

QUAL A POSTURA NORMATIVA QUE O APLICADOR DO DIREITO NÃO DEVE TER?

WHAT IS THE NORMATIVE PERSPECTIVE THAT A JUDGE MUSTN'T HAVE?

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues¹

RESUMO

A partir da análise da recente decisão que versa sobre o aborto, esse trabalho busca inquirir a postura normativa que o aplicador do Direito deve apresentar, sobretudo, diante dessa discussão. Não se trata, então, de analisar o aborto sob a perspectiva de uma política judiciária. Valendo-se da sociologia luhmanianna, a autonomia do Direito e a diferenciação funcional entre os sistemas necessitam de um compromisso teórico e epistêmico do aplicador do Direito, sobretudo diante de uma sociedade hipercomplexa e multicêntrica. O voto-vista do Min. Barroso (HC nº 124.306/RJ, Primeira Turma, DJe 17/3/2017) representa uma postura inconsistente (juridicamente), que conduz a respostas jurídicas injustas. Pretende-se questionar a postura normativa do Min. Barroso, nesse voto em específico, a partir de uma inadequação metodológica e do seu realismo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Sistemas; Justiça; Norma Jurídica; Aborto.

ABSTRACT

From the analysis of the recent decision on abortion, this work seeks to inquire a normative posture that the judge must present, above all, in the face of this discussion. It is not a question of analyzing abortion from the perspective of a judicial policy. Using Luhmann's sociology, the autonomy of law and the difference of functionality between systems require a theoretical and epistemic commitment of the judge, especially in the face of a highly complex and multicultural society. Minister Barroso's vote-view (HC nº 124.306/RJ, First Panel, DJe 3/17/2017) represents an inconsistent juridical position, which leads to unjust legal issues. It is intended to question Min. Barroso's normative position, in this specific vote, based on a methodological inadequacy and its legal realism.

KEY-WORDS: Systems Theory; Justice; Juridical norm; Abortion.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a discutir o aborto, enquanto fato social e jurídico, para se inquirir a postura normativa que o aplicador do Direito não deve apresentar. Com enfoque no subsistema da Religião e da Política, não se propõe aqui analisar sobre o que Kelsen chamaria de política judiciária (ou seja, a luta pela aplicação correta de direitos ou o reconhecimento por mais direitos). Não se trata de defender ou não a legalização/descriminalização do aborto. Iremos propor um debate que irá discutir Teoria do Direito. Isso requer compromissos teóricos e, principalmente, epistêmicos, tanto do aplicador do Direito quanto do jurista que se propõe estudá-lo.

Isto posto, abordaremos o aborto como fato social, indicando um instrumento teórico que julgamos mais adequado para ilustrá-lo, para, em seguida, observar a comunicação que ele vem suscitando no sistema do Direito. Na análise do aborto, enquanto fato jurídico, a discussão abre o Direito a considerações filosóficas (cognição aberta), a partir de uma análise acerca das normas jurídicas e o discurso de Justiça que emerge nesse tema.

1 SOCIOLOGIA LUHMANIANA: INSTRUMENTO TEÓRICO ADEQUADO PARA SE DESCREVER O ABORTO ENQUANTO FATO SOCIAL E JURÍDICO

A temática do aborto está inserida na tensão entre os sistemas sociais (sobretudo, entre o Direito, a Política e a Religião). Neste capítulo, busca-se, concomitantemente, explicar conceitos fundamentais de Niklas Luhmann e defendê-lo como o marco teórico que, satisfatoriamente, concebe essa tensão. Aborda-se, então, o 1) mérito descritivo como Luhmann narra as interrelações sistêmicas, bem como 2) o rompimento com uma Teoria do Direito que se funda e tenha como “pano de fundo” a teoria weberiana da ação social.

A teoria dos sistemas sociais se vale da ideia de código binário para teorizar sistemas sociais como células (empreendimentos fechados, que se relacionam com os demais sistemas e o ambiente externo). Trata-se de uma espécie de realismo complexo, que propõe sistemas diferenciados funcionalmente, ou seja, sistemas que se desenvolveriam, operativamente, de forma fechada, a partir de uma reprodução autopoietica.

É o código binário que permite, então, a autopoiese² do sistema. Dessa maneira, na sociedade moderna, o Direito (assim como a Religião e a Política) seria um sistema funcionalmente diferenciado, reproduzindo-se a partir de uma comunicação interna e evoluindo a partir da estabilização do improvável³.

Dessa forma, a teoria luhmanniana apresenta a evolução⁴ social como um processo de complexificação e diferenciação funcional. Tal evolução pode ser descrita a partir de três conceitos/fases (variação, seleção e restabilização), tendo na comunicação a unidade elementar. A variação ocorre quando há uma distorção na comunicação dentro do modelo estrutural de comunicação autopoietica. A seleção acontece quando há a assimilação dessa variação. Em seguida, a restabilização torna resistente esse novo modelo assimilado⁵.

O sistema autopoietico-jurídico luhmanniano, dessa maneira, baseia-se em operações fechadas (código binário “legal/ilegal”) e cognição aberta, por meio da qual interage com os demais sistemas. É nessa interação com o exógeno social que o endógeno do sistema jurídico pode evoluir (a partir de um processo descrito acima de 1) variação, 2) seleção e 3) restabilização).

[...] A positividade do Direito exige que ele seja variável. Somente com o pressuposto da variabilidade do Direito é que se pode responder à questão de como se pode formar um sistema autopoietico-jurídico. Ora, o Direito vigente produz frustrações. No entanto, elas devem ser continuamente reprocessadas no seio das decisões jurídicas e então serem absorvidas para servirem de base à mudança do Direito. Assim, forma-se o sistema do Direito de forma autopoética. Fechado em seu interior, mas aberto ao entorno. Sua evolução reside na interação de sua parte endógena, absorvida pelo exógeno social.⁶

Dessa forma, a teoria de Luhmann se baseia na diferença para construir a unidade do Direito. A evolução deste é entendida como uma observação de segunda ordem do sistema. No cotidiano, habitualmente, aplicam-se normas jurídicas, cumpridas pelo alter-ego, sem

² Trata-se de uma categoria assimilada por Luhmann, cuja a origem remonta Humberto Maturana e Francisco Varela, que concebia, diferentemente de Luhmann, a autopoiese como uma característica intrínseca aos sistemas biológicos. Niklas Luhmann tem duas referências claras: 1) os sistemas cibernéticos, sobretudo com a ideia do código binário 0 1, e a 2) teoria de Maturana e Varela que explica a origem da vida.

³ Trata-se do chamado “paradoxo da probabilidade do improvável”. Nesse sentido, v. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ªEd., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 1. Segundo ele, “Ocorre evolução, portanto, quando aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema”.

⁴ Essa evolução, assim como na teoria evolucionista de Darwin, não indica uma evolução a graus superiores/positivos, ou a um grau de maior felicidade.

⁵ NEVES., op. cit., p. 2-5.

⁶ SCHWARTZ, Germano; NETO, Arnaldo Bastos Santos. **O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças**. Revista dos Direitos Fundamentais e Justiça, n. 4, 2008, p. 199

questioná-las, ou seja, os indivíduos se comunicam observando um nível de primeira ordem do sistema. É diante disso, por exemplo, que as pessoas não fumam em ambientes fechados, pois, com a proibição expressa em placas, ou por meio da coerção de agentes, há um padrão habitual de comportamento a ser seguido.

Apenas na observação de segunda ordem que se irá discutir a validade, a aplicação e a hermenêutica das normas. Assim, aplicadores e juristas fazem com que o Direito consiga observar sua própria observação, possibilitando a reflexão das suas próprias estruturas, numa cognição aberta. O Direito, portanto, potencializa a referência (“irritação”) e (re)constrói seus próprios elementos.

Essa relação com o exógeno social (“irritações”/interrelações sistêmicas), sobretudo em relação aos sistemas do Direito, Política e Religião é o cerne desse trabalho sobre o aborto. E é mais adequado descrevê-lo, em seus argumentos de política e de princípios, a partir do instrumento teórico luhmanniano.

A religião, por exemplo, também apresenta dois lados: um interno, no qual a comunicação religiosa se encontra, e um externo, no qual há a possibilidade da comunicação com os demais sistemas sociais⁷. A religião, como qualquer outro sistema social, pode se comunicar com os demais sistemas, no que Luhmann chama de acoplamentos estruturais⁸. A análise aqui atribui especial atenção a essas interferências (“irritações”) que podem ser incorporadas internamente⁹.

Por um lado, Luhmann ilustra de forma mais adequada essas interrelações sistêmicas, num mundo globalizado e com grande fluxo de informações. Por outro viés, sua teoria comunicativa, fundada na diferença, ganha preponderância e se destaca nesse debate, pois afasta o Direito de subjetivismos morais, inerentes a qualquer Teoria que tenha como pressuposto a crença weberiana da ação social.

⁷ LUHMANN, Niklas: **La religión de la sociedad**. Trad. Luciano Ezaincín. Madro: Trotta, 2007, p. 163. “**La religión es** —sean cuales sean sus condicionamientos sociales y sus formas semánticas— **una forma con dos lados: un lado interno, en el que la comunicación religiosa se encuentra**, por decirlo de alguna manera, consigo misma y reproduce la comunicación religiosa; **y un lado externo, en el cual se encuentran (si se elige esta forma) otras posibilidades de comunicación.**”

⁸ LUHMANN., op. cit., p. 163-195.

⁹ A análise de Luhmann se volta às interferências internas do sistema social. Para o autor, as interferências externas só angariam importância quando são incorporadas internamente pelo sistema.

Tanto a compreensão do Direito num plano do dever-ser¹⁰ quanto a interpretação deste numa dimensão sociológica (um realismo complexo luhmanniano) será importante ao debate. O marco teórico luhmanniano, no entanto, além do mérito descritivo referido, rompe sociologicamente com a própria teoria webberiana da ação social¹¹, oferecendo instrumentos teóricos que parecem combater o subjetivismo moral do aplicador/criador do Direito¹² (fato este que será criticado no voto-vista do Min. Barroso).

O sujeito, em Luhmann, é tido também como um sistema (denominado “sistema psíquico”) e, com ele, então, a teoria da comunicação que irá adquirir prevalência. O sujeito não seria observado a partir de ações que teriam finalidades e intenções determinadas a partir de uma relação intersubjetiva (como prediz a teoria da ação social), sequer seria observado enquanto indivíduo (numa perspectiva ontológica/antropológica). Luhmann, como vimos acima, parte de uma perspectiva na qual o sistema assume a preponderância num processo pautado na observação (de primeira e segundo ordem) e na diferença. Portanto, a preferência pelo instrumental teórico luhmanniano é, justamente, pelo modo como ele concebe a abertura cognitiva do Direito (localizando-a no plano da comunicação inter e intra sistemas), afastando-a do plano ontológico (pois nesta o indivíduo que levaria predisposições, como políticas e religiosas, para a esfera concretizadora do Direito).

Essa predileção será essencial para entender o compromisso epistêmico e teórico que se deseja e cobra do criador/aplicador do Direito. A partir dessas considerações iniciais, faz-se mister, agora, introduzir o tema do aborto enquanto fato social, indicando os questionamentos que o Direito, cognitivamente aberto, propõe-se a refletir sobre o tema.

¹⁰ Trata-se de uma dicotomia (validade vs eficácia) latentes em alguns autores, como Hans Kelsen. Para ele, a relação do ordenamento jurídico com o meio se dá em torno do debate sobre a eficácia do sistema. Esta se baseia na ligação entre o ser (realidade) e o mundo do dever-ser (coerção transcendental), podendo ser entendida a partir da revolução ou do costume (dessuetude). Nesse sentido, v. SCHWARTZ; NETO; 2008, p. 194, 195.

¹¹ Teorias do Direito, como a concepção sistêmica kelseniana, invariavelmente, são criticadas à luz da teoria weberiana da ação social, pois, nesse sentido, o processo de criação do Direito sempre se daria, volitivamente, por indivíduos. Dessa maneira, esses atos de vontade criadores do direito seriam, sim, influenciados pelos demais sistemas e convicções pessoais (filosóficas e religiosas) do indivíduo. Isso faz com que o direito seja alvo de variadas formas de interferências ideológicas e corrupções, pois o criador/aplicador do Direito pode extrapolar no exercício hermenêutico. Nesse sentido, v. SCHWARTZ; NETO; 2008, p. 206.

¹² O sujeito, em Luhmann, é tido também como um sistema (denominado “sistema psíquico”) e, com ele, então, a teoria da comunicação que irá adquirir prevalência. O sujeito não seria observado a partir de uma ação com fins e intenções determinados na relação com outros sujeitos (como prediz a teoria da ação social), sequer seria observado enquanto tal (perspectiva ontológica/antropológica). Luhmann, como vimos acima, parte de uma perspectiva na qual o sistema assume a preponderância num processo pautado na observação (de primeira e segundo ordem) e diferença. Portanto, a preferência pelo instrumental teórico luhmanniano é, justamente, pelo modo como ele concebe a abertura cognitiva do Direito (localizando-a no plano da comunicação inter e intra sistemas), afastando-a do plano ontológico (pois nesta o indivíduo que levaria predisposições, como políticas e religiosas, para a esfera concretizadora do Direito).

2 MÉTRICA DO DESRESPEITO À VIDA NOS SUBSISTEMAS: O ABORTO COMO FATO SOCIAL

Não devemos ser ingênuos. Todos os subsistemas, inclusive o indivíduo, mantém uma reserva aceitável de desrespeito à vida¹³. Na métrica de desrespeito, o Direito, no atual estágio, só pode conceber a vida como intrinsecamente valiosa, possuindo um valor sagrado/inviolável¹⁴¹⁵. Explicamos.

Respondamos a seguinte questão: a vida deve ser entendida como incrementalmente valiosa ou como um valor sagrado/inviolável? Quanto mais vida, melhor? Nós comemoramos que, até o presente momento, em 2017, o crescimento populacional no mundo é cerca de 20 milhões de pessoas¹⁶? Nós lamentamos que hoje nasceram menos pessoas que ontem?

Os planejamentos familiares¹⁷ e os métodos contraceptivos corroboram com a ideia de que o Direito não concebe a vida como incrementalmente valiosa, e sim como um valor inviolável. A vida não é como o conhecimento¹⁸, e não deve ser valiosa pelo seu valor incremental. Esse valor sagrado não é uno, pois, em cada sistema, há graus de inviolabilidade aceitáveis.^{19 20}

¹³ **A vida é um fato. No entanto, esse fato é comunicado de diversas formas, a depender da sociedade e do subsistema onde se dá a comunicação. No subsistema do Direito, a vida passa também a se comunicar com o código binário “direito/não direito”, ou seja, como um direito à vida. Não obstante, em sociedades tradicionais, a vida não se comunica como direito, podendo ser entendida como uma benção ou maldição divina, por exemplo.**

¹⁴ Ronald Dworkin usa as terminologias como sinônimas. Ressalta-se que a terminologia é, eminentemente, conceitual e descritiva. Dworkin, ao longo do texto, busca apenas descrever as valorações que as sociedades e as pessoas podem nutrir em relação à vida. A partir dessa descrição, esse trabalho se propõe a definir as características que o Direito parece valorar em relação a esse objeto jurídico.

¹⁵ DWORNIK, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 99 – 113.

¹⁶ Dados disponíveis no site <http://www.worldometers.info/pt/>. Acesso em 29 de Março de 2017.

¹⁷ Instituídos e previstos em lei federal (Lei 9263/1996).

¹⁸ A nossa sociedade entende, certamente, que, quanto mais conhecimento, melhor (não importa nem mesmo se esse terá uma aplicação prática ou não)

¹⁹ DWORNIK, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 99 – 113.

²⁰ **Em cada sistema haverá graus de inviolabilidade da vida. No sistema do Direito, os graus de inviolabilidade da vida, enquanto direito, se contrapõe à prevalência e convivência com outros direitos, como o da soberania nacional, por exemplo, na pena de morte por traição em tempos de guerra, por exemplo.**

A vida, dessa maneira, pode ser analisada a partir de três dimensões: 1) numa perspectiva instrumental (se o Neymar fosse assassinado no meio da Copa do Mundo, certamente, lamentar-se-ia a sua morte - também, ou somente – por ser um instrumento essencial para a conquista dos anseios da torcida brasileira); 2) numa perspectiva subjetiva, pois, decerto, a vida individual é a mais importante, subjetivamente, ao indivíduo; e 3) como um valor intrínseco, ou seja, como uma forma que deva ser respeitada em si mesma²¹. Portanto, o Direito concebe um valor jurídico que, dentre as opções elencadas por Dworkin, e diante da pretensão geral e abstrata desse sistema, parece dar destaque a esse valor intrínseco.

É nesse sentido que o Direito e demais sistemas (como a religião e o indivíduo) trabalham com a métrica do desrespeito, aliado aos investimentos que podem ser valorados sobre a vida.²²

O desrespeito à vida, enquanto direito, não pode ser analisado por uma tese cronológica - uma vez que não se leva a quantidade de vida perdida (pois, dessa maneira, o aborto em fase inicial seria um desrespeito maior à vida do que um aborto no último mês, por exemplo, e a tese predominante é, justamente, ao contrário) - ou pelo valor desta para os outros (valor instrumental da vida). O direito à vida, no ordenamento brasileiro, concebe o objeto jurídico vida como sagrado²³ e, comumente, como intrinsecamente valioso²⁴.

Além do fator temporal, outros fatores também devem ser levados em consideração, como o investimento depositado na vida. Esse investimento pode ser do 1) ponto de vista natural (o dom da vida, o milagre genético e o investimento biológico evolutivo que tem ápice na criação humana) e 2) do ponto de vista humano/criativo (a contribuição humana ao desenvolvimento da vida, desde a decisão de se ter um filho até o suporte material/psicológico à criança)²⁵. Dessa maneira, é um reducionismo tratar o aborto apenas como uma questão de “quando se começa a vida”. A divergência entre grupos prós e contra o aborto é em torno de questões como essa: temporais e, principalmente, quanto a preponderância de um investimento sobre o outro.

²¹ DWORKIN., op., cit., p. 99 - 113.

²² DWORKIN., op., cit., p. 117 – 130.

²³ Mais uma vez, ressalta-se que há graus de inviolabilidade e desrespeito tolerados pelo sistema e, no caso do Direito, pelo ordenamento jurídico.

²⁴ DWORKIN., op., cit., p. 117 – 130.

²⁵ DWORKIN., op., cit., p. 117 – 130.

No entanto, como já desenvolvido, entende-se que o Direito, ao positivizar a tutela ao objeto jurídico “vida”, concebe-o como um valor sagrado e intrinsecamente valioso, mormente quando analisamos o artigo 121 do Código Penal. O objeto jurídico da vida, neste artigo, não é tutelado pelo valor instrumental ou subjetivo da vida. Todo assassinato, em regra, é punível, independentemente da “qualidade” da vítima. A partir de então, o que irá ensejar polêmicas será a própria valoração dos investimentos depositados nesse objeto jurídico. É nesse debate que entram as influências sistêmicas exógenas, que podem (ou não) alterar a compreensão do investimento atual que o Direito considera.

Nesse debate tem-se, ao menos, três sistemas sociais. Não se pode reduzir esse debate a apenas um desses sistemas, pois se deve manter a “tripla contingência”, reforçando a diferença e a evolução sistêmica. O objetivo de tecer esses comentários é localizar o problema no qual se insere a discussão sobre o aborto, afastando-o de ingenuidades e do senso comum.

Após apresentá-lo como fato social, passamos a estudar o aborto enquanto fato jurídico, ou seja, mostrar como vem ocorrendo a comunicação desse fato social no Direito. Para isso, nos valem da recente decisão sobre o tema, a partir da qual mostraremos o comportamento normativo que o jurista não deve apresentar.

3 ABORTO COMO FATO JURÍDICO: HC 124.306/STF

Superior Tribunal Federal. 29 de novembro de 2016. A 1ª Turma afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto (art. 124 e 126 do CP), no HC 124.306/RJ. Nesta ocasião, o voto vista do Min. Barroso chama a atenção por não se limitar apenas aos instrumentos e aspectos processuais, que já seriam suficientes para se decidir o caso. O Ministro apresenta uma fundamentação que intenta interpretar constitucionalmente os dispositivos penais, descriminalizando o aborto no primeiro trimestre da gestação. Destaco, nesse sentido, uma síntese da Ementa da decisão do Ministro, que fora voto condutor para o acórdão²⁶:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO.

²⁶ STF, HC nº 124.306/RJ, Relator p/ Acórdão o Ministro Roberto Barroso, DJe 17/3/14).

INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. **O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.**

2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumpriram pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. **Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.**

[...]

6. **A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.**

[...].

Valendo-se da cognição aberta do Direito, faz-mister analisar o discurso de justiça que embasa a fundamentação desse voto. Partindo da concepção de Niklas Luhmann, iremos mostrar porque, em maior ou menor medida, essa concepção seria injusta.

4 JUSTIÇA COMO FÓRMULA PARA CONTIGÊNCIA

4.1 Justiça: a retórica jurídica na fundamentação de votos “justos”

O Min. Barroso já parte de uma concepção de justiça para justificar que a inadequação do instrumento processual não deveria impossibilitar o julgamento do mérito no litígio. A declaração dessa inadequação (já que a jurisprudência inadmite o HC como sucedâneo processual) seria suficiente para a extinção do processo, no entanto, “em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria”, o Ministro afirma que examinará a possibilidade de concessão de ofício do pedido pleiteado. O juiz, portanto, valendo-se de uma possibilidade conferida pelo CPP, nega uma justiça eminentemente legalista e positivista extremada diante da simples norma de decisão de excluir o processo, sem análise do mérito. O Min. Barroso,

em seguida, passa então a verificar a existência de possível constrangimento ilegal, analisando ainda a constitucionalidade da criminalização do aborto pelo Código Penal.

O juiz, ainda, afirma ao menos três concepções de justiça. A primeira delas é vinculada aos direitos fundamentais, como uma “abertura do sistema jurídico perante o sistema moral”, funcionando ainda, como uma “reserva mínima de justiça” assegurada a todos. Portanto, Barroso aqui 1) vincula justiça à existência de direitos fundamentais.

Em seguida, Barroso vincula expressamente à realização de justiça o 2) “princípio da proporcionalidade”, que asseguraria equilíbrio/justa medida dos atos estatais. E, na análise dos “subprincípios da proporcionalidade”, ainda, o autor se vale de argumentos 3) utilitaristas para justificar a razoabilidade da descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gravidez²⁷.

Se o Ministro, expressamente, associa o “princípio da proporcionalidade” à justiça, aplicá-lo de forma incorreta, na fundamentação da decisão, seria demonstrar que a decisão foi injusta?²⁸

Isto posto, se de um lado encontramos aplicadores do Direito preocupados com decisões justas, do outro, encontra-se diversas concepções de justiça destoantes na fundamentação de um único voto. Como já defendemos que o instrumento teórico de Luhmann é o mais adequado para se trabalhar com o fato social em questão, nos propomos, a seguir, a aduzir sobre a concepção de Justiça desse autor, mostrando, ao final, com fulcro nesse marco teórico, a mácula da injustiça na decisão do Ministro.

4.2 HC nº 124.306/STF e prestações jurisdicionais inconsistentes

Niklas Luhmann, primeiramente, delimita o problema da justiça, ao localizá-la dentro do sistema jurídico. A justiça não estaria na “validade” das operações fechadas do sistema, por meio do código binário (legal/ilegal). A justiça estaria no nível dos programas dos

²⁷ Barroso parte da premissa de que a criminalização não protege de forma suficiente os direitos da gestante, e se vale de argumentos utilitaristas (os custos sociais da criminalização para o Estado) para fundamentar a necessidade de se descriminalizar a prática no primeiro trimestre.

²⁸ No momento em que abordarmos o aborto a partir de uma discussão normativa, retomaremos a discussão sobre princípios e veremos que Barroso apenas usa essa teoria como forma de estruturar, numa pretensa racionalidade técnica, o seu voto, não a aplicando de maneira correta.

sistemas, isto é, seria uma espécie de programa para os programas dos sistemas, garantindo também a unidade deste (porém, em outro nível, diferente do plano dos códigos binários e da validade de respostas autopoiéticas)²⁹. Ademais, a autodescrição de justiça, no sistema, não poderia ser produzida em forma de teoria, e sim a partir de uma norma³⁰.

A justiça, em Luhmann, após ser devidamente localizada, é conceituada como uma fórmula de contingência do sistema jurídico. Não seria a virtude (como preceitua Aristóteles) e nem seria um princípio (como aduz o Min. Barroso em seu voto-vista), a justiça seria uma fórmula para contingência.

A fórmula de contingência é somente um esquema de busca de fundamentos ou de valores que só são capazes de obter validade jurídica sob a forma de programas. Toda e qualquer resposta à pergunta assim formulada tem de ser encontrada no sistema jurídico, pela mobilização de sua própria recursividade. A resposta não pode ser introduzida do exterior.³¹

Esta teria um certo nível de abstração, assim como o princípio da igualdade, por exemplo. A igualdade, enquanto conceito, é perene e não possui nenhuma fundamentação. Ela, no entanto, de acordo com o momento histórico, é readequada (alterações sociais irão reinterpretar o conceito de igualdade e, logo, analogicamente, também irá interpretar a fórmula de contingência). Na sociedade hipercomplexa em que vivemos, Luhmann defende que decisões consistentes, juridicamente, seria outra característica essencial de decisões justas. “Assim, só se pode falar de justiça no sentido de uma *complexidade adequada* à tomada de decisões consistentes”³².

Ademais, vale ressaltar que estamos sempre diante de uma dicotomia: o sistema jurídico busca se adequar socialmente, ao mesmo tempo que necessita de decisões consistentes juridicamente. Adequação social do Direito vs consistência jurídica: é nesse sentido que Luhmann também localiza a justiça como uma observação de segunda ordem³³. A justiça, como fórmula de contingência, irá responder aos anseios da adequação social do

²⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 289.

³⁰ Luhmann defende que a justiça requer uma qualidade normativa, pois, como teoria, seria discutível. Como norma (com propensão à frustração), a função do sistema jurídico seria também a de estabilizar as expectativas normativas (inclusive aquelas acerca da justiça). “Uma vez que o sistema jurídico realiza a função de estabilizar expectativas normativas, parece lógico permitir que também a justiça apareça como norma” (LUHMANN, op., cit., p. 295).

³¹ LUHMANN., op., cit., p. 298

³² LUHMANN., op., cit., p. 300.

³³ LUHMANN., op., cit., p. 316.

Direito, sem o sistema jurídico perder sua autonomia, ou seja, sempre se pautando na consistência jurídica das decisões. Dessa forma, é por causa da fórmula de contingência que, por meio da observação de segunda ordem, tudo poderia ser de um jeito diferente, dependendo-se de como se deu as observações.

Nesse sentido, esse trabalho se propõe a analisar a postura normativa do Direito na decisão do Min. Barroso. A partir de instrumentos luhmannianos, entender-se-á o porquê que argumentação do Min. Barroso conduz a injustiças. Entendemos que, nesse voto-vista, uma retórica principialista esconde um juízo moral subjetivo, que vilipendia a própria autonomia do sistema jurídico. Antes, ainda, intentando-se corroborar e fundamentar essas percepções, devemos analisar as normas jurídicas envolvidas no fato social do aborto, para, em seguida, entender como uma postura normativa inadequada pode conduzir a injustiças na comunicação jurídica.

5. ABORTO E POSTURA NORMATIVA DO DIREITO

5.1 De fato social a fato jurídico

O aborto é um fato social e, dessa forma, gera comunicações e expectativas na sociedade. Esse fato social, numa concepção comunicativa tricotômica, concebe uma mensagem, conteúdo e compreensão. E é nessa alteridade básica (perspectiva alter ego), em uma sociedade multicêntrica, que encaramos a inviabilidade jurídica e fática da existência de um direito fundamental absoluto³⁴.

Dessa maneira, quando se trata do aborto, o 1) direito fundamental à vida do feto e 2) os direitos fundamentais da gestante³⁵ não serão absolutos. O fato social do aborto, ainda, irá proporcionar comunicações e expectativas, de acordo com o sistema social analisado.

O Direito, como sistema social, tem como estrutura as normas jurídicas. Não há um consenso se as 1) regras e princípios seriam uma espécie da categoria “norma jurídica”; 2) se

³⁴ “A alteridade básica do direito impede a ideia de direito ilimitado *prima facie* com base em um princípio, a ser limitado mediante a ponderação com outros princípios.” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. São Paulo: Martins Fontes, 2013 p. 162).

³⁵ O Min. Roberto Barroso cita uma violação, ao menos, de 6 deles no HC 124.306/STF.

regras e princípios seriam gêneros autônomos ou 3) se seriam modos distintos de se aplicar enunciados normativos, no processo de concretização do Direito³⁶.

Concebendo, de forma ampla, “norma jurídica” como um a “estrutura cognitiva de seleção das ciências sociais [Direito] em relação à realidade-ambiente, que, diante delas, apresenta-se mais complexa e desestruturada”³⁷, a distinção entre princípios e regras, no Direito, serve para estabilizar as expectativas normativas no ambiente jurídico, orientando a estruturação de materiais jurídicos. Essa distinção só se torna relevante no plano de comunicação do sistema, ou seja, no processo no argumentação jurídica³⁸.

O aborto, já como fato jurídico, envolve diversos princípios e regras, dentro da estrutura do sistema jurídico. Em seguida, abordaremos as normas que ensejam expectativas contrafactuais na sociedade.

5.2 Normas jurídicas envolvidas na discussão sobre o aborto

O fato social do aborto é previsto nos arts. 124 ao 128 do Código Penal. No art. 124, pune-se o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. No art. 126, pune, como sujeito ativo, o terceiro que provoca o aborto, com a respectiva forma qualificada no art. 127. E, por fim, no art. 128, encontra-se as excludentes de ilicitude, dispostas pelo legislador³⁹. Esses dispositivos, do modo disposto no texto legal, são regras.

Estas ilustram bem o direito como uma ordem coercitiva. No entanto, o modo-padrão de funcionamento do Direito – diferente de toda e qual ordem baseada na ameaça/coerção – baseia-se num tipo geral de conduta e se aplica a uma categoria geral de pessoas⁴⁰, tendo leis

³⁶ SOUSA, Felipe Oliveira de. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 192, 2011, p. 95, 96.

³⁷ NEVES., op., cit., p. 102

³⁸ NEVES., op., cit., p. 125

³⁹ A redação “não se pune” dá a entender que se trata de uma excludente de punibilidade.

⁴⁰ É claro que as leis, como as penais, podem ser um sujeito ativo específico. No entanto, o que Hart quer mostrar é que “fazer leis é diferente de ordenar às pessoas que façam coisas, e temos de contar esta diferença, [...], como modelo para o direito”(HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Gulnenkien, 1994, p. 27). Dessa maneira, não se pode confundir a lei como uma simples ordem de fazer algo, pois a lei se aplica a todos, embora ela possa ter sujeitos ativos específicos.

com caráter duradouro. É este fato que faz, propriamente, com que o Direito tenha suas expectativas normativas estabilizadas contrafactualmente.

Apontar essas características (que distinguem o Direito de qualquer outra ordem coercitiva) corrobora a desmitificar discursos como se, com a criminalização do aborto, a mulher tivesse um “útero a serviço da sociedade”⁴¹. A autonomia da mulher é levada em consideração na fixação das regras acima. Tanto é que ele retira a ilicitude do aborto “quando não há outro meio de salvar a vida da gestante” e “quando o aborto resulta de estupro”. Trata-se de exceções qualitativas. A vontade do legislador é proteger o nascituro, desde o momento em que se considera que este esteja vivo. Não se nega, não obstante, que a interpretação dessa autonomia possa ter evoluído ao longo do tempo.

A partir do momento em que se considera que o feto seja “vivo” e “viável”, a discussão, no entanto, deixa de ser entre duas pessoas (o Estado e a gestante), passando a ter de se considerar o direito à vida do nascituro, tendo o Direito esse papel de coerção (com caráter duradouro e duplamente geral).

O discurso para a descriminalização do aborto pode se dar a partir de dois caminhos: 1) na atividade legislativa que, por vezes, mostra-se disfuncional ao não promover a adequação social ao Direito e 2) no debate principiológico, que sustenta um ativismo judicial, vilipendiando, por muitas vezes, a consistência jurídica das prestações jurisdicionais. Esse trabalho tem como o foco o segundo caminho, sobretudo em relação à discussão acerca das normas jurídicas e da autonomia do sistema jurídico. Essa análise, em última medida, é a resposta de como o Direito pode sobreviver à moral e à política, mantendo-se autônomo e autorreferente.

A partir do entendimento das normas jurídicas envolvidas, passamos a perquirir a postura normativa adequada ao jurista. No voto-vista do Min. Barroso, sustentado num debate principiológico e extrapolando os liames processuais que seriam suficientes para se resolver o caso, analisa-se a (in)constitucionalidade da criminalização do aborto, no primeiro trimestre de gestação. O voto do Ministro será analisado 1) em sua coerência com a teoria que se vale para fundamentar a decisão, a partir da qual, ainda, iremos 2) aduzir acerca da inadequação de uma ponderação otimizante para conflitos inter princípios como este.

⁴¹ Como o próprio Min Barroso afirma, ao longo do voto-vista do HABEAS CORPUS, que será analisado por esse trabalho.

A partir dessas análises, que também se valerá de todo instrumento teórico já desenvolvido (mormente, a concepção de justiça e sistêmica luhmanniana), podemos – a partir da crítica do que não se pode fazer – entender qual deve ser a postura do aplicador do Direito diante desse fato jurídico.

6. HC 124.306/: COMO O DIREITO DEVERIA SE COMPORTAR DIANTE DESSE FATO JURÍDICO

6.1 Análise do HC 1.24.306/STF

6.1.1 Coerência com a máxima da proporcionalidade de Alexy

Barroso afirma que a criminalização afeta, ao menos, cinco direitos fundamentais das mulheres: i) viola sua autonomia, ii) viola a integridade física e psíquica, iii) viola os direitos sexuais e reprodutivos, iv) viola a igualdade de gênero e, por fim, v) gera discriminação social e um impacto desproporcional sobre as mulheres. Todos esses direitos fundamentais são amparados em princípios constitucionais.

Do outro lado, teríamos os tipos penais já referidos acima, que tutelam a vida do feto, e, portanto, também ressoariam em princípios constitucionais. Barroso, entretanto, não faz essa ressalva e parece ponderar a regra acima com os princípios constitucionais que protegem às mulheres. E as celeumas já se iniciam aqui. Estruturando o voto a partir da máxima da proporcionalidade, de Alexy, poderia o Min., em compromisso com o autor, ponderar princípios e regras à luz dessa máxima?

A princípio, ao tratar regras como mandamentos de definição e princípios como mandamentos de otimização, a ponderação otimizante, em Alexy, seria intrínseca à colisão entre princípios. Entretanto, essa conclusão parece precipitada. Nada impede que um princípio tenha sua aplicação restringida por uma regra e vice-versa, fenômeno que já pode ser descrito na própria definição de regras e princípios acima. Portanto, não compartilhamos com a crítica de que o Ministro possa ter sido incoerente, nesse aspecto, com a teoria que utilizou.

É importante notar que a ideia de princípios terem grau de satisfação variável e de regras terem grau de satisfação fixo, do ponto de vista teórico, não implica afirmar nem que princípios nunca podem ser realizados completamente, nem que regras nunca podem ser realizadas apenas parcialmente.⁴²

6.1.2 Inadequação de uma ponderação otimizante

A fascinação principiológica, na doutrina brasileira, faz que o Judiciário transponha uma teoria (criada e aplicada em outra ordem constitucional), com poucas ou nenhuma adaptação. O Min. Barroso, nesse sentido, se vale do “Princípio da Proporcionalidade” para estruturar seu voto e corroborar seus argumentos. E mais: ele personifica a justiça no princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, no modelo otimizante de Alexy, parte de duas premissas questionáveis: a primeira é de que as percepções dos princípios são comensuráveis⁴³; a segunda é a de que haveria uma instância subjetiva supraordenada (se aproximando de um Juiz Hércules, de Dworkin⁴⁴) capaz de determinar o que deve existir em cada esfera da vida.

Acreditar que é possível que se tenha dois princípios comensuráveis é negar a dupla contingência (no plano das pessoas e grupos). Ademais, numa sociedade multicêntrica, não existe uma instância supraordenada e intersubjetiva (como o juiz Hércules, uma instância monológica) ou uma instância supraordenada dialética (como o consenso ideal buscado por Habermas).

Dessa maneira, questiono o resultado de uma decisão que se fundamenta na máxima de uma proporcionalidade otimizante, pois se deve levar em consideração essa incomensurabilidade e concorrência de perspectivas diferentes nos modelos de argumentos ancorados em princípios. A prática constitucional deve minar os perigos da desdiferenciação (tanto regressiva, quando progressiva) e a negação da dupla contingência. Não adianta uma

⁴² SOUSA., op., cit., p. 99

⁴³ “A incomensurabilidade não ocorre apenas no plano dos paradigmas científicos, mas também na relação entre ordens de valores, sistemas de racionalidade, modelos de argumentação e, enfim, entre sistemas sociais” (NEVES., op., cit., p. 149)

⁴⁴ Alexy se aproxima de Dworkin, pois otimizar só seria possível a partir de um juiz monológico. Nesse sentido, v. NEVES., op., cit., p. 141.

decisão exclusivamente pautada num racionalismo econômico⁴⁵ - possibilitando um aborto a qualquer momento da gravidez, por exemplo -, pois isso propiciaria uma desdiferenciação progressiva dos sistemas.

Marcelo Neves (2013), ao partilhar da adequabilidade da ponderação comparativa (e não otimizante) entre princípios, parece dar mais razões do que não se pode fazer em uma ponderação. Princípios podem ser comparados, respeitando-se a dupla contingência (de grupos e pessoas). No entanto, eles seriam incomensuráveis. Ao compartilhar dessas críticas, já seria suficiente questionar a argumentação do voto-vista do Min. Barroso, bem como a sua conclusão (a inconstitucionalidade da criminalização do aborto). No entanto, para não encerrar a análise por aqui, proponho-me, ainda, a analisar a forma na qual o Min. aplica a máxima da proporcionalidade, mostrando algum de seus equívocos.

6.1.3. Aplicação inadequada da máxima da proporcionalidade

Como já ressaltamos anteriormente, o Min. Barroso vincula a máxima da proporcionalidade a uma concepção de justiça (a Administração Pública deve se pautar em atos proporcionais, razoáveis e equilibrados). Esta seria realizada por três submáximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Em relação à adequação, Barroso procura responder se a 1) criminalização é adequada à tutela do direito à vida do feto. Na adequação, Barroso afirmou que a criminalização não seria capaz de evitar a interrupção da gestação e, portanto, duvidaria da adequação daquela à tutela da vida do feto. É uma afirmação polêmica, que revisita um debate acerca da validade e eficácia social de uma norma jurídica.

Segundo Kelsen (2005), a norma que deve ser entendida como pressuposto para ocorrência do fato, sendo, assim, válida. A norma que deve fundamentar o fato, sendo um “enunciado sobre a realidade”⁴⁶, e não o contrário. Dessa forma, o fato de existir um grande número de abortos não deve invalidar a existência da norma, pois o direito trabalha, justamente, com a expectativa normativa. Ainda em Kelsen, a categoria de validade seria

⁴⁵ Os mesmos argumentos utilitaristas de Barroso, como os custos sociais com a criminalização, poderia ser usado para permitir um aborto (legal) a qualquer momento da gravidez, por exemplo.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 161

limitada, numa relação simbiótica, com a categoria de eficácia: a ordem jurídica deve ser eficaz, para que a norma não sofra o processo de dessuetude. Outro autor, como Hebert Hart (1994), considera a validade determinada, exclusivamente, pelos critérios da norma de reconhecimento, independentemente da sua eficácia⁴⁷. Isso é justificado, também, pelo fato de Hart considerar como característica intrínseca do ordenamento jurídico “um hábito geral de obediência”⁴⁸.

De um lado, temos Hart com um positivismo (que alguns diriam) “extremo”. Do outro lado, Kelsen, com uma relação simbiótica entre validade e eficácia. No entanto, Barroso, ao contrariar esses marcos teóricos, parece adotar, com seu argumento (“a criminalização não evitaria a interrupção da gestação e, dessa forma, seria duvidosa a adequada tutela à vida do feto”), um realismo, fundado numa expectativa cognitiva: a adequação, em sua interpretação da teoria de Alexy, é medida a partir do grau de eficácia social da norma. Ele submete a validade da norma à eficácia e, dessa forma, a realidade que enunciaria a norma.

Portanto, além de questionar a conclusão de Barroso, por inadequação metodológica, também questiono a sua interpretação da submáxima da adequação, pois ela subverte o próprio conceito de norma jurídica, como expectativas de comportamento estabilizados contrafactualmente. Não obstante, passo a analisar sua concepção da 2) submáxima da necessidade, que irá perquirir se não há outro meio que proteja o bem jurídico tutelado e que, concomitantemente, possa restringir menos os direitos fundamentais das mulheres.

Em relação a esta submáxima, o Ministro entende que a criminalização seria desnecessária, diante de meios mais eficazes para se evitar e alcançar a não realização de abortos (como a educação sexual e a distribuição de contraceptivos). No entanto, há um salto lógico: não há como afirmar que a descriminalização evitaria abortos. Mesmo com tais políticas públicas (argumento de política), como elas iriam proteger a vida do nascituro, que, como vimos anteriormente, é a finalidade da tipificação da norma penal em questão?

Ministro Barroso entende que “é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o

⁴⁷ HART., op., cit., p. 28

⁴⁸ “Temos de supor que, qualquer que seja o motivo, a maior parte das ordens é mais frequentemente obedecida do que desobedecida pela maior parte dos afetados” (HART., op., cit., p. 29)

filho, mas se encontra em condições adversas”. É possível mesmo? Todavia, como é possível afirmar tão categoricamente que a descriminalização de tais tipos penais poderiam evitar novos abortos? **Uma coisa é descriminalizar. Outra é dizer que isso evitaria novos abortos. Afinal, qual é a prognose? Mais: Isso deve ser realizado pelo Judiciário? Mais ainda: a submáxima da necessidade pressupõe que o meio correto a ser empregado seja aquele que protege determinado bem jurídico e interfere o menos possível em outro(s). Pois bem. Ainda que o Estado implemente políticas de educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo a mulheres (o que, repetindo, não cabe ao Judiciário avaliar), de que maneira tais medidas protegeriam o bem jurídico “vida” tutelado pela norma penal? Mesmo com tais políticas públicas, não haveria nenhum mecanismo jurídico para proteger a vida do nascituro.** Passando a ser lícita a conduta, a vulnerabilidade do feto aumenta expressiva e inexoravelmente, já que o Direito nada mais tem a dizer sobre isso.⁴⁹

Por fim, em relação à 3) proporcionalidade em sentido estrito, Barroso não se detém, como deveria, na ponderação entre o peso dos direitos reprodutivos e autonomia da gestante, de um lado, e a proteção do nascituro pela criminalização do aborto, do outro. Barroso já parte da premissa de que a criminalização não protege de forma suficiente os direitos da gestante, valendo-se, inclusive, de argumentos utilitaristas (os custos sociais da criminalização para o Estado) para fundamentar a necessidade de se descriminalizar a prática no primeiro trimestre da gravidez.

6.1.3 A legitimação pelo discurso: uma retórica principialista

A norma jurídica é um critério de solução dos fatos sociais que se tornam jurídicos, como o aborto. No entanto, a sua aplicação requer um esforço e um compromisso teórico e epistêmico dos juízes. Nesse caminho que busca a descriminalização do aborto, por um debate principiológico, o paradoxo já ressaltado (consistência jurídica e adequação social do Direito), sempre se torna latente.

Uma decisão, mesmo em um HC (que vincula apenas as partes envolvidas) deve levar o Direito a sério, separando-a da moral. A decisão peca, mormente, na sua consistência jurídica. O que vemos é uma pretensa “racionalidade técnica”, que se vale de uma teoria para organizar uma decisão que é direcionada por valores morais próprios do Ministro.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF.** In: Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>. Acesso em jan 2017

Há uma crença de que os ministros (e o Judiciário, em geral), com um “notável saber jurídico”, possuem uma racionalidade técnica capaz de elaborar decisões diferenciadas e, dessa forma, mais corretas/justas/legítimas que o Legislativo, por exemplo. Juliano Benvindo (2014), ao analisar essa “legitimação pelo discurso”, que justifica fenômenos como a ideia da “última palavra”, no STF, mostra que não é um método, sobretudo após o giro hermenêutico, que irá ser capaz de proporcionar racionalidade às decisões:

A legitimação pelo discurso, a representação argumentativa, ganha relevo por essa associação de “racionalidade” com defesa da Constituição, mas ela se mostra altamente criticável quando se constata que: 1) empiricamente, não se verifica bem essa tão alardeada defesa da Constituição pela corte constitucional; 2) a racionalidade defendida nesse procedimento é decorrente de uma crença cartesiana de que método produz racionalidade e é coincidente, em grande medida, com a lógica discursiva do próprio parlamento, pois se torna fortemente política. Nesse último caso, tem-se um problema estrutural: **se, especialmente após o giro hermenêutico, não é mais possível acreditar que um método traga racionalidade, qual é o outro argumento que o Supremo Tribunal Federal pode utilizar em benefício de sua legitimidade para esse tipo de decisão, em comparação ao parlamento? O que o torna tão especial e distinto para se afirmar como detentor da “última palavra”?**⁵⁰

Dessa maneira, métodos e teorias como a de Alexy (mais do que “estruturar a argumentação de maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões”, como afirma o próprio Ministro na decisão) podem, apenas, servir para uma “legitimação pelo discurso”. Por trás de uma pretensa “racionalidade técnica”, esconde-se uma retórica principialista que nada impede, de fato, o controle intersubjetivo das decisões.

É essa retórica que irá proporcionar o abuso dos princípios, por meio do qual se encobre decisões particularistas que, na verdade, submetem o Direito à moral, desdiferenciando-o.

A isso se relaciona o perigo do abuso de princípio, que decorre da probabilidade de que, em certos contextos, eles sirvam retoricamente para encobrir manipulações que bloqueiam a autoconsistência constitucional da respectiva ordem jurídica.⁵¹

⁵⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em jan 2017.

⁵¹ NEVES., op., cit., p. 129

A norma jurídica, enquanto critério de solução dos fatos jurídicos, requer um compromisso teórico e epistêmico do aplicador do Direito. A partir do momento que o fato social se torna jurídico, lidamos com expectativas normativas contrafactuais, que, de modo algum, pode ser submetida a uma espécie de realismo jurídico. É por isso que essa decisão seria injusta, segundo a fórmula para contingência luhmanianna, pois ela contribui com o vilipêndio e com a quebra da consistência jurídica do Direito, além de o submeter a subjetivismos morais.

“Uma separação clara entre justiça e juízo moral, isto é, reflexão ética, é apenas uma questão de autonomia do sistema jurídico.”⁵²

EPÍLOGO

Esse trabalho não é taxativo. Não é ao acaso que preferimos partir de uma crítica (qual a postura que o aplicador do Direito não deve ter?). Além da própria comodidade advinda disso, ao indicar o que o aplicador do Direito não deveria fazer, apenas se apresenta indícios da postura normativa que defendemos. Nada conclusivo. Marcos teóricos diferentes, certamente, podem levar a conclusões diferentes e, ainda, preterir as discussões acerca da validade dogmática por um debate institucional.

Não obstante, não devemos perder a fé na diferenciação e na autonomia do Direito. Esta não é um dever, mas pressuposto para uma sociedade hipercomplexa e moderna, que identifica no Direito instrumentos para a soluções de litígios.

Não se procura defender um idealismo irrealista. O subjetivismo parece inescapável. Mas na busca da validade dogmática, paulatinamente, transformamos o “ser”.

Se por um lado, a consistência jurídica não será requisito dogmático para a validade, do outro, fundamentações díspares e retóricas principialistas minam a fé num sistema autônomo e no poder concretizador do Direito. A linguagem jurídica deve constranger e, dessa maneira, o 1) engajamento metodológico entre premissas (fáticas ou doutrinárias) e a

⁵² LUHMANN., op., cit., p. 310

conclusão, ao lado de 2) uma sinceridade jurídico-acadêmica na fundamentação, exposição e valoração dessas premissas, é o mínimo que deve se cobrar em uma postura normativa consistente.

A postura do aplicador do Direito, dessa forma, ao observar esses compromissos teóricos e epistêmicos necessários, reforça a autonomia do Direito.

RESUMO DAS IDEIAS CENTRAIS DO TEXTO

Desse trabalho, retiramos a seguinte conclusão:

1. A sociologia luhmanniana, por meio da teoria dos sistemas sociais e da justiça como fórmula de contingência, é um marco teórico adequado e suficiente para ilustrar as tensões que envolvem o fato social do aborto no sistema jurídico. Esse marco teórico não é escolhido arbitrariamente: além de romper com a crença weberiana da ação social, nele se identifica e se valoriza uma unidade calcada na diferença (característica essencial na sociedade hipercomplexa e multicêntrica que vivemos).
2. No aborto, encontramos espaço para se debater a métrica do desrespeito à vida tolerado pela sociedade. Em diálogo conjunto com o leitor, esse trabalho apontou que a vida parece ser entendida pelo Direito como um valor sagrado e, mormente na tutela desse objeto jurídico pelo Código Penal, como intrinsecamente valiosa. Ressaltamos, por fim, que a polêmica, além da resposta de quando a vida se inicia, também acontece no debate sobre qual investimento deve prevalecer: o investimento humano ou o investimento natural/biológico?
3. Já como fato jurídico, o aborto envolve um debate acerca da postura normativa que o Direito deve ter. Analisando os enunciados normativos envolvidos (regras, princípios e os direitos humanos, este último sendo pré-jurídico), entendemos como inadequada a postura normativa apresentada pelo Min. Barroso, nesse voto em específico, que vilipendia a autonomia do sistema jurídico ao ser inconsistente juridicamente e ao conduzir a respostas jurídicas injustas.
4. No voto-vista do Min. Barroso, questiona-se a metodologia empregada (“ponderação otimizante”), além de questionar o realismo empregado na interpretação do “princípio da

proporcionalidade”, de Alexy. Essa seria apenas uma retórica principialista, que busca uma legitimação pelo discurso e, na verdade, esconde uma decisão política e particularista.

5. A postura normativa do aplicador do Direito, dessa forma, deve ser fundada em compromissos epistêmicos e teóricos. Ela deve sempre reforçar a unidade e autonomia desse sistema, sendo, nesse sentido, constringida pela linguagem jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENVINDO, Juliano Zaiden. **A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro**. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em jan 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 95 – 140

HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Gulnenkien, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUHMANN, Niklas: **La religión de la sociedad**. Trad. Luciano Ezaincín. Madro: Trotta, 2007

LUHMANN, Niklas: **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ªEd., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SCHWARTZ, Germano; NETO, Arnaldo Bastos Santos. **O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças**. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, N. 4, 2008.

SILVA, Marcos Antônio; ZOLANDECK, Willian Cleber. **Uma breve leitura sobre as teorias da justiça: ordem, igualdade e liberdade**. Disponível em: eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/21.pdf. Acesso em jan 2017.

SOUSA, Felipe Oliveira de. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 192, p. 95-109, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF**. In: Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>. Acesso em jan 2017.