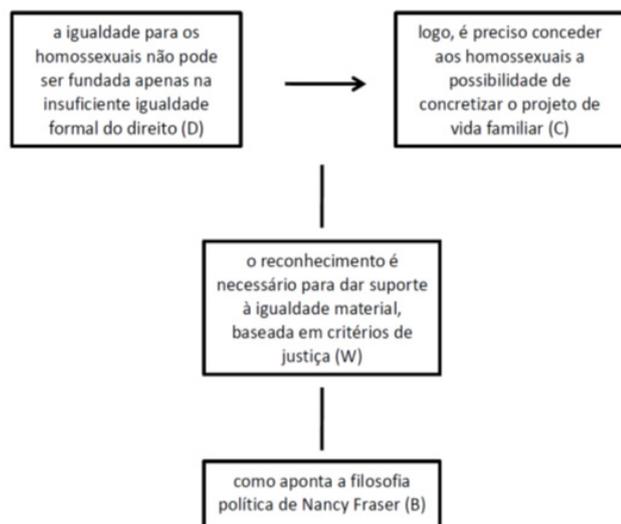
<sup>9</sup> Para mais sobre os *hard cases*, ver Dworkin (2002).

<sup>10</sup> Ver Magalhães (2003), na esteira de Boudon (1996).

<sup>11</sup> Para mais sobre os gêneros discursivos aristotélicos, ver Aristóteles (1999) e Rezende (2010).

recebido casos de grande repercussão social, o que o faz ser um locus importante para o tipo de análise que estamos propondo. Do ponto de vista metodológico, recorreremos ao layout<sup>13</sup> do argumento, de Toulmin (2006), para expor a estrutura dos argumentos.

Um dos argumentos de sustentação da decisão do ministro Luiz Fux, no bojo da ADI<sup>14</sup> 4277, sobre a constitucionalidade da união homoafetiva<sup>15</sup> no Brasil:



O caso discutia a constitucionalidade da união homoafetiva no Brasil. O ministro, durante todo seu voto, construiu uma argumentação a favor do reconhecimento de tal constitucionalidade. Um dos principais argumentos que mobilizou, exposto acima, teve como fundamento a política e a moral, recorrendo à filosofia política de Nancy Fraser, à qual o ministro faz referência direta. Segundo ele, a união homoafetiva deve ser reconhecida constitucionalmente, visto que é preciso dar aos homossexuais a possibilidade de concretizar um projeto de família (C, essa é

a conclusão do argumento). Para tanto, o ministro parte da ideia de que é preciso fazer mais do que um mero reconhecimento da igualdade jurídica, insuficiente no caso em tela. É preciso que se conceda reconhecimento aos homossexuais, conferindo uma igualdade material (além do direito), com base na ideia de justiça (W, a garantia do argumento), conforme atesta a filosofia de Nancy Fraser (B, a garantia da garantia). Esse argumento, central para o voto do ministro, é, essencialmente, extrajurídico, mas tornou possível uma justificativa para a decisão por parte de Luiz Fux.

Em outro caso, sobre a interpretação em relação ao aborto de feto anencefálico no Brasil<sup>16</sup> (ADPF<sup>17</sup> 54), o mesmo Luiz Fux recorrerá a outro argumento, de cunho ainda mais político do que aquele que construiu no bojo da ADI 4277, mostrado anteriormente. A conclusão à qual o ministro chega é a de que o aborto de anencefálos não deve ser criminalizado no Brasil (C), uma conclusão de cunho jurídico. Ele parte de duas ideias (D1 e D2): a de que o povo é soberano, devendo ser a base do direito; e a de que o povo, reconhecendo um direito natural, não é favor da criminalização do aborto de fetos anencefálicos. Para dar sustentação à passagem desses dois dados à conclusão, o ministro recorre aos argumentos políticos que dão sustentação ao contratualismo de Rousseau e ao pensamento jusnaturalista de Cícero, quais sejam, de que o povo é soberano e que, uma vez sendo contra a criminalização do aborto, politicamente, é esse o caminho a se seguir, não criminalizando tal prática, em respeito à alegada soberania popular. Essa estrutura argumentativa adotada por Luiz Fux é representativa de como elementos externos

<sup>12</sup> Não se trata de uma peculiaridade do ministro Luiz Fux decidir com base na retórica. Todos os ministros do STF assim o fazem. Para ver os votos dos demais ministros em outros casos, ver Rezende (2010 e 2014).

<sup>13</sup> A letra D representa o dado a partir do qual se parte para o estabelecimento de uma conclusão, representada, no esquema, pela letra C. A letra W é a garantia dada a D para que C seja estabelecida, uma vez que não se pode “saltar” do dado diretamente para a conclusão. Por fim, a letra B representa a garantia da garantia, ou seja, uma maneira de reforçar a garantia W, reforçando a segurança de se chegar à conclusão C a partir de D.

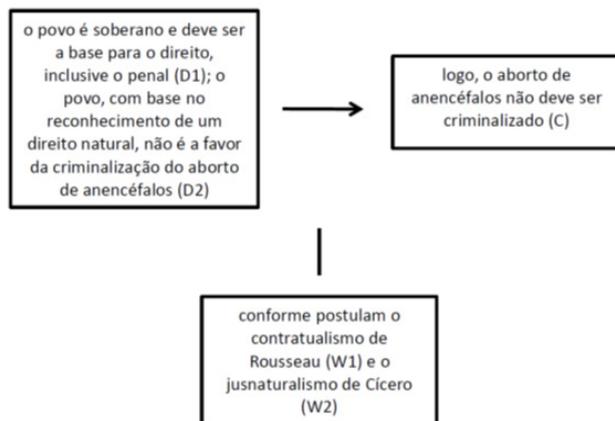
<sup>14</sup> ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Para mais, ver Rezende (2010).

<sup>15</sup> A repercussão social em relação à união homoafetiva, no Brasil, foi enorme. Além disso, o ordenamento jurídico carecia de normas e interpretações de aplicação imediata para o caso, o que o habilita a ser tratado como um hard case.

<sup>16</sup> Assim como no caso da união homoafetiva, a discussão sobre o aborto de feto anencefálico, no Brasil, foi tratada como hard case. Além da repercussão social, a necessidade de construir uma decisão sem que o direito apresentasse soluções imediatas habilita tal entendimento.

<sup>17</sup> ADPF – arguição de descumprimento de preceito fundamental. Para mais, ver Rezende (2014).

ao direito dão fundamento a decisões no âmbito do direito. A política, nesse caso, forneceu os principais argumentos para que o ministro pudesse chegar a uma decisão e justificá-la. A seguir, o layout do argumento de Luiz Fux:



## CONCLUSÃO

A análise dos votos do ministro Luiz Fux, aqui apresentados, servem como exemplos de como argumentos externos ao direito integram decisões jurídicas, permitindo que elas sejam tomadas mesmo diante de casos complexos e difíceis, para os quais o direito, em regra, não apresenta respostas estabelecidas. Nos dois argumentos aqui mobilizados, é a política que sustenta as decisões. O enfoque do presente artigo era justamente a política, mas argumentos de outras naturezas (sociológicos, antropológicos, religiosos, econômicos, etc) também integram o direito através das decisões judiciais.

Ao reconhecer que o direito não é produzido apenas com base no próprio direito, as propostas do formalismo jurídico e da Teoria dos Sistemas findam por não se apresentarem como propostas para uma leitura real do campo do direito. Através da atividade pragmática dos juízes (reconhecidos como agente inseridos em um campo com estrutura própria), os elementos externos ao direito passam a fazer parte do campo, sem que isso resulte em descrédito, corruptibilidade e ausência de identidade do campo jurídico. Se pensadas como dever ser, as propostas do formalismo e da Teoria dos Sistemas tampouco encerram sentido, na medida em que podem levar a um insulamento do direito, que o afastaria de qualquer conexão com o mundo que o entorna, conduzindo-o a um autismo social

indesejável.

A análise através da retórica, levando em consideração os argumentos mobilizados pelos juízes do STF brasileiro para o estabelecimento de decisões nos casos difíceis, permite vislumbrar formas de relação entre o direito e a política que não tratam as influências políticas, necessariamente, como ameaças para a neutralidade do direito. A política, assim como outros campos, pode influenciar o direito num sentido virtuoso, e não pernicioso, como pressupõe a defesa do hermetismo jurídico, com base na autopoiesis e no fechamento operacional.

Para que esse tipo de relação entre o direito e a política possa ser vislumbrado, é necessário reconhecer o direito como um campo que, embora seja dotado de características próprias, permanece aberto a influências externas. Tais influências, é verdade, não devem ameaçar o estabelecimento de critérios de justiça, mas elas não podem ser pensadas somente a partir desse viés. A política dá suporte, muitas vezes, para que decisões sejam estabelecidas, e não as comprometem, necessariamente. Essa abordagem pode servir como um ponto de partida para o resgate do aspecto virtuoso da política, principalmente tendo em vista sua histórica e conflituosa relação com o direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Retórica. Madrid: Editorial Gredos, 1999.

BAETA NEVES, Clarissa E. & SAMIOS, Eva M. B. Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1997.

BOUDON, Raymond. Tratado de sociologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

BOURDIEU, Pierre. Le champ scientifique. In: Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 2, n°2-3, junho de 1976.

\_\_\_\_\_. O poder simbólico. 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

- \_\_\_\_\_. Os usos sociais da ciência – por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Editora Unesp, 2004.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins fontes: São Paulo, 2002.
- GONTIJO, Lucas de Alvarenga. Direito, teoria dos sistemas e pragmatismo: ensaio sobre os usos da teoria dos sistemas a partir do confronto entre Niklas Luhmann e a filosofia pragmática. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, nº 16, 2008.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.
- \_\_\_\_\_. O amor como paixão. Para a codificação da intimidade. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.
- \_\_\_\_\_. Sociedad y sistema: la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós, 1990.
- \_\_\_\_\_. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- \_\_\_\_\_. The world society as a social system. Int. S. General Systems, vol. 8, pp. 131-138: Londres, 1982.
- MAGALHÃES, R. F. Racionalidade e Retórica – teoria da ação da ação discursiva. Juiz de Fora: Clio Edições Eletrônicas, 2003.
- MATURANA, Humberto. A ontologia da realidade. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- MATURANA, Humberto & VARELA, Francisco J. De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo. Santiago: Editorial Universitaria, 1998.
- MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito – Luhmann e Teubner. Tempo Social – revista de sociologia da USP, v. 18, nº 1, São Paulo, junho de 2006.
- MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 2ª edição. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- MONTESQUIEU, C. L. S. O espírito das leis. Brasília: UnB, 1982.
- NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. São Paulo: Lua Nova, nº 37, 1996.
- PERELMAN, Chäim. Retóricas. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, Chäim & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado de Argumentação: A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REZENDE, W. S. A retórica e o Supremo Tribunal Federal: o papel da argumentação na corte brasileira. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2010.
- \_\_\_\_\_. As relações entre direito, política e sociedade: retórica e teoria da ação na análise da argumentação em casos difíceis no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2014.
- \_\_\_\_\_. O STF como elite política a partir das práticas decisórias: o papel da argumentação. In: Revista Eletrônica de Ciência Política da UFPR, vol. 1, n. 2: Curitiba, 2010 (a).
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social ou princípios do direito político. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- TEUBNER, Gunther. Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blankenburg. Law & So-

ciety Review, volume 18, nº 2, 1984.

TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.