

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS –GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA**

DENISE DUARTE BRUNO

**JURISDIONALIZAÇÃO, RACIONALIZAÇÃO E
CARISMA:
AS DEMANDAS DE REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES AO
PODER JUDICIÁRIO GAÚCHO**

Porto Alegre, 2006

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS –GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA**

DENISE DUARTE BRUNO

**JURISDIONALIZAÇÃO, RACIONALIZAÇÃO E
CARISMA:
AS DEMANDAS DE REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES AO
PODER JUDICIÁRIO GAÚCHO**

Tese apresentada como requisito para
obtenção do título de Doutor em Sociologia

Orientador: Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo

Porto Alegre, 2006

*Para Klaus,
por todos os encantos da intimidade*

*ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS,
pela acolhida,
ao Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo, pela orientação segura e
intelectualmente instigante,
às magistradas e aos magistrados entrevistados, pela
disponibilidade e gentileza,
ao Klaus e ao Bento, pela paciência e compreensão,*

meu reconhecimento e minha gratidão!

...duas evidências há, que nos consolam, nos desmagem e chegam a desconvencer-nos da morte: a continuidade da tradição e a continuidade da justiça.

(Rui Barbosa - Obras Completas - V. 36, t. 1, 1909, p. 208)

RESUMO

O argumento central deste trabalho é de que há uma interface entre a mudança na forma de resolução dos conflitos familiares (com o declínio do patriarcado e o reconhecimento legal de relações familiares menos hierárquicas) e a maior presença do Poder Judiciário na sociedade. A partir deste pressuposto, tendo como material empírico as percepções de magistrados que atuam área de família, e Max Weber como principal referencial teórico, demonstra como o declínio da autoridade tradicional faz com que os conflitos familiares demandem mais intensamente às decisões judiciais, produzindo uma “racionalização da intimidade”. Os magistrados intervêm nesses conflitos exercendo uma autoridade legitimada tanto racional como carismaticamente. A conclusão do trabalho é de que a forma como se constitui a demanda – racionalizando a intimidade – e o exercício da autoridade do magistrado – racional e carismática – indicam que os conflitos familiares são exemplos da jurisdicionalização das relações sociais.

Palavras chaves: autoridade; família; jurisdicionalização; magistrados; Poder Judiciário

ABSTRACT

The interface between the change in the form of the family conflict resolution (after the decline of the patriarchy and the legal recognition of less hierarchical familiar relations) and a bigger presence of the Judiciary Power in the society is the central question of this work. From this pretext, using as empirical material the perceptions of the magistrates who act in the family area and as main theoretical referential Max Weber, it demonstrates how the decline of the traditional authority makes the familiar conflicts to demand more intensely for sentences producing a “rationalization of the privacy”. The magistrates intervene in these conflicts exerting a legitimated authority as rational as charismatic. The conclusion of the work is that the form as if it constitutes the demand, rationalizing the privacy, and the exercise of the authority of the magistrate, charismatic and rational, indicate that the familiar conflicts are examples of the jurisdictionalization of the social relations.

Keys words: authority; family; jurisdictionalization; magistrates; Judiciary Power

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A CONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO E DA PESQUISA	16
2.1 O argumento	16
2.1.1 <i>Mudanças na hierarquia das relações familiares e na legislação de família ...</i>	17
2.1.2 <i>O Poder Judiciário.....</i>	21
2.1.3 <i>Estudos sobre a Magistratura.....</i>	26
2.2 A pesquisa	28
2.2.1 <i>Categorias de análise.....</i>	28
2.2.1.1 <i>O conceito de Jurisdicionalização</i>	29
2.2.1.2 <i>A Magistratura</i>	36
2.2.1.3 <i>Autoridade – “crise” e fontes de legitimação</i>	38
2.2.1.4 <i>A articulação entre as concepções de autoridade de Weber e Arendt.....</i>	42
2.2.1.5 <i>A secularização da autoridade e a racionalização do mundo.....</i>	44
2.2 <i>Hipóteses de trabalho.....</i>	49
2.3 <i>Procedimentos metodológicos</i>	49
3 A SOCIOLOGIA JURÍDICA DE MAX WEBER E A QUESTÃO DA RACIONALIDADE.....	55
3.1 A sociologia jurídica de Weber	56
3.1.1 <i>Recepção da obra de Weber na sociologia jurídica</i>	62
3.1.2 <i>Relação entre a sociologia jurídica e a obra global de Weber.....</i>	65
3.1.3 <i>Relação entre a sociologia jurídica e a sociologia das religiões.....</i>	67
3.1.4 <i>Recepção da sociologia jurídica de Weber nas ciências sociais.....</i>	69
3.2 A questão da racionalidade em Max Weber	72
3.2.1 <i>O conceito de racionalidade</i>	72
3.2.2 <i>Racionalização do direito</i>	76
3.2.3 <i>“Cristalizações” do processo de racionalização: secularização e desencantamento do mundo.....</i>	81
4 O PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE – DEMANDAS DE FAMÍLIA AO JUDICIÁRIO	86
4.1 As novas demandas e o “desencantamento” das relações familiares	94
4.2 A relação entre mudanças na hierarquia familiar e a demanda judicial....	102

5 OS LIMITES DA ORDEM RACIONAL EM RESPONDER ÀS DEMANDAS DE FAMÍLIA AO JUDICIÁRIO	111
5.1 Dimensões que extrapolam o legal <i>stricto sensu</i>	115
5.1.1 <i>Dimensões que dizem respeito à subjetividade</i>	115
5.1.2 <i>Dimensões da vida social.....</i>	116
5.2 Dilemas fundamentais da existência humana e demanda judicial	118
5.2.1 <i>Dilemas considerados como demanda para o Poder Judiciário.....</i>	118
5.2.2 <i>Dilemas não considerados como demanda para o Poder Judiciário.....</i>	124
5.2.3 <i>Dilemas considerados em parte demanda para o Poder Judiciário</i>	127
5.3 Outras formas de racionalidade.....	132
5.3.1 <i>Serviços judiciais, mas não a interferência do Juiz</i>	132
5.3.2 <i>A substituição compulsória de outras instituições</i>	134
6 EXERCÍCIO DA AUTORIDADE DO MAGISTRADO	139
6.1 A aplicação de normas racionais e a autoridade exercida nos conflitos de família.....	144
6.2 A formação para o exercício da judicatura de família.....	150
7 CONCLUSÕES: JURISDICIONALIZAÇÃO, RACIONALIZAÇÃO E CARISMA	159
REFERÊNCIAS.....	165
APÊNDICE.....	173

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa cujos dados alicerçam este trabalho, e a nossa motivação para ambos – pesquisa e trabalho – tem sua origem nas tentativas que fazemos há alguns anos para compreender um fenômeno social que consideramos extremamente complexo: a forma como o Poder Judiciário – uma das instituições sociais mais solicitadas para dar encaminhamento e solução a diferentes conflitos sociais – tem recebido e encaminhado as questões constitutivas das relações familiares.

A complexidade do fenômeno, sob nossa ótica, está no fato dele surgir na intersecção de duas dimensões bastante distintas da vida social: por um lado, as relações familiares que se estabelecem no espaço da intimidade e se caracterizam pelo predomínio dos sentimentos, da afetividade e das relações pessoais e personalizadas; por outro lado, a intervenção de uma instituição social – portanto pública – organizada em torno de normas racionais e impessoais.

As diferentes características dessas dimensões são múltiplas, e, mais especificamente no que diz respeito à solução e ao encaminhamento dos conflitos, a diversidade se localiza no tipo de autoridade que pode interferir nos mesmos para solvê-los: no âmbito das relações familiares, a autoridade baseada em relações mais pessoais e espontâneas, e no âmbito judicial, como em qualquer outra instituição pública, a autoridade baseada em normas e relações impessoais e formalizadas.

A diversidade no tipo de autoridade predominante em cada uma das dimensões, e a tentativa de identificar o exercício da autoridade presente na intersecção das duas dimensões quando a solução dos conflitos familiares é solicitada para o espaço judicial, direcionaram nossa opção em fundamentar teoricamente este trabalho na obra de Hannah Arendt e a de Max Weber.

A justificativa e a articulação dessas fontes será desenvolvida no capítulo a seguir, onde apresentamos o argumento central de nosso trabalho e a forma como foi realizada a pesquisa.

Por agora importa registrar que utilizamos a obra de Arendt essencialmente para tratar da distinção “público e privado”, articulada ao pensamento weberiano na abordagem dada à questão da autoridade.

Os conceitos weberianos, por outro lado, predominam na maior parte da análise, e isso se dá em função da importância que a sociologia jurídica assume no

conjunto da obra de Weber, e da possibilidade de seu trabalho sobre o direito ancorar as pesquisas em ciências sociais.

Por sua importância dentro da totalidade da obra de Weber, e da relevância que assume em nossa tese, a sociologia jurídica weberiana e a questão da racionalidade – conceito chave para compreensão de toda obra deste autor – abordamos esses dois temas de forma mais detalhada no capítulo três.

Independente do desenvolvimento em um capítulo mais específico, é necessário de atenção registrar que a sociologia jurídica de Weber serve de fundamento para as pesquisas em ciências sociais pela complexidade da análise causal feita por ele quando trata da interação do direito com outras dimensões sociais como a política e a economia. Na análise weberiana esta interação envolve múltiplas variáveis, não tendo uma resposta única.

A constatação weberiana de que não existe uma resposta única para a interação entre o direito e as outras dimensões da vida social, se transposta para a pesquisa em ciências sociais *lato sensu*, permite que se considere que, no pensamento weberiano, “as relações de causalidade se estabelecem em referência às condições transcendentais da pesquisa científica. A infinidade do real [...] não autoriza mais que um conhecimento parcial, que exprime uma relação a valores.” (COUTU, 1995, p. 80)

A realidade tem uma infinidade de aspectos, e nas ciências sociais a opção do pesquisador pelos aspectos a serem analisados é feita a partir de valores, ou seja, são os valores do pesquisador que justificam suas escolhas pelo que é fundamental e o que não é determinante.

Weber destaca a importância de se explicitar os valores e de se ter claro a influência dos mesmos nas pesquisas no ensaio de 1917¹ onde reelabora o manuscrito produzido para sua discussão com Schomoller, sobre a interferência dos valores na pesquisa econômica e sociológica.

Neste ensaio, ao se contrapor a Schomoller, ele afirma a importância de se explicitar os valores buscando identificar claramente “o valor a qual cada uma das partes se refere em realidade”. (WEBER, 2001a, p. 234)

¹ O ensaio é *El sentido de la “neutralidad valorativa” de las ciencias sociológicas y económicas (1917)*, que pode ser encontrado em Weber, 2001a.

A explicitação dos valores permite, para Weber, a busca de um maior conhecimento do que se estuda, produzindo um “saber a cerca da verdade” mas não uma “ética normativa”. (ibid., p. 235)

Assim sendo, no plano das ciências, as discussões sobre valores, se corretamente realizadas, ou seja, havendo a distinção entre atribuir valor e interpretar valores, assumem grande importância.

A importância da correta discussão sobre valores nas ciências relaciona-se a fato da “a expressão “relação de valor” fazer alusão unicamente à interpretação filosófica daquele “interesse” especificamente científico que preside a seleção e formação do objeto de uma investigação empírica.” Neste sentido, para Weber, “são os interesses de culturais e, portanto, os interesses *de valor* os que indicam a *direção* também ao trabalho das ciências puramente empíricas.” (ibid., p. 242)

Em termos mais próximos dos que utilizaria Weber para tratar deste tema, Coutu (1995, p. 80) considera que “a imputação causal representa uma imputação probabilística, sobre a base de uma visão necessariamente parcial e fragmentaria da realidade”.²

Embora a opção do pesquisador, ou a imputação causal resultante da mesma, venham a determinar qual dimensão da realidade é analisada, para Coutu (1995) a contribuição da sociologia jurídica weberiana para as ciências sociais pressupõe a distinção entre a abordagem individualizante e a abordagem generalizante.

A abordagem individualizante é a da casualidade histórica, que liga o fenômeno ao conjunto de explicações, enquanto que a generalizante é a abordagem da casualidade sociológica, onde “a imputação causal circunscreve as relações regulares entre os fenômenos [...] que as subsume sob a forma de regras gerais” (COUTU, 1995, p. 81). Apesar de distintas, ambas as casualidades são complementares no plano metodológico, pois ambas são “necessárias à compreensão tanto dos fenômenos singulares quanto das regularidades de ordem geral.” (ibid., p. 82)

² Isto pode ser verificado na definição das ciências, onde a separação não é entre a natureza dos objetos investigados, mas sim da “perspectiva escolhida pelo pesquisador.” (COUTU, 1995, p. 80)

As duas abordagens podem, assim, estarem presentes nas análises das ciências sociais, que suprem sua necessidade de objetividade e de serem capazes de estabelecerem as leis – relações regulares e necessárias – entre os fenômenos, apenas com explicação causal. O mesmo não vale para o determinismo legalista, onde ocorre a negação da possibilidade da explicação causal.

A epistemologia do direito, portanto, quando em relação com a epistemologia das ciências sociais, questiona a segunda. O questionamento acontece na medida em que na epistemologia do direito há a possibilidade de análise a partir de diversos pontos de vista e a racionalização pode ser tanto resultado da coerência lógica (influência da economia na racionalidade do direito) quanto da efetividade empírica (possibilidade dos agentes econômicos em agirem dentro do quadro jurídico). Em contrapartida, na epistemologia das ciências sociais, as regularidades têm valor probabilístico.

Relacionar as duas epistemologias permitiria uma análise mais ampla, pois o estudo do direito permite tanto a análise da “significação conceitual das proposições” quanto da validade empírica da norma, que se refere “às relações causais complexas que pertencem ao domínio da realidade completa.” (COUTU et al., 2001, p. 50)

Os autores destacam, ainda, que “para Weber, esses dois modos de investigação são igualmente legítimos, é preciso simples e imperativamente reconhecer sua autonomia respectiva e evitar toda confusão de gêneros.” (ibid., p. 49)

Na crítica a Stammler, Weber trata da importância de distinguir sem hierarquizar os dois tipos de análise, defendendo o rigor científico e a consideração da relação entre direito e sociedade, ao se estudar o contexto jurídico. De forma exemplar, ao utilizar o jogo de *skat* mostra que a “tripla apreensão da regra do jogo é a exigência metodológica e teórica sobre a qual se funda a validade da explicação causal que o observador-sociólogo pode finalmente avançar.” (ibid., p. 86)

Nesta possibilidade de análise desenhada nos estudos de Weber sobre o direito, pode ser encontrado o fundamento para a avaliação de Treiber (1988, p. 250), de que

É tempo, enfim, de preparar a adaptação da sociologia do direito de Weber objetivando a utilização nas pesquisas empíricas, pois ela constitui um

caminho de descoberta para as questões de pesquisas precisas, mas de grande porte.”

Este, segundo Treiber (1988, p. 249) foi o projeto de Schluchter com a sociologia das religiões, “a saber, o exame crítico e interdisciplinar efetuado por diferentes especialistas.”

Nosso objetivo com este trabalho não é, em momento algum, tão pretencioso, mesmo que tenhamos feito a tentativa de adaptar a sociologia jurídica weberiana à análise de um caso empírico particular – a litigiosidade na justiça de família.

Deixando de lado qualquer pretensão, o que procuramos foi, apenas, a partir da tipologia de legitimação da autoridade – a tradicional, a carismática e a racional – analisar as demandas mais significativas no contexto da justiça de família e as possíveis formas de intervenção judiciais nestas demandas.

O levantamento quanto à demanda foi feito com magistrados, e está detalhada no segundo item do capítulo dois, onde conforme já referido, explanamos a construção do argumento e o desenvolvimento da pesquisa.

Na sequência (isto é, no capítulo três) retomamos o tema da sociologia jurídica weberiana e apresentamos alguns dos principais elementos da abordagem que Weber dá à questão da racionalidade, articulando à esta questão a temática do desencantamento do mundo e da secularização, pois serão estes três conceitos – racionalidade, desencantamento e secularização – os que direcionam a maior parte da análise de dados.

A análise dos dados acontece com um duplo enfoque.

O primeiro enfoque, mais amplo e apresentado nos capítulos quatro e cinco, é a análise que realizamos sobre como se dá a racionalização das relações sociais – no caso, as relações familiares – quando se transformam em conflitos que demandam uma decisão judicial, e os limites da ordem legal-racional – instrumento primordial do Poder Judiciário – em solucionar esses conflitos.

O segundo enfoque, um pouco mais sintético e apresentado no capítulo seis, é a análise quanto à percepção dos magistrados sobre a autoridade que exercem nos conflitos de família, e sobre a formação necessária para este exercício, demonstrando que, embora *a priori* a legitimação desta autoridade seja legal-racional, há também uma legitimação carismática.

Por fim, articulando as duas análises – da incorporação dos conflitos de

família no contexto judicial e da forma como os magistrados se percebem respondendo aos mesmos – concluímos que esta articulação constitui um movimento paradoxal, mas capaz de expressar de forma exemplar a jurisdicionalização das relações sociais, isto é, a busca de reconhecimento da legitimidade de uma demanda através de seu submetimento ao Poder Judiciário ou outra instância que possa “dizer o que justo”.³

³ Conforme explicitado no corpo do trabalho, nos referimos às análises de Rojo (esp. 2003 e 2004).

2 A CONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO E DA PESQUISA

2.1 O argumento

Mais de um dado poderia ser mencionado como ponto de partida para elaboração do argumento deste trabalho, mas acreditamos que alguns fatores relacionados à Constituição Brasileira de 1988 podem cumprir esta função de forma bastante sintética.

A opção por esta síntese leva em conta basicamente quatro assertivas:

- (a) a análise de Carvalho (1995, p. 155), articulando o efeito que teve sobre o desenvolvimento da cidadania no Brasil o processo de re-democratização e a promulgação da Carta de 1988, concluindo que esta representou um “progresso inegável dos direitos sociais e políticos” e teve uma influência positiva na “idéia mesma do direito como algo pertencente ao cidadão, com algo inerente à sua qualidade de membro da comunidade nacional”;
- (b) a consagração na Carta Magna de 1988 da plena igualdade legal entre homens e mulheres, inclusão essa que, mesmo que tenha se dado através de um processo contraditório⁴, significou um imenso avanço em termos de direitos e foi resultado da luta de movimentos sociais que visavam a igualdade de gênero não só no plano legal como no fático, buscando o estabelecimento de relações familiares menos hierárquicas;⁵
- (c) a utilização no texto constitucional do conceito de entidade familiar, que, da mesma forma como a igualdade entre homens e mulheres, permitiu a ruptura com

⁴ O processo contraditório de incorporação da igualdade jurídica entre homens e mulheres foi demonstrado na nossa dissertação de mestrado (BRUNO, 1995), publicada em parte no artigo onde demonstramos que no processo de elaboração da Constituição a família foi entendida pelos parlamentares como sendo o núcleo social básico, “célula mater”, organização natural ou divina, havendo ainda a percepção de uma centralidade feminina. A partir dessa compreensão, “as mulheres tiveram o reconhecimento de sua cidadania fundamentalmente a partir de sua centralidade na família e visando o equilíbrio desse grupo, que se configura no espaço privado, da intimidade e do afeto. Tal reconhecimento não implicou na identificação da mulher como um sujeito portador de direitos, mas seu direito foi deslocado para sua posição na família, ou, principalmente, para a unidade familiar em si mesma” (BRUNO, 2004, p. 44). Assim, “as incorporações de leis que reconhecem homens e mulheres como iguais no espaço doméstico foram feitas fundadas em concepções de desigualdades, ou seja, apresentam-se como “concessões” que visam ou a proteger quem é frágil, mulheres e crianças, ou visando re-equilibrar e manter a família, visando o (re)equilíbrio social e, com tal procedimento, configura a cidadania feminina como subalterna, ou mais adequadamente, como “cidadania concedida.” (ibid., p.45)

⁵ Sobre os movimentos ver, por exemplo: Cardoso e Cardozo (1986), Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (s/d) e Pimentel (1987).

a concepção legal de família predominante, onde havia tanto a primazia do pátrio poder quanto só permitia o reconhecimento dos filhos havidos dentro do casamento legal;

(d) em outro nível, que não os dos direitos individuais acima referidos, mas com a mesma importância, deve ainda ser considerada a consagração na Carta de 1988 da garantia do funcionamento do Poder Judiciário de forma autônoma e independente e de sua inserção como realmente um dos poderes da sociedade democrática, no mesmo plano e com a mesma força que o Executivo e o Legislativo, podendo fiscalizar e rever atos destes poderes que não estejam em conformidade com o ordenamento legal.⁶ Há, portanto, o reconhecimento da visibilidade dos procedimentos e das manifestações que seus agentes tiveram durante o processo de transição política.⁷

As alterações legais referentes às relações de gênero, que têm impacto direto na legislação sobre as relações familiares, e o reconhecimento do maior espaço de intervenção do Poder Judiciário, embora aconteçam de forma independente e não vinculados entre si, se encontram face-a-face quando os conflitos envolvendo relações familiares transformam-se em demandas judiciais.

Foi considerando esta interface entre uma organização familiar menos hierárquica, inclusive reconhecida legalmente, e um Poder Judiciário mais presente nas sociedades democráticas, que nosso argumento foi construído.

2.1.1 *Mudanças na hierarquia das relações familiares e na legislação de família*

O termo família, como diversos autores tem destacado, é bastante fluído e refere-se a diferentes formas de organização, embora seja de uso corrente para designar grupos de pessoas que mantêm entre si vínculos de parentesco (consangüíneo ou não).⁸

Uma das formas de mais conhecidas e analisadas de organização familiar é a chamada “família patriarcal”, pois como destaca Therborn (2006, p. 34), embora no

⁶ Ver Sadek e Arantes, 1994.

⁷ Ver Maciel e Koener, 2002.

⁸ Ver, por exemplo, a observação de Casey (1992, p. 197) que afirma que “a família, em qualquer das suas formas é apenas um conceito heurístico”, e a de Fonseca (1995, p. 21) sobre a existência de “um enorme leque de práticas de organização doméstica e social, dando prova da criatividade dos humanos para inventar formas culturais conforme o contexto em que vivem.”

final do século XIX e início do século XX, “o mundo” não fosse “igualmente patriarcal”, o eram “todas as sociedades importantes” não havendo “uma única exceção” (ibid., p. 33). Esta predominância, deve-se ao fato de que, embora com diferenças significativas quando consideradas classes e culturas distintas, se observavam em todas as sociedades “o poder dos pais, irmãos, maridos e filhos adultos” (ibid., p. 34). Ou seja,

O patriarcado tem duas dimensões intrínsecas básicas: a dominação do pai e a dominação do marido, nessa ordem. Em outras palavras, o patriarcado refere-se às relações familiares, de geração ou conjugais – ou seja, de modo mais claro, às relações de geração e de gênero. Embora o patriarcado, sob várias formas, modelasse também assimetricamente relações entre pai e filho, assim como as relações entre sogra e nora, o núcleo do poder patriarcal consistiu, acima de tudo, no poder do pai sobre a filha e no do marido sobre a mulher. (THERBORN, 2006, p. 29 – grifos nossos)

O objetivo deste trabalho não é analisar nem a consolidação do patriarcado em si mesmo⁹, nem o processo de transformação das relações familiares onde há o declínio desta primazia masculina, menos ainda as mudanças econômicas, políticas, sociais e culturais que foram, ao longo do tempo, provocando alterações nesta estrutura. Porém, não podemos deixar de registrar que a este declínio se articulam importantes redefinições dos espaços públicos e privados, dos papéis de gênero e de toda a legislação sobre essas redefinições.

A estreita vinculação entre o declínio do patriarcado e todas as demais mudanças, inclusive e principalmente a legal, vem do fato deste tipo de dominação, como destacou Therborn (2006, p. 31), ter um aspecto “extrínseco importante: sua relação com os demais poderes existentes”. Assim, todas as mudanças na organização social e na família se interseccionam com transformações legais, que especificamente no que dizem respeito aos papéis de gênero, circunscrevem “os comportamentos individuais por meio da legislação referente às atribuições de cada gênero no casamento e na família, definindo-se com isto os direitos civis e políticos, desigualmente para homens e mulheres.”(VAITSMAN, 1995, p. 332)

A definição de direitos específicos, mesmo que desiguais, para os membros

⁹ Para tal, remetemos o leitor ao autor que estamos utilizando neste momento (THERBORN, 2006, esp. p. 38 – 44), que demonstra como “o homem de família, provedor, administrador de sua propriedade, tornou-se norma do século XIX”, assim como, “perto de 1900” este mesmo homem “que se estabeleceu como aspiração normativa” das classes dominantes na Europa, “tinha emergido *de facto*”.

da família, implica em dois processos: (a) a individualização dos membros da família e seu reconhecimento enquanto cidadãos (embora uma cidadania diferenciada) e (b) o deslocamento da autoridade – e da função provedora – do pai para o Estado, ou seus representantes.

Ambos os processos, que não podem ser desvinculados do declínio (ou enfraquecimento) do patriarcado, têm grande importância na construção do argumento que deu origem a este trabalho.¹⁰

Com relação ao deslocamento da autoridade, registramos a análise de Flaquer (1998, p. 195), quando conclui que o “declínio do patriarcado”

determina que as funções antes designadas à família estão passando ou passaram ao Estado. [...] A de dominação é a primeira que passou ao Estado quando este se constituiu precisamente para resolver o problema da defesa e da manutenção da ordem pública. Desde Weber se considera o monopólio legítimo da violência como a marca distintiva do Estado. No entanto, até há relativamente pouco a família também desempenhava algumas tarefas adjuntas de polícia, desde o momento em que, em conjunto com a comunidade local, a igreja e o centro de trabalho, exercia, todavia funções difusas de controle e enquadramento sociais.¹¹

O deslocamento da autoridade não implica apenas no deslocamento da dominação, mas também no estabelecimento de direitos, em seu sentido estrito de ordem legal.

No Brasil, pelo menos no contexto do ordenamento legal, possivelmente o marco mais importante do reconhecimento da organização familiar como menos hierarquizada, isto é, resultante do declínio ou enfraquecimento do patriarcado, é a Constituição Brasileira de 1988.

Na elaboração da Carta Magna Brasileira de 1988 diversos grupos exerceram pressão visando à incorporação ou o estabelecimento de direitos. Dentre estes grupos, aqueles que defendiam os direitos femininos foram os que mais se destacaram nesta mobilização¹², interferindo de forma significativa no processo

¹⁰ Os dois processos de alguma maneira se relacionam no trabalho de Therborn (2006, p. 34) quando, ao lado do “congresso internacional sobre as condições e os direitos das mulheres” (que ocorreu em Paris em 1900) ele destaca que “mais significativo, foram as mudanças legais ocorridas na instituição familiar no último quartel do século XIX, em alguns países”. Ressaltamos que, para nós, esses fatores são indissociáveis.

¹¹ O autor coloca outros aspectos relacionados às mudanças ocorridas nas estruturas familiares nas quais há o declínio da centralidade e da autoridade paterna, mas, tendo em vista esta proposta de tese, consideramos mais importante registrar sua colocação sobre o deslocamento da questão da autoridade do espaço da família para o espaço do Estado.

¹² Para melhor esclarecimento sobre esses grupos ver especialmente: Cardoso e Cardozo (1986), Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (s/d) e Pimentel (1987).

Constituinte, com demandas de igualdade tanto no âmbito do trabalho como no âmbito da família.

As reivindicações das mulheres foram sistematizadas na Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes¹³ e um dos resultados destas demandas foi o reconhecimento da plena igualdade entre homens e mulheres em todos os âmbitos, inclusive o da família.

O reconhecimento de igualdade entre homens e mulheres no referente a direitos e deveres, incluindo os domésticos e familiares¹⁴, e o reconhecimento da família não constituída através do casamento (denominada de entidade familiar no texto constitucional), são determinantes para mudanças no ordenamento legal sobre família no Brasil.

O conceito de entidade familiar abarca em si outras formas de organização familiar que não a exclusivamente formada a partir do casamento com fins de procriação, incluindo a família monoparental e o casal não legalmente casado, com ou sem filhos.

Junto ao reconhecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres e da ampliação da concepção jurídica de família através do conceito de entidade familiar, outra mudança significativa no plano do direito de família é o dispositivo que impede qualquer tipo de discriminação entre os filhos gerados dentro e fora do casamento.

Estas mudanças, apesar de sua importância, estão em um único artigo do texto constitucional (226 e incisos), e não foram imediatamente incorporados à legislação ordinária, pois não revogaram automaticamente o Código Civil em vigor desde 1916.¹⁵

As mudanças possibilitaram, porém, demandas judiciais e produção jurisprudencial fundamentadas em concepções de família diferentes do conceito de grupo familiar formado pelo casal, legalmente casado, e seus filhos, sendo o homem o chefe da sociedade conjugal e detentor primeiro do pátrio poder.

Abriu-se, portanto, uma dupla perspectiva: (a) de que demandas de igualdade

¹³ A Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes pode ser consultada em Pimentel (1987, p. 73-78).

¹⁴ Ver Brasil, 1994, p.102.

¹⁵ O Código Civil de 1916 foi revogado definitivamente em janeiro de 2003 com a entrada em vigor, após um período de um ano de *vacatium legis*, do Código Civil promulgado em janeiro de 2002. (BRASIL, Lei n.10.406)

de direitos para todos os membros da família fossem feitas no contexto jurídico e (b) a de que tanto essas demandas fossem acolhidas pelo Poder Judiciário, quanto as decisões dos magistrados fossem tomadas tendo por base uma concepção de família diferente da concepção patriarcal, fundada no casamento legal e com discriminação entre os filhos havidos dentro e fora do casamento.

É neste ponto, portanto, que as mudanças na estrutura das relações familiares e o reconhecimento de uma família menos hierarquizada tem uma interface com o Poder Judiciário.

2.1.2 O Poder Judiciário

Os estudos sobre o Poder Judiciário se tornam significativos nas ciências sociais nas últimas décadas do século XX, e relacionam-se com as mudanças sociais que têm como consequência uma posição de maior destaque deste Poder na cena sócio-política.

Sérgio Adorno (1994, p. 7) é objetivo a este respeito quando justifica que a emergência e a importância do tema se colocam devido às “novas formas de conflitualidade emergentes com a contemporaneidade”. Segundo ele, as transformações sociais acontecem como num “turbilhão” e têm como repercussão principal a forma de “distribuição da justiça e o funcionamento do poder Judiciário.”

A repercussão é explicada por Rojo fazendo uma referência a Wayne McIntosh, que trabalha com a hipótese de que em períodos de transição,

o litígio transforma-se, inevitavelmente, em um exercício político que exige a cada parte reunir os recursos disponíveis e manipular o sistema jurídico com vistas a criar vantagens estratégicas e proteger uma série de interesses de face à oposição. (MCINTOSH, 1990, p. 14 Apud ROJO, 2003, p. 26)

De forma particular quanto ao Brasil¹⁶, a observação de Maciel e Koener (2002, p. 113) a respeito do crescimento no número de trabalhos sobre temas relativos à área legal no debate das ciências sociais é pertinente por relacionar estes estudos à maior “presença de instituições judiciais, de seus procedimentos e de

¹⁶ O comentário nos parece válido, mesmo que nossa revisão nesta parte do trabalho não se restrinja à produção de autores nacionais, mas os priorize.

seus agentes na democracia brasileira.”¹⁷

Na literatura brasileira, duas obras podem ser identificadas como referência quando se fala do protagonismo do Judiciário na sociedade e na análise deste protagonismo feito pelas ciências sociais: a *Revista da USP – Dossiê Judiciário* (1994) e a publicação *O Judiciário em Debate* (SADEK, 1995).

A primeira publicação é uma coletânea de textos sobre o contexto jurídico e a segunda sintetiza a discussão feita a partir da análise dos dados de uma pesquisa realizada em 1993 pelo IDESP (Instituto de Estudo Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo) com os magistrados de cinco estados, tendo como objeto as percepções dos mesmos sobre o Poder Judiciário,

A justificativa do estudo das percepções dos magistrados (e da publicação) é feita ressaltando a lacuna existente na época de trabalhos tendo como tema o Judiciário, lacuna esta que surge em diferentes dimensões, pois:

O Judiciário praticamente não tem sido estudado pelos cientistas sociais brasileiros. Não há uma tradição de pesquisa, nem uma literatura que possa servir de base a cursos universitários, nem uma massa crítica de especialistas aptos a intervir no debate público. O que há é uma enorme lacuna. (SADEK, 1995, p. 7)

A lacuna, quando do comentário de Sadek, não era apenas de trabalhos ou de “uma massa crítica de especialistas”. Às observações acima podem ser acrescidas as considerações de Sérgio Adorno (1994, p. 8) na apresentação do Dossiê publicado pela USP: independente da publicação não ter tido como objetivo a uniformidade ou a homogeneidade, ela reflete a inexistência de “um solo teórico comum onde diferentes perspectivas possam ser ancoradas.”

Ambas as publicações delimitam, cada uma a partir de sua estrutura, a linha que os trabalhos subseqüentes, com maior ou menor ênfase, seguirão:

- (a) o acesso à justiça e a forma de resolução de conflitos;
- (b) a organização e funcionamento do Poder Judiciário, tanto no que diz respeito a uma possível crise, quanto à sua função constitucional;
- (c) a maior inserção do Poder Judiciário na esfera política e/ou a expansão de sua

¹⁷ Embora não diga respeito especificamente ao Brasil, o texto de Cárvoa (1996, p. 100) sobre a função do Judiciário no que ele denomina de “novas democracias” nos parece extremamente pertinente para explicar esta presença. Para ele, as novas democracias apresentam, sobretudo, “um grave déficit de legalidade” e cabe ao direito “basicamente através de um processo de re-significação de práticas, normas e instituições, deslocar a cultura do autoritarismo reconstruindo (ou construindo) um imaginário democrático.” (ibid., p. 107)

área de intervenção.

Particularmente com relação ao último eixo surgem posteriormente significativos trabalhos que, mesmo fazendo análises com focos e argumentos diferentes têm uma mesma perspectiva: as mudanças nas formas de resolução de conflitos e na atuação do Poder Judiciário da sociedade contemporânea.¹⁸

Independente das variantes na caracterização deste fenômeno, bem como nas expressões lingüísticas que o designam, o dado importante é a constatação de que o Poder Judiciário, quer pelo exercício de sua função precípua – julgar – quer pela difusão de seus métodos – adjudicatórios – para outras instâncias de resolução de conflitos, tem um papel de destaque na cena contemporânea, não só no que diz respeito à esfera política, mas também às demais relações sociais.

Uma das condições para expansão do Poder Judiciário, em sua dupla dimensão – intensificação de sua atuação e difusão de seus métodos – é o processo de democratização (re-democratização) pelo qual passam muitos países. Esses processos, ligados a contextos mais amplos de reconhecimentos de direitos individuais e coletivos, são feitos especialmente através das cartas constitucionais, e, mesmo que ainda não consolidados, o simples reconhecimento dos direitos provoca um aumento na procura de soluções jurídicas para sua garantia e consolidação.

Especificamente com a relação ao Brasil, Sérgio Adorno (1995, p. 9) destaca que há indicações de que na nova ordem democrática, inclusive garantida pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário se apresenta basicamente como um administrador de conflitos intersubjetivos, isto é, um “instrumento para a consecução de direitos consagrados no pacto constitucional.”

A consagração destes direitos provoca, no acesso da população ao sistema judiciário brasileiro o que Campilongo (1995, p. 15) identifica como a procura da “afirmação da cidadania pela via judicial”, situação esta diferenciada, segundo ele, da demanda dos cidadãos dos países centrais, onde “a preocupação com o acesso à justiça é principalmente com a manutenção de um certo padrão de garantia dos direitos, de eficácia e de penetração dos direitos na sociedade.”

¹⁸ Ver: Rojo (2000, 2003 e 2004); a coletânea de textos organizada por Tate e Vallinder (1995a), Cappelletti (1989 e 1993), Vianna et al. (1999).

Trata-se, no Brasil, do reconhecimento legal de que todos são cidadãos, mesmo que esta cidadania não se concretize no cotidiano das relações sociais e institucionais.

Como destaca Carneiro (1995, p. 30), para grupos tradicionalmente marginalizados socialmente, como mulheres e negros, “o acesso à justiça institucionalizada” significa a possibilidade de realização da cidadania, a busca da visibilidade através da inserção no sistema jurídico.

Essa busca de visibilidade é apontada por Rojo (2003 e 2004) como uma das características da presença mais acentuada do Judiciário na vida social, pois, como ele diz textualmente, quando os atores se identificam como sujeitos de direitos, um dos fins de submeter suas demandas aos tribunais ou a outras instâncias que adotam práticas adjudicatórias consiste na busca “de repercussão pública para certas questões que, em caso omissis, poderiam ser ignoradas ou preteridas.” (ROJO, 2003, p. 24)¹⁹

O reconhecimento dos direitos e a busca da visibilidade das demandas através do processo judicial não acontecem, porém, de forma linear.

Baseando-se em dados estatísticos aparentemente contraditórios quanto a: (a) a resolução dos conflitos vir a ser feita cada vez mais fora do Poder Judiciário²⁰ e (b) a crença dos clientes de serviços de assistência judiciária de que a solução de problemas especialmente na área de família e trabalho depende do Poder Judiciário e dos advogados²¹, Campilongo (1995) identifica na sociedade brasileira um duplo movimento nos procedimentos para resolução de conflitos envolvendo direitos.

O duplo movimento implica:

(a) por um lado na existência, de uma crescente importância do Poder Judiciário, com a intensificação das demandas de pessoas que “confiam cada vez suas esperanças à justiça” (Campilongo, 1995, p.15), mas

¹⁹ Embora não concorde com este argumento, Oliveira (2003), cita Laura Gingold como fazendo parte do grupo de autores que acreditam que a expressão de uma demanda dentro do contexto jurídico (no caso especificamente através dos depoimentos) “permite legitimar os discursos de “atores sociais que na prática não tem espaço para fazer-se escutar”.”

²⁰ Referência ao resultado de uma pesquisa do IBGE, no sentido de que “55% dos conflitos jurídicos em que os brasileiros se envolveram durante um determinado período [...] não foi resolvido com a intervenção de advogados e muito menos com a intervenção do Poder Judiciário” (CAMPILONGO, 1995, p. 16).

²¹ A pesquisa citada foi realizada em 1990 nos escritórios de assistência judiciária de São Bernardo do Campo (SP).

(b) ao mesmo tempo, da constatação da existência de um processo de des-institucionalização do conflito, na medida em que “parte dos conflitos está sendo encaminhada de forma diferente daquela que tradicionalmente concebemos” (ibid., p. 15), ou seja, está havendo uma resolução de conflitos sem a interferência dos juizes ou dos advogados.

Justamente Rojo (2003 e 2004) trata de dar conta deste duplo movimento com o conceito de jurisdicionalização²², que se refere tanto à judicialização como a des-judicialização, como movimentos que definem a mesma demanda de uma instância simbólica chamada a dizer o que é justo.

O duplo movimento e o pressuposto que “o conflito social moderno é um conflito em torno da ampliação ou restrição de direitos”, levam Campilongo (1995, p. 17) concluir pela necessidade do Judiciário “oferecer novas respostas a essa conflituosidade que se resolve diferente do Direito tradicional”.

A resolução pode ser “diferente do direito tradicional” como se refere este autor, mas não foge do contexto identificado por Rojo (2003 e 2004) da busca de formas adjudicatórias de resolução de conflitos.

Ainda considerando a maior busca de soluções jurídicas para os conflitos, mas em contraposição ao argumento de des-institucionalização apresentado por Campilongo (1995), Falcão (1995, p. 21) refere-se a uma re-institucionalização, entendida como um necessário “ajuste processual”. Segundo ele, o que se observa é uma “nova legalidade” que rompe com a perspectiva dogmática da ordem jurídica e, “ao invés de trabalhar com o conceito da lei geral, universal e abstrata, trabalha-se com uma lei específica, aplicável ao caso concreto [...] numa perspectiva promocional.”(ibid., p. 29)

As considerações de Falcão (1995, p. 29) são feitas focando-se basicamente nas reivindicações de institucionalização de direitos feitas por alguns movimentos sociais, que se dão “de uma maneira em boa medida antagônica com a concepção tradicional de legalidade”, mas mesmo assim visam o reconhecimento de direitos no plano da processualidade jurídica.

²² O conceito será mais trabalhado no item 2 deste capítulo, quando tratarmos da pesquisa que deu origem a esta tese.

O Poder Judiciário, portanto, passa a ser analisado e adquire maior visibilidade a partir da perspectiva de ser, senão a única, pelo menos a instância principal de garantia dos direitos conquistados. Sua atuação, porém, é consequência da atuação de seus agentes – os magistrados. Neste sentido, os estudos sobre o contexto jurídico não podem ser totalmente desvinculados de estudos sobre a magistratura em si mesma.

2.1.3 *Estudos sobre a Magistratura*

Da mesma forma como os estudos sobre o Poder Judiciário são relativamente recentes no contexto das ciências sociais brasileiras, também são recentes os estudos que se concentraram especificamente na magistratura e nos promotores públicos.²³

No contexto dos trabalhos específicos sobre a magistratura, dois pesquisadores (ou grupos de pesquisadores) merecem destaque: Vianna et al. (1997), com a pesquisa realizada com magistrados a nível nacional conjuntamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ), e Bonelli (2001 e 2005) com a pesquisa focada nos processos de socialização dos magistrados dentro da carreira.²⁴

A análise da pesquisa do IUPERJ/ AMB com os magistrados, embora segundo os próprios cientistas tenha uma ênfase mais quantitativa, teve como referência dois contextos teóricos: (a) da heterogeneidade da elite brasileira²⁵ e (b) do “protagonismo do Judiciário”, entendido pelos autores basicamente como

um efeito inesperado da transição para a democracia, sob a circunstância geral – e não apenas brasileira – de uma reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade, em consequência das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo. (VIANNA et al., 1997, p. 12)

O resultado da análise dos dados sobre a composição e as concepções da magistratura brasileira produz o que os autores consideram “um retrato”, tendo

²³ Mesmo o Ministério Público não fazendo parte da estrutura do Poder Judiciário, diz respeito às questões afins por referir-se ao contexto jurídico num sentido mais amplo. Assim, também ele será foco de atenção dos pesquisadores, principalmente tendo em vista a reformulação de suas funções após a Constituição de 1988 (ver, por exemplo: VIEIRA, 2003, e SILVA, 2001).

²⁴ A opção por referirmos apenas essas três pesquisas neste momento se deu pelo fato das mesmas terem sido realizadas por pesquisadores e com magistrados brasileiros, embora no decorrer do trabalho utilizaremos ainda a pesquisa de Santos et al. (1996) sobre o contexto judicial em Portugal.

²⁵ Ver Vianna et al., 1997, p. 7 e seguintes.

havido a tentativa de corrigir a imobilidade “com uma análise de tendências” (ibid., p. 321).

Dentre as conclusões do estudo se destacam as seguintes:

- (a) a magistratura está se caracterizando pela juventude e feminilização;
- (b) há uma mudança no sentido da inserção mais ativa dos juizes na sociedade ou, como explicitado no texto, o Judiciário “além de declarar o direito, [...], ao menos de modo latente, se vê envolvido com a realização da justiça”, “guardião, em última instância, dos direitos fundamentais e sociais” (VIANNA et al., 1997, p. 322) e,
- (c) no referente à mobilidade social dos magistrados há o indicativo de que a maioria deles

não é portadora de uma visão de mundo sedimentada e socialmente homogênea, tendo transitado em diferentes ambientes culturais, o que em princípio tende a favorecer neste tipo de juiz uma maior sensibilidade a processos de mudança social, ainda que não possa, com base apenas no processo de mobilidade, presumir os modos, as formas e a direção dessa sensibilidade. (ibid., p. 116)

As conclusões do primeiro trabalho de Bonelli (2001) seguem em outra direção, especialmente com relação à última conclusão de Vianna e seu grupo.

A partir dos dados coletados na pesquisa feita no contexto da sociologia das profissões e tendo como foco a formação da ideologia profissional dos desembargadores paulistas em um período relativamente longo (1873 – 1997), a autora questiona a heterogeneidade referida por Vianna et al. (1997).

Segundo Bonelli (2001, p. 275), as mudanças na composição social do grupo de magistrados não teria como reflexo mudanças “significativas sobre o modo de pensar”, pois, para ela, a homogeneidade ou heterogeneidade da magistratura não podem ser relacionadas de forma automática com sua possível homogeneidade ou heterogeneidade em termos de composição social ou ideológica.

A fundamentação de sua crítica refere-se ao fato de, na pesquisa sobre a profissionalização dos desembargadores, os dados enfatizarem

como a ideologia profissional que vem predominando tem sido realimentada na Magistratura paulista, através da concepção de profissionalismo que delimitou sua fronteira com os contenedores políticos. A análise dos periódicos ilustra como os desembargadores construíram a autoridade moral do Tribunal de Justiça de São Paulo perante seus pares e as profissões do Direito, enfatizando valores universais, o papel de porta-voz do bem comum da sociedade, a neutralidade técnica e o domínio da jurisprudência, o reforço do conagraçamento interno nos eventos, nos elogios e nas homenagens, exemplificando as condutas e os percursos valorizados pela nata do Judiciário paulista. (ibid., p. 260)

Num segundo trabalho, a mesma autora (BONELLI, 2005) procura demonstrar a diversidade que passa a compor esse processo de socialização, quando se analisam textos produzidos pelos magistrados em publicações específicas, em comparação entre si e com publicações da imprensa extracorporação de ampla divulgação.

Nessa segunda análise, ela conclui que a identidade dos juízes não é totalmente homogênea, advindo à pluralização na auto-imagem e nas representações da magistratura.

A pluralização se daria especialmente nas publicações não-oficiais, e seriam resultado das “agendas globais que vocalizam a urgência da democratização, pressionando governos nacionais a diminuir o risco interno e garantir maior capacidade e predição para o investimento de capital estrangeiro em países com Judiciários pouco previsíveis.” (BONELLI, 2005, p. 111)

Independente homogeneidade ou da pluralidade identificada por Bonelli (2001 e 2005), e das críticas dela ao trabalho de Vianna et al. (1997), tanto os estudos sobre a magistratura quanto os sobre o Poder Judiciário, referidos ou não nesta revisão, nos permitiram a seleção de categorias de análise para a pesquisa que deu origem a esta tese, como apresentado a seguir.

2.2 A pesquisa

2.2.1 Categorias de análise

Na construção do argumento da pesquisa, selecionamos as categorias de análise considerando:

- (a) as mudanças que os estudos indicam ter havido no Poder Judiciário na sociedade contemporânea, nos fixando especialmente no conceito de jurisdicionalização;
- (b) duas interpretações sobre a atuação da magistratura na re-configuração do espaço de intervenção judicial;
- (c) as transformações na estrutura familiar, principalmente com a diminuição das hierarquias e o conseqüente deslocamento da autoridade, da família para o espaço público, e
- (d) categorias extraídas de estudos e análises sobre a questão da autoridade.

2.2.1.1 O conceito de Jurisdicionalização

Se com relação aos estudos brasileiros sobre a magistratura não se pode identificar uma homogeneidade, no que diz respeito às análises sobre o Poder Judiciário, pelo menos um elemento pode ser identificado como recorrente: as análises sobre a expansão deste Poder são feitas utilizando como designação mais comum para este fenômeno o termo judicialização e expressões e conceitos correlatos.

Não temos como precisar a primeira utilização do termo judicialização (e seus correlatos) na literatura brasileira sobre o assunto, mas em pelo menos dois textos do Dossiê da Revista da USP (1994) eles já estão presentes, mesmo sem referência explícita à sua origem ou a outros estudos que os utilizem.

No Dossiê, o termo “judicialização” é utilizado Lopes (1994, p. 26) identificando o aumento e a diversificação dos litígios, o que se dá, segundo ele, “em duas ondas simultâneas”: os “conflitos envolvendo os novos direitos” e os “conflitos envolvendo a efetiva aplicação dos antigos direitos em novos contextos”.

Em síntese, o que ele entende quanto a judicialização, no caso brasileiro, diz respeito às

demandas por justiça dinâmica (alteração de regras), algo que só pode ser realizado judicialmente na esfera da discussão da constitucionalidade das leis, atos e políticas públicas. Além disso, está em questão a justiça distributiva (realocação de riquezas e autoridade). (ibid., p. 26)

Na mesma publicação, “judicialização da política” é a expressão utilizada por Sadek e Arantes (1994, p. 37) quando analisam a crise institucional como um dos problemas do Judiciário brasileiro. Neste contexto a expressão judicialização da política é utilizada para indicar que os conflitos entre o Executivo e o Legislativo “estimulam uma politização excessiva do Judiciário.”

Sadek e Arantes (1994) não fazem referência a nenhuma outra obra onde o conceito seja utilizado, nem discorrem mais profundamente sobre o seu significado, mas o sentido dado por eles se aproxima da forma como Vianna et al. (1999) e Ribeiro (2001) utilizarão o conceito: referido aos estudos da coletânea editada por Tate e Vallinder (1995a).

Ribeiro (2001) utiliza o conceito como parâmetro para tratar da discussão sobre o controle externo da magistratura, argumentando que enquanto os demais poderes estão submetidos tanto ao controle judicial, quanto ao processo político em

si mesmo, o Judiciário se mantém independente. Esta independência, para ele, é complexa, em se considerando o protagonismo do Judiciário.

Vianna et al. (1999) não discutem a questão do controle externo, mas também se fundamentam na coletânea de Tate e Vallinder (1995a), especialmente no textos dos próprios (TATE e VALLINDER, 1995b), para tratar da questão da relação entre os Poderes republicanos.

Ao optarem por este referencial, “judicialização”, enquanto forma de resolução de conflitos políticos, será uma expressão chave para a análise de Vianna et al. (1999) sobre a relação entre o Judiciário e a política no Brasil, bem como para a análise da relação da instância judicial com a sociedade brasileira.

Estes cientistas sociais, portanto, trabalham o conceito de judicialização tanto referido à política – no sentido de Tate e Vallinder (1995b) – como referido às relações sociais – numa aproximação com Garapon (1996).

No primeiro caso, tendo como dados empíricos as Adins (Ações Diretas de Inconstitucionalidade) do período de 1935 a 1988, a conclusão de Vianna e sua equipe é de que a judicialização da política no Brasil – entendida como a presença mais marcante do Judiciário na arena política, fazendo deste Poder um “ator político e importante parceiro no processo decisório” (VIANNA et al., 1999, p. 51) – se dá de forma diferente de outros países onde há “assunção de papéis por parte de antigas instituições.” (ibid., p. 47)²⁶

No Brasil, segundo os autores, a judicialização da política tem um duplo caráter:

de um lado, apresenta um perfil que se identifica com o produzido pela bibliografia sobre o assunto – as minorias parlamentares demandam a intervenção do Judiciário contra a vontade da maioria – mas, de outro, se afasta dele, singularizando-se pela ação dos Executivos estaduais e da Procuradoria da República contra a representação parlamentar, em sua esmagadora maioria de âmbito estadual, em uma indicação de que não apenas a sociedade, mas também a própria Federação, se encontra desajustada da vontade do soberano e tem reclamado a presença de um *tertius*. (ibid., p. 68)

²⁶ Para Vianna et al. (1999, p. 51) a judicialização da política no Brasil tem por característica: (a) não ser resultado de movimento da sociedade civil, (b) não ser também resultado de um processo de amadurecimento interno do Poder Judiciário; (c) somar duas atribuições: “examinar, [...], matérias de política econômica e de justiça distributiva.”

Quando se referem à “bibliografia sobre o assunto” os autores estão se fundamentando basicamente nos trabalhos que tratam da maior presença do Judiciário na cena política, referindo-se a uma expansão deste Poder, sendo as referências feitas especialmente aos trabalhos da coletânea organizada por Tate e Vallinder (1995a) e às obras de Cappelletti (1989 e 1993).

Apesar dessa referência, devemos registrar que na avaliação de Cappelletti (1993, p. 19), a maior presença do Judiciário na sociedade contemporânea não caracteriza uma expansão exclusiva deste Poder: a expansão do Judiciário é, na verdade, um reflexo da “*expansão do Estado* em todos os seus ramos.”

Especificamente, quanto ao Judiciário, Cappelletti (1993, p. 31) entende a expansão como uma “intensificação da atividade jurisprudencial”. Isso significa que, embora os juizes tenham sempre criado direito ao interpretarem a lei para aplicá-la, diversos fatores levam a uma intensificação nesse procedimento. Ou seja, há um aumento na capacidade e/ou na decisão dos juizes em interpretarem criativamente as leis, quer nas áreas onde já interferiam quer em áreas novas, como as de interesse coletivo ou difuso. A revisão judicial (*judicial review*) como uma das formas de re-estabelecimento de princípios imutáveis, constitucionalmente consagrados e que devem ser respeitados pelo governo, seria um aspecto dessa intensificação da atividade jurisdicional.

A revisão judicial, e sua incorporação em sistemas jurídicos nos quais não estavam presentes, também é citada por Vallinder (1995, p. 16) quando analisa a expansão do Poder Judiciário. Para ele, a revisão judicial é uma das formas como esta expansão se dá, ao lado da “expansão do *staff* judicial ou métodos de trabalho judicial no setor administrativo.”

Alegando ser uma questão de síntese, Tate e Vallinder (1995b) referem-se aos diversos aspectos da expansão do judiciário utilizando-se da expressão “judicialização da política”. Dessa mesma forma Shapiro (1995), Sunkin (1995), e Holmström (1995) definem o processo de expansão do judiciário em seus países (respectivamente Estados Unidos, Reino Unido e Suécia).

A expressão, na verdade, não é utilizada apenas por uma medida de economia do discurso: ela traduz o verdadeiro sentido que os autores dão à expansão do Poder Judiciário, ou seja, a maior presença deste Poder na vida política, quer por suas decisões ou pela disseminação de seus métodos.

As relações políticas são, portanto, identificadas como estando permeadas pelas decisões judiciais e/ou pelo uso de métodos de resolução de conflitos até então restritos às cortes. Este o significado mais exato da expressão 'judicialização da política'.

Interessante registrar aqui o trabalho de Oliveira (2005) que mesmo definindo judicialização a partir de Tate e Vallinder²⁷, introduz um conceito original para explicar melhor o fenômeno, o conceito de “ciclo da judicialização”.

O “ciclo da judicialização” significa, para autora, abordar “a judicialização como um processo de três fases, que implica: primeiramente no acionamento do Judiciário através do ajuizamento de processos – ou *politização da justiça*; em segundo lugar, no julgamento do pedido de liminar (quando houver); e, por fim, no julgamento do mérito da ação, que enseja a *judicialização da política* propriamente dita.” (OLIVEIRA, 2005, p. 560)²⁸

A expressão judicialização da política não é utilizada por Cappelletti (1993, p. 77), mas ele também identifica que métodos antes restritos ao âmbito do Judiciário passaram a ser utilizados por outras esferas de deliberação. Ao invés de falar em judicialização da política ele fala em “jurisdicionalização” dos processos legislativos e administrativos”. Por outro lado, fala também da “politização” do juiz, ou seja, da intensificação da responsabilidade moral e política do juiz que está relacionada com o aumento da atividade criativa jurisdicional.²⁹

O conceito de jurisdicionalização de Cappelletti não será utilizado por Vianna e seus colaboradores. Rojo (2003 e 2004), por sua vez, conforme comentado a seguir, utilizará a expressão jurisdicionalização, mas em sentido diverso e sem relação com a obra de Cappelletti.

²⁷ A partir destes autores, ela define judicialização como sendo a “utilização de procedimentos judiciais para a resolução de conflitos de ordem política, tais como controvérsias a respeito de normas, resoluções e políticas públicas em geral, adotadas/implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.” (OLIVEIRA, 2005, p.559)

²⁸ Para a autora, “não se pode falar em judicialização da política somente em função do acionamento do Judiciário pela sociedade civil, pelos partidos ou pelo ministério público (que seria apenas a primeira etapa do ciclo, a *politização da justiça*), sem que haja uma resposta (isto é, o julgamento do mérito das ações, independentemente se a favor ou contra) às ações impetradas. Nesse sentido, pode ocorrer a judicialização apenas quando o Judiciário responde à demanda, independentemente da decisão à qual chega. Ao contrário, não há judicialização – quando o Judiciário é acionado, mas não responde à solicitação, mesmo que a medida cautelar do processo (liminar) seja julgada (cuja apreciação é de caráter emergencial); nesse caso, há apenas uma *politização da justiça*, uma vez que o resultado prático ainda não é a interferência do Judiciário na política.” (OLIVEIRA, 2005, p. 560)

²⁹ Ver Cappelletti, 1993, p. 33.

Sem qualquer referência aos conceitos utilizados por Cappelletti e Rojo, a capacidade analítica do conceito de judicialização, e a forma como é utilizado na obra de Vianna et al. (1999), é questionado em uma resenha crítica (MACIEL e KOENER, 2002) feita considerando esta obra e um livro sobre o Ministério Público.³⁰

Nesta resenha, o conceito de “judicialização da política” é identificado como sendo “a expressão que determina o enfoque e orienta o debate” sobre o Poder Judiciário na ciência política, sendo questionada a pertinência de seu uso “para a análise empírica das relações problemáticas entre instituições judiciais e instituições políticas na democracia brasileira.” (MACIEL e KOENER, 2002, p. 113)

Após discutir a expressão judicialização em si mesma, e afirmar que este conceito configura um “controverso universo social e normativo” (ibid., p. 117), universo este no qual estão inseridas as obras criticadas, especificamente com relação à obra de Vianna et al. (1999), é feita a seguinte avaliação:

a pesquisa empírica de Werneck Vianna torna flagrante a diluição da própria idéia de judicialização da política, na medida em que o autor indica a convivência, ao mesmo tempo conflituosa e cooperativa, entre as instâncias políticas e judiciais. (MACIEL e KOENER, 2002, p. 129)³¹

Feitas estas e outras críticas, Maciel e Koener (2002) não se debruçam sobre a segunda parte da obra de Vianna et al. (1999) onde o conceito de judicialização é transportado para a análise da ingerência do direito nas relações sociais, com a utilização da expressão judicialização das relações sociais.

Judicialização das relações sociais é a expressão utilizada por Vianna et al. (1999, p. 149) para conceituar a “crescente invasão do direito na organização da vida social”, referindo que esta é uma forma “convencional” de designar

todo um conjunto de práticas e novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisável pelos sistemas jurídicos – [...] – os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça.

³⁰ O livro da resenha é **Ministério Público e política no Brasil**, da autoria de Rogério Bastos Arantes, editado em 2002 pela Editora Sumaré (São Paulo).

³¹ Criticando não só Vianna et al., mas o conjunto de trabalhos brasileiros sobre o tema, Oliveira (2005) procura demonstrar que é preciso olhar com mais cautela para o que a literatura nacional vem chamando de judicialização da política. A análise do caso das privatizações mostra que o Judiciário não interveio na arena política e, portanto, não se pode dizer que ele vem produzindo no Brasil a judicialização da política somente em função de números de ações impetradas que têm por objeto políticas públicas. O elevado número de ações pode ser apenas uma expressão do novo formato institucional adotado por este Poder a partir de 1988, que favorece a politização da justiça, mas não necessariamente representa a judicialização da política.

Os autores não explicitam à base empírica ou conceitual sobre a qual teria surgido a convenção de chamar a maior ingerência do direito na vida social pela expressão judicialização das relações sociais. Referem-se apenas, na continuidade, à obra de Antoine Garapon (1996) para justificar a invasão do direito para além da política.

Garapon (1996) avalia que um dos fatos mais significativos do final do século XX é a presença cada vez mais marcante do Judiciário em áreas onde antes ele não estava presente ou estava de forma pouco notável. Assim sendo, aumentam os setores da vida social nos quais os juizes se manifestam cada vez mais. Além de mediar e resolver conflitos na esfera da economia e da política, o Judiciário têm sido chamado a se pronunciar sobre questões internacionais, morais, sociais e privadas.

O material empírico de Vianna et al. (1999, p. 155) para demonstrar essa solicitação, no caso brasileiro, são os Juizados Especiais, entendidos por eles como marco no processo de “invasão do direito na vida social.”

Na concepção destes autores, os Juizados Especiais seriam capazes de expor o Judiciário à “questão social em sua expressão bruta” e provocar mudanças na postura do juiz, através “da “invenção” social e institucional” de seu papel. (VIANNA et al., 1999, p. 155)

Em síntese, avaliam que os Juizados Especiais podem servir de exemplo de judicialização das relações sociais, por serem

expressão de um Judiciário que visou apenas estender sua malha de prestação jurisdicional, buscando a “litigiosidade contida” onde ela se encontra,[...] talvez possam se constituir no *locus* de criação jurisprudencial do direito e, dentre outros, de aproximação da sociedade brasileira com o ideal de auto-organização, em um movimento em que o direito sirva, efetivamente, à consolidação da cidadania e à idéia de bem-comum. (ibid., p. 155)

A consideração dos autores da busca de uma “litigiosidade contida” e o fato de se fundamentarem em Antoine Garapon para explicar a judicialização das relações sociais colocam um paradoxo, porque análise de Garapon (1996) não é da maior presença do Judiciário para atender uma litigiosidade contida, mas o enfrentamento de uma nova litigiosidade, fruto do enfraquecimento do Estado e das rupturas simbólicas do homem e da sociedade democrática.

Ao lado desta questão, na obra de Garapon também não há o uso da expressão judicialização das relações sociais, mas sim do conceito de judicialização da vida privada.³²

A judicialização da vida privada, na concepção de Garapon (1996, p. 139), acontece quando os magistrados são cada vez chamados a se manifestarem em questões morais, a agir no sentido de reparar rupturas no tecido social e a “dizer o justo numa democracia ao mesmo tempo inquieta e desencantada.”

Garapon, portanto, não faz referência a uma possível “litigiosidade contida” que, ao que seu nome indica, refere-se a questões já existentes, mas que o Judiciário por sua estrutura e funcionamento não era capaz de responder.

De forma mais abrangente do que a análise de Vianna et al. (1999), bem como a partir de outro material empírico e realizando uma análise envolvendo diferentes organizações sociais, temos os trabalhos de Rojo (2000, 2003 e 2004) sobre a relação entre justiça e democracia.

Para Rojo (2003 e 2004), o processo se transformou no “novo paradigma de ação política”³³ e na forma de resolução de um conflito entre pessoas próximas, e não mais fundamentalmente entre entidades coletivas e despersonalizadas como as classes. Ao fazer sua análise, ele destaca que, na atualidade, a “mudança política maior” é o deslocamento do espaço democrático “do *capitólio* ao *foro*.” (ROJO, 2003, p. 21)

Como este sociólogo deixa bem claro no estudo no qual compara as instâncias às quais se recorre para dirimir conflitos no Quebec e no Brasil, a grande transformação é o aumento da intervenção da Justiça na sociedade contemporânea, que acontece quando o “processo” e o “contencioso judicial” (ibid., p. 21) passam a ser uma forma de regulação social e um ideal de democracia.

Definindo tal fenômeno como “*jurisdicionalização* dos conflitos sociais” (ibid., p. 24), o autor é claro no sentido que tal processo não significa apenas submeter um conflito ao Poder Judiciário, mas acontece quando indivíduos ou grupos identificam-se como sujeitos de direito e, ao fazerem, submeterem suas demandas aos tribunais e outras instâncias adjudicatórias.

³² Ver especialmente o capítulo 6 de Garapon, 1996.

³³ Ver especialmente em 2003, p. 22.

Sua proposta para o uso do conceito de jurisdicionalização – e não judicialização, como os autores até aqui citados, é justificada porque o só o primeiro termo tem a amplitude suficiente para identificar o surgimento de atores que se reconhecem como sujeitos de direito e demandam para seus litígios uma decisão tomada pelo Judiciário, ou por outro ator que aja segundo o método adjudicatório (administrativo ou privado)³⁴, e, ao fazê-lo, buscam também dar publicidade à sua demanda, publicidade esta que pode legitimá-la independente do sentido final da solução jurídica.

Retornando a interpretação de Vianna et al. (1999) para a judicialização das relações sociais, não se trata, portanto, do atendimento de uma demanda reprimida, mas de uma re-significação para a solução do conflito, ou pelo menos para sua legitimação pela via da inserção na esfera pública.

Jurisdicionalização, portanto, tem maior abrangência analítica do que judicialização, que significa apenas a maior penetração do Judiciário, quer por si mesmo ou pela difusão de seus métodos.

Jurisdicionalização, para além da presença mais marcante do uso de métodos adjudicatórios, significa a forma que a sociedade democrática encontrou para, através do procedimento, buscar refazer “o vínculo social tradicional” (ROJO, 2003, p. 38), vínculo que ela mesma dissolveu durante seu desenvolvimento.

O que se coloca, para Rojo (ibid., p. 38), é a obrigação dessa sociedade em “*inventar a autoridade*” num contexto onde se busquem novas formas de vínculos que lhe permita legitimar e resolver seus conflitos.

Ao fazer esta análise, Rojo se aproxima bem mais do que Vianna et al. (1999) da análise de Garapon (1996) para a função do juiz como o guardião de valores fundamentais da sociedade moderna, sendo esta uma das categorias de análise da magistratura utilizada em nosso trabalho.

2.2.1.2 A Magistratura

Na análise de Rojo (2003) do fenômeno da jurisdicionalização, o

³⁴ A dupla face do fenômeno – a procura dos tribunais e a utilização de outras instâncias que se definem por suas práticas adjudicatórias – é referida em outros trabalhos que analisam a penetração da justiça na vida social e política da sociedade contemporânea, embora via-de-regra se fixem mais na primeira característica e enfatizem a análise sob a ótica da política. Ver, por exemplo, Tate e Vallinder, 1995b; Cappelletti, 1983 e 1989, e Vianna et al., 1999.

protagonismo do magistrado não acontece como uma categoria que se “reinventa” socialmente, mas como alguém que é alçado a uma posição de ultimo guardião da autoridade esvanecida.

O juiz ao ser alçado a esta posição é obrigado a re-significar sua intervenção, não a se reinventar. A jurisdicionalização, portanto,

não consagra a vitória dos juizes, do procedimento ou do direito, mas o advento de uma nova idéia de democracia. Ao mesmo tempo em que julgar adquire – por fim – o estatuto de verdadeiro poder democrático, se transforma no poder de ninguém. (ROJO, 2003, p. 39)

A análise de Garapon (1996) é neste sentido. Em sua obra, a ascensão dos juizes a um lugar de destaque não tem o significado de uma tentativa de ocupar um maior espaço, de uma escolha ou uma busca deliberada e programada de novas formas de inserção enquanto categoria na cena social e política.

Para o autor francês, o lugar que a magistratura passa a ocupar se apresenta mais como uma imposição que surge como defesa às rupturas políticas, simbólicas, psíquicas e normativas da sociedade contemporânea.

Para ele, a razão para o protagonismo da função judicante na atualidade é a necessidade de substituição do tutelamento do Estado no comércio e nas funções reguladoras e mediadoras antes desempenhadas pela religião e pela família. Os juizes se tornam os “últimos ocupantes de uma função de autoridade”, guardiões dos valores fundamentais da sociedade. (GARAPON, 1996, p. 23)

Esta posição caracteriza-se mais pela dimensão simbólica do papel do juiz do que por sua ação efetiva. O que se coloca para “o guardião das promessas” é a função simbólica da autoridade, autoridade esta que o leva ao exercício da “magistratura do sujeito”.

A “magistratura do sujeito” caracteriza-se pelo fato dos juizes ocuparem o lugar antes ocupado por outros árbitros cuja autoridade era legitimada pela tradição e pela religião, sendo o responsável pela internalização da norma e, fundamentalmente, por sua função tutelar.

Em um sentido um pouco diferente, mas mesmo assim destacando a função jurisdicional na sociedade contemporânea, vai a análise de Cappelletti (1993). Para este italiano o protagonismo dos juizes é entendido no sentido de uma outorga da tarefa legislativa, que não é realizada pela esfera competente. Assim sendo, com o aumento da criatividade jurisdicional – necessária para corrigir ou suprimir falhas na

legislação – se verifica "politização" do juiz, e a intensificação da responsabilidade moral e política da magistratura.

Apesar da diferença entre a análise de Garapon e a de Cappelletti, em ambas se encontra que, de uma forma ou de outra, o resultado da atividade judicante passa a ser um *locus* privilegiado numa sociedade onde as transformações sociais colocaram em questão as normas (ou a falta delas) e as formas de legitimação da autoridade até então predominantes.

As alterações na base de legitimação da autoridade se inter-relacionam, portanto, com esta resignificação do papel do magistrado, bem como requerem que se de atenção para as mudanças no conceito de autoridade.

2.2.1.3 Autoridade – “crise” e fontes de legitimação

A discussão sobre as mudanças na autoridade como um definidor da modernidade enquanto tal é marca do trabalho de diferentes pensadores.³⁵

A relação entre transformações na autoridade e em suas bases de legitimação e a Modernidade se dá quando se considera que o significado fundamental da Modernidade implica na “difusão dos produtos da atividade *racional*, científica, tecnológica e administrativa” (TOURAINÉ, 1994, p. 21), pois até então não era a racionalidade o fundamento da autoridade.

A racionalização é, na concepção de Touraine (ibid., p. 38) intrínseca à Modernidade ocidental, à proporção em que, com a Modernidade, a razão se torna o fio de prumo da sociedade e da vida humana, e, assim sendo, a autoridade advinda da religião e “os efeitos da tradição e dos privilégios” são deslocados da fundamentação das normas e da autoridade para seu cumprimento.

Enfim, a autoridade se coloca em questão com a modernidade porque com ela se “rompeu nosso contexto religioso da experiência” e houve a busca de “uma nova definição do bem e do mal, numa nova maneira de legitimar as leis” (TOURAINÉ e KHOSROKHAVAR, 2004, p. 8) e as demais formas de fundar a

³⁵ Ver, por exemplo, De Munck, 2003.

organização social.³⁶

Hannah Arendt, que também relaciona a modernidade com as mudanças na autoridade, privilegia esta discussão no terceiro ensaio da obra *Entre passado e futuro*³⁷ onde, no Prefácio, esclarece preocupar-se basicamente em, através de um exercício de pensamento político, mover-se entre passado e futuro, espaço concebido por ela como “talvez a única região onde algum dia a verdade venha a aparecer.” (ARENDR, 2003, p. 41)

O movimento não teria, porém, a pretensão de “reatar o fio rompido da tradição, ou inventar algum expediente de última hora para preencher a lacuna entre passado e futuro” (ibidi., p. 41), mas apenas colocar a questão da autoridade tendo como pano de fundo as rupturas com a tradição e o conceito de História, ou seja, “quando não mais se dispõe de respostas deixadas pela tradição e ainda válidas.” (ibid., p. 42)

No ensaio, a autoridade legitimada pela tradição é analisada como algo que teria “desaparecido do mundo moderno” (ARENDR, 2003, p. 127), havendo, portanto o questionamento do próprio título “*Que é autoridade*”: para a autora, a pergunta deveria referir-se ao *que foi autoridade* e não ao *que é autoridade*.

O questionamento deve-se à compreensão da autora da existência de uma “crise constante da autoridade”, crise esta que, além de “sempre crescente e cada vez mais profunda” (ibid., p. 128), seria fundamentalmente política, relacionando-se a dois fatores: a tentativa de substituição do sistema partidário, levada a cabo pelos movimentos políticos, e as novas formas de governos totalitários.

Os dois fatores não teriam sentido apenas em si mesmo, mas em sua inter-relação e com o fato de terem acontecido “contra o pano de fundo de uma quebra mais ou menos geral e mais ou menos dramática de todas as autoridades tradicionais.” (ibid., p. 128)

A quebra com a tradição é fundamental na discussão de Arendt sobre a

³⁶ Cabe ter em conta também aqui o conceito de Modernidade de Giddens, para quem ela é o “modo de vida e organização social que emerge na Europa Ocidental em torno do século dezessete e que subseqüentemente desenvolve uma ampla influência mundial. Os impulsos centrais da modernidade foram as forças das revoluções industriais e políticas da Europa Ocidental.” A opção por entender a modernidade no sentido de Giddens se deu até pelo fato de Arendt localizar o esvanecimento do conceito de autoridade com a ruptura com a tradição e Giddens completar sua definição de modernidade dizendo que a mesma “destrói a tradição.” (GIDDENS, 2003)

³⁷ Utilizada na 5ª edição brasileira, de 2003.

autoridade, e a extensão do declínio do papel da autoridade se expressa pelo fato de que “seu sintoma mais significativo [...] é ter ela se espalhado em áreas pré-políticas tais com a criação dos filhos e a educação.”(ARENDT, 2003, p. 128)

Embora fazendo referência à quebra da “autoridade tradicional”, a autora ressalva que autoridade perdida não foi a “autoridade em geral”, mas sim “uma forma bem específica, que fora válida em todo mundo ocidental durante um longo período de tempo.” (ibid., p. 129)

A perda da autoridade é analisada no contexto do mundo moderno, temporalmente identificado por Arendt como o século XX.³⁸

A discussão, portanto, seria menos referente ao conceito de autoridade e mais quanto à pertinência da discussão sobre seu pretense declínio.

Esta discussão, sobre o pretense declínio da autoridade, é para Perdriolle (2003. p. 20), um debate que está sendo feito “*en creux*”, pois, no que diz respeito à autoridade, “só se destaca sua ausência.”³⁹

Arendt, em seu ensaio, anterior em meio século ao estudo de Perdriolle, já destacara o esvaziamento do conceito, e o faz afirmando que a partir do início do século XX, o conteúdo do termo autoridade teria se esvanecido e seu sentido estaria marcado por “controvérsias e confusões” originadas na impossibilidade de se “recorrer a experiências autênticas e incontestes comuns a todos.” (ARENDT, 2003, p. 127)

Para a filósofa alemã o esvanecimento do conceito tornaria impossível a discussão do que é autoridade tanto no plano empírico quanto no teórico.

Embora Arendt faça estas referências quanto à “impossibilidade” da discussão sobre autoridade, produto da falta de comunhão das experiências humanas a seu respeito, ela terminará por fazer esta discussão ao buscar as fontes históricas. Porém, a questão sobre o esvanecimento do conceito permanece.

A questão da deliquescência do conceito de autoridade se encontra em algumas discussões recentes sobre o tema, como na obra de Perdriolle (2003, p. 20), que de forma muito apropriada destaca que os debates sobre a autoridade, e

³⁸ Esta identificação se encontra na p. 128, quando Arendt (2003) fala em “nosso século” e logo a seguir identifica a crise da identidade como se manifestando “desde o começo do século” – a primeira edição desta obra é de 1954.

³⁹ No texto de Perdriolle não há referência explícita a Hannah Arendt, mas a análise de ambas se aproxima.

seu pretense declínio, tem se caracterizado por “uma justaposição” (a autoridade desaparecida é só associada à violência emergente) e por um “vazio do pensamento”, “não se pensa mais na autoridade *tout court*.”

A proposta de Perriol (2003, p. 21), portanto é a de discutir a autoridade levando em conta as “mudações contemporâneas”, pois, na verdade, historicamente a autoridade sempre foi discutida de forma inter-geracional e, se pensarmos que autoridade “é uma questão de reconhecimento [...] um princípio de respeito e não de submissão”, ela é antes de tudo “um valor moderno.” (ibid., p. 22)

Enquanto valor moderno, a autoridade continua presente e, assim sendo, “não é provavelmente o declínio pretendido da autoridade que coloca hoje o problema, mas nossa dificuldade em reconhecê-la nas novas sociedades.” (GARAPON, 2003, p. 14)

A busca de reconhecimento deve ser contextualizada e a proposta de Perriol, de discussão da autoridade localizada na contemporaneidade, apresenta coerência se usarmos como parâmetro as considerações de Arendt de que foi “na transição entre passado e futuro” – ou seja, na transição para modernidade – que o conceito de autoridade se esvaneceu.

Ressalte-se que com o termo “esvanecimento” necessariamente Arendt não quer indicar que a autoridade desapareceu, mas que as autoridades tradicionais declinaram.

A discussão, portanto, sobre autoridade, ou novas formas de autoridade, não deixa de existir.

Porém, é preciso inserir a discussão em um quadro conceitual consistente, até para evitar o “choque conceitual” referido por Perriol. Este quadro, para realização deste trabalho, foi delineado se optando por uma fundamentação que articulasse a obra de Hannah Arendt e a de Max Weber.⁴⁰

A articulação desses dois pensadores foi feita pela crença de que são complementares suas concepções sobre a questão da autoridade, conforme procuramos demonstrar a seguir.

⁴⁰ A opção por Weber se deve, ainda, em função de toda a amplitude de sua sociologia jurídica e análise que faz do desenvolvimento da racionalidade, ambos temas apresentados em um capítulo específico.

2.2.1.4 A articulação entre as concepções de autoridade de Weber e Arendt

As ponderações de Arendt sobre a falta de experiências comuns e autênticas capazes de dar sentido e legitimidade à autoridade, e o fato deste conceito estar marcado por aspectos controversos, o deixando fluído, não nos impedem, porém de trabalhar com um conceito de autoridade derivado de seu pensamento.

Isso porque, quer por oposição, quer por recorrência à tradição filosófica, no ensaio onde trata do tema, Arendt fornece elementos que permitem que se trabalhe com uma concepção de autoridade ancorado em seus estudos.

A possibilidade de se trabalhar com uma concepção de autoridade a partir do ensaio de Arendt se dá especialmente se tomarmos como referência aquilo que ela esclarece entender como o que “a autoridade nunca foi” (ARENDR, 2003, p. 129), isto é, fazendo a distinção entre a autoridade e o poder e a violência e entre a autoridade e a persuasão.

A autoridade se distingue do poder e da violência por deixar de existir quando a coerção externa é exigida, e ficando suspensa quando surge a necessidade de uso da argumentação para a obediência.⁴¹

Assim, “se a autoridade deve ser definida de alguma forma, deve sê-lo, então, tanto em contraposição à coerção pela força como à persuasão através de argumentos.” (ibid., p. 129)

A base da autoridade não estaria, portanto, nem no poder nem na argumentação, mas sim em uma relação hierárquica, onde quem detêm o poder de mando e quem obedece estão em posições predeterminadas e estáveis, ambos reconhecendo o “direito e a legitimidade” (ibid., p. 129) da forma como se estabelece esta relação.

O direito e a legitimidade que determinam a hierarquia na qual a autoridade encontra sua expressão estão, para Arendt, na tradição e na religião, ou seja, na delegação de posições e funções feita pelo passado.

Max Weber, um dos clássicos da sociologia, também reconhece a tradição como uma das fontes de legitimação da autoridade, mas não só: ele identifica ainda

⁴¹ Na análise do conceito de autoridade dentro da tradição romana, Arendt (2003, p. 164) destaca que, embora poder e autoridade tivessem raízes no passado e na tradição, a segunda implicava na derivação da capacidade de lançar “as fundações de todas as coisas futuras” que alguns (geralmente mais velhos) tinham com relação aos antepassados.

outras formas de legitimação, parecendo-nos, portanto, necessária à inclusão de sua teoria neste momento.

Max Weber trata da questão da autoridade não discutindo o conceito em si mesmo, mas quando dedica toda uma sessão do capítulo *Teoria das Categorias Sociológicas* para classificar os tipos de dominação e das pretensões de validade da dominação, ou seja, do motivo pelo qual numa relação hierárquica, há quem dita a norma e quem a cumpre.⁴²

Weber inicia sua explanação sobre os tipos de dominação deixando claro que o exercício da autoridade só acontece de forma autêntica quando existe “um determinado mínimo de *vontade* de obediência, ou seja, de *interesse* (externo ou interno) em obedecer.” (WEBER, 1992, p. 170)

A base sobre a qual se dá a vontade ou o interesse de obedecer é múltipla, e é a partir dela que Weber irá classificar as formas de dominação.

Dominação, na concepção weberiana, é, sobretudo uma “probabilidade”: “a probabilidade de encontrar obediência dentro de um grupo determinado para mandatos específicos.” (ibid., p.170)

A probabilidade de obediência⁴³ fundamenta-se, segundo o autor ao qual estamos nos referindo, em três fatores. Estes fatores têm duas características em comum: (a) não mantêm uma relação de casualidade com as questões materiais e (b) sempre têm como agregada “a crença na legitimidade”, sendo a crença na legitimidade aquilo que todas as formas de dominação “procuram despertar e fomentar.” (ibid., p. 170)

Os três fatores sobre os quais podem estar fundamentada a autoridade, ou seja, que configuram “pretensões típicas de legitimidade” (ibid., p. 170) e que, portanto são utilizados para a tipologia weberiana de dominação são:⁴⁴

⁴² O capítulo *Teoria das Categorias Sociológicas* é parte da obra *Economia e Sociedade*, aqui utilizada na edição em espanhol (*Economia y Sociedad – Esbozo de sociología comprensiva*) publicada pela Fondo de Cultura Económica (Ver WEBER, 1992).

⁴³ Obediência é definida por Weber (1992, p. 172) como significando que “a ação de quem obedece acontece como se o conteúdo da ordem se tivesse convertido, por si mesmo, em máxima de sua conduta”.

⁴⁴ São tipologias, mas nunca se encontram em forma pura.

- a racionalidade: crenças em normas impessoais e objetivas, pactuadas ou outorgadas racionalmente;
- o carisma: crença em características especiais de uma pessoa e seus enunciados.⁴⁵
- a tradição: crença nas tradições e nas pessoas que os costumes delegam em posição de autoridade; vincula-se a normas e comportamentos que vem do passado.

Arendt é mais ampla que Weber nesta definição. Para ela, junto à tradição está a religião na configuração da crise de autoridade no mundo moderno e esta crise seria o ponto final de um longo processo onde ambas – tradição e religião – foram perdendo sua força.

A crise ou o declínio da autoridade, portanto, implica mais em um processo através do qual a autoridade se “des-tradicionaliza”, nas palavras de Draï (2003, p. 101), do que seu desaparecimento.⁴⁶

A “des-tradicionalização” significa, na verdade, a perda de uma transcendência religiosa e idealizada, parecendo-nos poder ser mais bem definida pelo termo secularização.

2.2.1.5 A secularização da autoridade e a racionalização do mundo

O que estamos aqui considerando como “secularização” da autoridade pode ser encontrada, com outras expressões, também nas obras de Arendt e de Weber, e refere-se ao esvaziamento da legitimação tradicional e religiosa.

Na obra de Arendt está presente em sua argumentação quanto a fragilização dos valores e vínculos vindos do passado enquanto elementos que levam ao esvanecimento da autoridade.

A fragilização da tradição – até o que Arendt identifica como seu desaparecimento – significa o rompimento com os elos do passado. Os elos que os

⁴⁵ Pelas suas características de irracionalidade e de romper com passado, bem como pelo fato de não configurar hierarquias e não ter um caráter de cotidianidade, Weber opõe a dominação carismática “igualmente, [...], tanto à dominação racional, especialmente a burocrática, como à tradicional, especialmente a patriarcal e patrimonial ou estamental. Ambas são formas de dominação cotidiana, rotineira – a carismática genuína é especificamente o contrário.” (WEBER, 1992, p. 195)

⁴⁶ Para Draï (2003) a “des-tradicionalização” da autoridade acontece com a separação entre Igreja e Estado, e com a Reforma, ou seja, como perda de poder da Igreja em suas duas dimensões: quando deixa de ser uma das bases de sustentação do poder estatal e quando perde a força de sua unicidade. De qualquer forma, relaciona-se com o declínio da força da religião referida por Arendt.

homens mantêm com o passado apresentam dois aspectos contraditórios entre si: se por um lado acorrentam as novas gerações ao passado, por outra lhes dá a segurança devido a esta âncora. Sua ruptura, portanto, ao mesmo tempo rompe com as correntes e tira a segurança.⁴⁷

No pensamento de Arendt a ruptura com a religião é análoga à ruptura com a tradição porque a crença, ao ser questionada (ou a possibilidade de sê-lo) tira tanto dos crentes quanto dos não-crentes, o mesmo que a ruptura com a tradição tirou: “a dimensão da profundidade na existência humana.” (ARENDR, 2003, p. 131)

Embora a crise da autoridade esteja relacionada a ambas as rupturas – da tradição e da religião – foi a religião quem permaneceu por maior tempo. A crise da autoridade, quando se estabeleceu de forma mais nítida significou que

a dúvida geral da época moderna invadiu também o domínio político, no qual as coisas assumem não apenas uma expressão mais radical como se tornam investidas de uma realidade peculiar ao domínio político. O que fora talvez até hoje de significação espiritual apenas para uns poucos se tornou preocupação geral. Somente agora, por assim dizer após o fato, a perda da tradição e da religião se tornaram acontecimentos políticos de primeira ordem. (ibid., p. 130)

A crise política do mundo moderno é, neste sentido, localizada na descrição de Arendt do “declínio da trindade romana de religião, tradição e autoridade.” (ibid., p. 185)⁴⁸

Em um sentido mais amplo, dentro do argumento da autora pode-se tomar como parâmetro que aquilo que ela identifica como a moderna perda da autoridade e corresponde “à perda do fundamento do mundo” (ARENDR, 2003, p. 132), é na verdade a necessidade de se considerar quais outras formas de autoridade irão se configurar na modernidade.

Esta é uma questão da qual Weber trata quando se refere à forma racional de legitimação e do direito moderno.⁴⁹

⁴⁷ Para Arendt (2003, p. 130), a perda da tradição não é o mesmo que a perda do passado, mas sim do “fio que nos guiou com segurança através dos vastos domínios do passado”. A tradição é aquilo que liga o homem ao passado e lhe dá a dimensão de sua existência.

⁴⁸ Dubet (2003, p. 170) ao discutir a autoridade dos educadores contemporâneos igualmente faz referência à racionalização e laicização do mundo e a “des-regulação das relações”. Segundo ele, são estes fatores – ligados à questão da modernidade – que levam ao declínio a autoridade tradicional – sacra e carismática – relacionando-se também à emergência e consolidação da escola laica.

⁴⁹ Conforme registrado na nota 40, a questão da racionalidade no pensamento weberiano será apresentada em capítulo específico, a seguir.

Para Weber, o declínio das formas de legitimação tradicional não assume necessariamente a “perda do fundamento do mundo”, mas tem outro significado: a racionalização do mundo, onde assume destaque o papel desempenhado pela burocracia e pelo direito.⁵⁰

O direito, dentro da concepção weberiana, surge como uma resposta às questões de caráter político, econômico ou religioso. Ou mais ainda do que resposta às questões, surge da necessidade de cada grupo em ter os indivíduos que o compõem submetidos às regras que sejam comuns.

As "respostas" não surgem, porém, enquanto as regras legais objetivas e racionais que constituem o direito moderno. As mesmas se configuram em diferentes processos.

Numa das fases do processo encontram-se as normas geradas por revelações proféticas, ligadas ao carisma de seu proclamador. Posteriormente, o grupo que irá elaborar as normas legais o fará pela descoberta do aspecto empírico do direito. Segundo Bendix (1986) nessas duas fases, Weber identifica a ausência de um direito racional e garantido por um grupo coercitivo, mas já são normas elaboradas com princípios de racionalidade legal.⁵¹

Finalmente, na terceira fase, a elaboração do direito deixa de ser feita pelos grupos dos sábios, ou notáveis, para ser o resultado da elaboração sistemática de um grupo de profissionais formado especialmente para isso: os juristas.

O surgimento de normas legais obedece às mesmas bases sobre as quais uma ordem pode ser legítima ou não: a tradição, a crença afetiva ou a crença racional com vistas a valores, e o respeito a uma instituição positiva.

A última é axial para a concepção de direito moderno: relaciona-se de forma inegável e inequívoca com a crença na legalidade da norma e de sua forma de proclamação, e caracteriza-se como um pacto realizado entre pessoas que compartilham de interesses comuns. Além do pacto realizado pelos interessados, a legalidade surge devido ao "outorgamento" - [...] - por uma autoridade considerada como legítima e do submetimento correspondente." (WEBER, 1992, p.29)

⁵⁰ Este tema será melhor detalhado na parte final do próximo capítulo, quando tratamos do desencantamento do mundo Weber, mostrando que ele o trata como “perda de sentido” e não como “perda do fundamento”.

⁵¹ Ver Bendix, 1986, esp. p. 302.

Feitas tais considerações, pode-se afirmar que Weber define o direito como sendo uma "ordem", mas não uma ordem qualquer. Sua especificidade advém do fato de pressupor a existência de "garantias específicas quanto à probabilidade de sua validade empírica" (ibid., p. 252). As garantias se dão pela existência de um grupo que detém o controle dos meios de coação.

Os meios de coação podem ser classificados em duas categorias: os de ordem física ou psíquica e os de caráter direto ou indireto. Independente da classificação, segundo Weber (1992, p.252), eles se constituem enquanto "ordens jurídicas", e tem sua característica no fato de estarem vinculadas à coação jurídica. Ou seja,

aquela atividade que, por seu sentido válido, se encaminha a impor a obediência a uma ordem *enquanto tal*, por conseguinte, de modo puramente formal e *em razão dele mesmo*, porque se pretende sua *validade* obrigatória - [...] - por razões de conveniência ou por outras condições materiais. (ibid., p. 253)

A coação que tem por característica a violência está, para Weber, concentrada na mão do Estado. Ou seja, a coação violenta para o descumprimento, ou possibilidade de descumprimento, da lei, é privilégio estatal.⁵²

Assim sendo, o direito para Weber é uma ordem racionalmente elaborada, com vistas a configurar comportamentos homogêneos e regulares, e cuja obediência se dá através da ação de um grupo ao qual a sociedade delega o poder coercitivo.

Esta delegação envolve uma outra possibilidade de se tratar da secularização da autoridade.

A outra forma de analisar a "secularização" – ou o declínio da autoridade tradicional – é em se considerando que houve uma "desencarnação" da autoridade, tendo desencarnação o sentido de despersonalização; ou seja, a autoridade deixa de estar encarnada, personalizada, em alguém. Ao não estar mais concentrada em uma pessoa, a autoridade não é mais delegada pelos vínculos do passado, pela tradição ou pela religião.

Desvinculada da outorga da tradição a uma pessoa, a autoridade passa,

⁵² Não é, porém, a concentração do poder de coação nas mãos do Estado que dá as características pelas quais Weber classifica os diversos tipos de direito. A classificação é dada por diferenças nas concepções básicas no que dizem respeito tanto às "razões de ordem técnica" quanto à "estrutura da associação política" (WEBER, 1992, p.509), mas que não serão explícitas aqui, por não ser nosso foco a discussão sobre o direito em si mesmo, mas sim enquanto forma de exercício e legitimação da autoridade.

segundo Weber, a ser legitimada pela racionalidade, uma característica da modernidade. E a racionalidade moderna se cristaliza em normas e regras, portanto em argumentos.

Neste sentido, como diz textualmente Padis (2003, p. 111): “a autoridade é da palavra e não mais de que a tem” e esta autoridade baseia-se “sobre a crença numa racionalidade possível, [...] que tem seu lugar no espaço público.”

A despersonalização também está na base da elaboração de Garapon (2003) sobre o que tendencialmente aconteceria com a mudança nos fundamentos da autoridade.

Para Garapon (2003, p. 12) a autoridade não vai desaparecer, mas está em vias de transformação, transformação esta que se dá em diferentes sentidos, sendo antes de tudo o resultado de “um trabalho simbólico”, através do qual a transformação da autoridade pode ter como consequência o fato dela “ser reconhecida pelo grupo social, ratificada pelos “mestres da lei”.”

No processo de transformação da autoridade, as suas novas formas de reconhecimento serão cada vez mais deslocadas dos homens em si mesmos, para o exercício crítico e reflexivo sobre as normas e sua validade.

A autoridade se tornará, sobretudo, “uma reserva de senso crítico” atribuída não a um homem, mas um “quadro, a um procedimento.” (ibid., p. 13)

Ao ser deslocada do homem para o quadro de procedimentos, a autoridade se torna um discurso público, mais transparente, perdendo, também, com relação à sua forma tradicional, o zelo na proteção de seus fundamentos.⁵³

A autoridade, portanto, não desapareceu, mas mudaram as suas formas de manifestação e especialmente sua legitimação, recolocando o problema de seu reconhecimento.

Pode-se, assim, considerar uma significativa proximidade conceitual entre

- (a) a análise de Arendt sobre o declínio da autoridade vinculado ao declínio da tradição e da religião e
- (b) a teorização de Weber sobre o deslocamento da fonte prioritária de legitimação das relações de dominação na sociedade moderna deslocar-se da tradição para a racionalidade.

⁵³ Ver Garapon, 2003, esp. p. 14.

A partir dessas concepções, e de todo quadro teórico desenhando até este momento, elaboramos as hipóteses de trabalho, que foram verificadas através do procedimentos metodológicos apresentados na parte final deste capítulo.

2.2 *Hipóteses de trabalho*

- 1ª) Relações familiares menos patriarcais, normas legais sobre família menos hierárquicas e a maior presença do Poder Judiciário na sociedade produzem, a partir da década de 90, o aumento e a diversificação das demandas às varas de família, jurisdicionalizando conflitos antes resolvidos pelos detentores de autoridade do tipo tradicional.
- 2ª) A complexidade dos conflitos de família na década de 90 apresenta para os magistrados questões que ultrapassam os limites do ordenamento legal-racional, sobre as quais eles entendem que deveriam intervir. Neste sentido, sua maior intervenção nas demandas de família lhes parece imposta e eles utilizam-se de múltiplos recursos para solucioná-los.
- 3ª) O magistrado da área de família se adéqua à definição de “magistratura do sujeito” quando se percebe ocupando uma posição de autoridade antes ocupada pelos detentores de autoridade tradicional, sendo chamado a intervir de forma menos arbitral e mais promocional, tutelando direitos dos mais frágeis.

2.3 *Procedimentos metodológicos*

Para realizar a pesquisa optamos pela metodologia qualitativa, sendo a entrevista não estruturada o instrumento principal para coleta de dados.

A opção pela investigação qualitativa foi feita considerando que esta forma de investigação possibilita a compreensão dos atores sociais, seu agir e suas percepções “dentro do marco de referência das mesmas.”(TAYLOR e BOGDAN, 1996, p. 20)

Ao lado desta possibilidade, e a nosso ver transcendendo-a, está outra característica fundamental dos estudos produzidos utilizando este tipo de metodologia, qual seja, a de que tínhamos o propósito de “compreender ou explicar aspectos da vida social que vão além das pessoas e cenários particulares.” (ibid., p. 154)

No nosso caso, a pretensão foi a compreensão do processo social através do qual acontece a regulação jurídica das relações familiares. O objeto empírico não foi o Poder Judiciário enquanto instituição específica, nem o objetivo foi analisar o funcionamento desta instituição enquanto tal. Tralhamos, sim, com a forma como o Poder Judiciário acolhe e responde – ou não – às demandas de regulação das relações familiares que lhe são feitas.

Tratou-se, portanto, do estudo de um fenômeno social específico: as demandas de regulação das relações familiares submetidas ao Poder Judiciário.

A delimitação mais precisa do objeto foram as demandas de regulação das relações familiares feitas o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, e a delimitação deveu-se ao fato deste, como qualquer outro Judiciário estadual, apresentar todos os componentes característicos do campo jurídico, bem como obedecer aos mesmos códigos legais e processuais. A instância judicial de um Estado, portanto, têm em si cristalizadas as características gerais do campo, e permite o estudo com mais profundidade das demandas.

Enquanto nossa amostra, a escolha do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul transcendeu a questão da facilidade geográfica. A escolha deve-se ao fato da estrutura judiciária gaúcha não separar, ao nível de primeira instância, as varas que atendem processos que gozam de gratuidade processual dos que não gozam deste benefício, e dispor, ao nível de segunda instância, de Câmaras especializadas para as apelações. Esta organização possibilita a coleta de dados com maior acuidade, bem como torna este Poder Judiciário emblemático em termos das características do campo.

Dentro da amostra, os magistrados⁵⁴ foram considerados informantes privilegiados por atuarem em julgamentos especializados nas demandas analisadas sem perderem a relação com o contexto processual mais amplo.

Portanto, de forma mais objetiva, podemos considerar que nosso objeto

⁵⁴ O termo “magistrados” designa tanto os juizes que julgam os processos em primeira instância quanto os desembargadores que compõem a segunda instância (Tribunal de Justiça) e julgam os recursos interpostos contra as decisões dos juizes de primeira instância. Embora em termos deste trabalho não se pretenda analisar os magistrados em si mesmos, cabe destacar que nem todos desembargadores foram juizes de primeira instância. Alguns eram promotores públicos e outros exerciam a advocacia (é o chamado quinto constitucional, que prevê esta composição para os Tribunais superiores). A origem dos desembargadores não será uma variável neste estudo, pois, independente de sua origem, eles julgam os recursos sem distinção dos juizes de carreira.

empírico de estudo foram as percepções dos magistrados gaúchos sobre os litígios de família que estão requerendo a intervenção do Poder Judiciário.

Inicialmente definimos que trabalharíamos com os magistrados não no sentido da sociologia das profissões, mas pelo entendimento que são sujeitos privilegiados na identificação das demandas que os membros das famílias fazem ao Poder Judiciário para a regulação de suas relações, pois

- (a) são confrontados com todo tipo de demandas de regulação judicial, tendo em vista que não podem subtrair-se das solicitações pertinentes a eles submetidas; e
- (b) se manifestam – seja por ação ou omissão – sobre as questões a eles submetidas e, ao fazê-lo, expressam a forma como o Poder Judiciário interpreta, resolve ou deixa de resolver essas demandas.

Em nossa pesquisa foram entrevistados ao todo 16 magistrados diretamente ligados aos julgamentos dos litígios de família, tanto em primeira instância – juizes das varas de família – quanto em segunda instância – desembargadores das câmaras cíveis especializadas em matéria de família. Foram entrevistados apenas juizes de família da capital (e desembargadores das duas Câmaras Cíveis, que se centralizam na capital), pois os dados coletados consistiram em material suficiente para a análise proposta. Consideramos ainda que, como os desembargadores julgam as apelações de todo Estado e os juizes atuam no interior antes de serem promovidos para capital, todos tinham uma visão ampla do campo, reproduzindo-a em suas respostas.

Visando preversar a identidade dos informantes, as transcrições das entrevistas foram numeradas aleatoriamente, e no decorrer desta tese as citações são identificadas por este número aleatória precedido do “M”, significando “Magistrado”.

A coleta de dados foi feita com entrevistas qualitativas (no sentido do termo dado por TAYLOR e BOGDAN, 1996, p. 103), o que nos permitiu uma maior aproximação com “acontecimentos e atividades que não se podem observar diretamente”, como é o caso das demandas de regulação sobre as quais estamos trabalhando.

Ao lado desta possibilidade, tratava-se de uma forma adequada à coleta de dados quando “os cenários e as pessoas não são acessíveis de outro modo.” (ibid., p. 105)

Além dessas indicações, consideramos que as indicações de Quivy e Van Campenhoudt (1995, p. 196) para a utilização de entrevistas como forma de coleta de dados se aplicava a nosso caso, pois pretendíamos obter a percepção dos magistrados quanto aos litígios familiares perante os quais são confrontados e trata-se da análise de uma questão específica. As entrevistas flexíveis, portanto, nos possibilitaram ter dados para a “análise do sentido que os atores dão às suas práticas e aos acontecimentos aos quais eles são confrontados: [...] suas interpretações de situações conflituosas ou não.”

Visando a coleta de maior número de informações possíveis, bem como da pertinência delas ao tema estudado, utilizamos duas variantes de entrevista: a semidiretiva e a centrada.⁵⁵

A entrevista semidiretiva, também chamada de semidirigida, foi utilizada no primeiro momento, com a solicitação do relato de um caso julgado pelo entrevistado e considerado significativo, para ele, em considerando o declínio da centralidade masculina na família. Após o relato, a entrevista prosseguia com a utilização de questões guias, feitas de forma não-preestabelecida, nem rígida.

As questões guias visavam permitir que os magistrados falassem livremente sobre suas percepções das demandas.

Posteriormente, ainda com questões guias, nos centramos em temas que possibilitavam levantar dados de como nossos entrevistados experienciavam a intervenção que lhes era solicitada nas demandas, finalizando com questões mais direcionadas para temas específicos, ou como definem Quivy e Van Campenhoudt (1995, p. 195), com temas “abordados imperativamente.”⁵⁶

A análise dos dados das entrevistas com os magistrados foi feita tendo como parâmetros as categorias já apresentadas, que podem ser sintetizadas da seguinte maneira:

(a) autoridade tradicional: utilizada no sentido weberiano, ou seja, aquela exercida “em função de uma devoção rigorosamente pessoal” (WEBER, 1992, p. 753), associada basicamente à dominação patriarcal

⁵⁵ Seguindo as definições de Quivy e Van Campenhoudt, 1995, esp. p. 195.

⁵⁶ Ver o roteiro no Apêndice 1.

- (b) autoridade legal-racional: também utilizada no sentido weberiano, referindo-se àquela que é produto da crença em uma regra instituída; quem a detêm o faz não por suas características pessoais, mas por ser responsável pelo cumprimento de “um estatuto sancionado corretamente” (ibid., p. 707)
- (c) conflitos de família: ainda utilizados no sentido weberiano, e entendidos como resultantes de uma relação social que inicialmente se estabeleceu com um conteúdo solidário (de amor sexual, parental-filial, ou fraterno) e posteriormente se transformou em uma competição pela imposição de interesses individuais
- (d) “jurisdicionalização das relações sociais”: utilizado a partir de Rojo (2003) e significando o deslocamento das demandas de intervenção dos conflitos inerentes às relações sociais para instância judicial, ou outras instâncias adjudicatórias, visando não só sua decisão, mas também o reconhecimento público de sua legitimidade
- (d) “magistratura do sujeito”: expressão utilizada no sentido dado por Garapon (1996) para definir a intervenção menos arbitral e mais promocional dos magistrados
- (d) protagonismo dos juizes: postura de maior destaque dos juizes, entendida no sentido que Cappelletti (1993), isto é, da "politização" do juiz, no sentido de uma intensificação da responsabilidade moral e política do juiz que está relacionada com o aumento da criatividade jurisdicional.

As etapas de tratamento dos dados seguiram a orientação propostas por Taylor e Bogdan (1996) e consistiram: (a) na identificação dos temas e desenvolvimento de conceitos e proposições; (b) na codificação e refinamento dos dados; (c) na compreensão dos dados, utilizando os conceitos acima, contextualizados na amostra pesquisada.

Cumprida a tarefa de sistematização e refinamento dos dados coletados, os mesmos foram trabalhados em função: (a) de sua repetição; (b) das percepções e intuições que surjiram de sua leitura ou já tivessem surgido durante as entrevistas; (c) da busca de temas emergentes, que se destacaram de antemão e busca de outros não evidentes; (d) da elaboração, a partir das informações obtidas, de tipologia classificatória capaz de clarificar as inter-relações entre os dados;⁵⁷ (e) do

⁵⁷ Ver Quivy e Van Campenhoudt, 1995, p. 223 e 224.

desenvolvimento de conceitos, levando em conta:

- (a) “conceitos concretos” dos informantes
- (c) a comparação entre um tema descoberto nos dados e enunciados
- (d) generalizações.⁵⁸

A partir da tipologia e da generalização, procuramos não só verificar a pertinência das hipóteses iniciais, mas também identificar novos elementos para análise da intervenção do Poder Judiciário, através da atuação dos magistrados, na resolução de uma relação social bastante específica, qual seja, a relação entre os membros da família.

Antes de apresentar o desenvolvimento do trabalho, parece-nos, porém necessário contextualizar melhor algumas de nossas categorias de análise com um apanhado sobre a sociologia jurídica de Max Weber e sua concepção de racionalidade.

⁵⁸ Ver Taylor e Bogdan, 1996, p. 163 e 164.

3 A SOCIOLOGIA JURÍDICA DE MAX WEBER E A QUESTÃO DA RACIONALIDADE

Max Weber têm tido sua obra resgatada e (re) discutida por diferentes pesquisadores das ciências sociais desde as décadas finais século XX. Essas discussões analisam diversos temas, dentre os quais se destacam as questões ligadas à concepção de racionalidade, a sociologia das religiões e os princípios da sociologia jurídica.⁵⁹

A sociologia jurídica de Weber assume este protagonismo pela mesma característica pela qual ocupa um papel central no contexto global da obra weberiana, ou seja, analisa com acuidade a questão do desenvolvimento da razão e da indissociável relação entre este desenvolvimento e a modernidade.

A mesma importância pode ser atribuída à sociologia das religiões de Weber, onde o processo de racionalização é tratado a partir da constatação do declínio das interpretações mágicas do mundo e da consolidação das religiões proféticas.⁶⁰

Sem desconsiderar a importância da sociologia das religiões (tratada em um subitem, a partir de sua articulação à sociologia jurídica), a sociologia jurídica weberiana e o conceito de racionalidade – peça chave de todo o seu trabalho – constituem o conteúdo deste capítulo.

Raynaud (1996) redige um texto bem objetivo quanto à pertinência de Weber no debate mais atual sobre a questão da racionalidade, um tema comum tanto às discussões contemporâneas sobre a religião quanto sobre os debates sobre o direito. Neste texto, que introduz seu estudo e tem como foco principal à abordagem weberiana sobre a racionalidade, ele destaca especialmente:

(a) a postura crítica de Weber com relação ao historicismo, na medida em que se recusa a “deduzir do sistema conceitual da sociologia uma periodização uniforme da História universal” (RAYNAUD, 1996, p. 7) e

(b) capacidade da obra de Weber em fazer “a conciliação [...] de uma sociologia onde a ambição é explicitamente universalista e de uma epistemologia centrada sobre a determinação dos *limites* das ciências sociais” (ibid., p. 7)

⁵⁹ Ver, por exemplo, Coutu et al. (2001); Coutu (1995), Treiber (1988), Pierucci (2000 e 2005) e Raynaud (1996).

⁶⁰ Ver, por exemplo, Pierucci, 2005 (esp. p. 186 a 214).

Por estas duas características, o mesmo autor afirma que Weber, de forma antecipada, se opôs a duas das tendências dos cientistas sociais contemporâneos, ou seja: a descrença na “capacidade das ciências sociais de objetividade histórica” e a “desconfiança em toda pesquisa pretensiosa.” (RAYNAUD, 1996, p. 8)

A oposição antecipada de Weber a esta falta de confiança na capacidade das ciências sociais em dar conta de forma objetiva e empírica da realidade histórica pode ser percebida na eleição que fez de seus temas epistemológicos. Estes temas demonstram que

consciente mais que qualquer outro da impossibilidade de uma “dedução” *a priori* do conteúdo da história, ele busca, entretanto mostrar a validade da *explicação causal* nas ciências humanas; sensível à importância dos interesses subjetivos na constituição do saber, ele se interroga também sobre as condições que tornam possível uma síntese entre diferentes perspectivas, e permitem também ao discurso histórico de ser *universalmente* válido. (ibid., p. 9).

Se no plano da história é a universalidade do discurso histórico o foco de Weber, no plano da sociologia, mais do que por sua erudição, a presença weberiana se faz notar fundamentalmente “por suas ambições teóricas e seus aspectos mais gerais (tipologia das formas de atividade e de dominação, análise dos processos de racionalização da sociedade)” assim como por sua capacidade em exprimir “as dificuldades constitutivas das ciências sociais.” (ibid., p. 9)

No plano sociológico, portanto, a ação social, e principalmente a ação racional é um tema para o qual Weber é um autor fundamental, por ter sido rigoroso ao colocar “o problema dos limites da racionalização social” (ibid., p.10), “introduzindo em seu trabalho as tensões significativas entre a orientação racionalista de sua obra científica e seu profundo ceticismo sobre a capacidade da Razão para responder aos dilemas fundamentais da ação humana.” (ibid., p. 9).

Uma das partes da obra de Weber onde a questão da racionalidade é fundamental é no seu estudo sobre o direito e, neste texto, nosso propósito é tratar tanto da importância da sociologia jurídica weberiana na atualidade, como da questão da racionalidade em sua obra – especialmente nos estudos sobre o direito.

3.1 A sociologia jurídica de Weber

A importância do pensamento de Weber para a sociologia jurídica está vinculada à discussão sobre os rumos do processo de racionalização na Modernidade, especialmente quando trata da forma como este processo se dá no

plano do direito.

A preocupação de Weber com o processo de racionalização do mundo, ou seja, do desenvolvimento da racionalidade na Modernidade, coloca suas elaborações teóricas como fundamentais para embasarem e instrumentalizarem não só as discussões sobre todas as formas do agir humano, mas especialmente os debates sobre uma possível crise da racionalidade, ou pelo menos uma mudança de padrão no processo de racionalização característico da Modernidade.

A chamada “crise” da racionalidade pode, portando, ser pensada sob dois ângulos:

- (a) como crise, no sentido mais comum e estrito do termo, de profundas perturbações e transformações significativas; ou
- (b) em se fazendo um paralelo com a discussão de Hannah Arendt sobre a questão da autoridade. A partir de tal paralelo, a crise da racionalidade pode ser pensada como sendo uma nova configuração, um novo rumo, no processo de racionalização.

Pensada sob qualquer um destes prismas, para a discussão sobre a crise da racionalidade é fundamental à referência a Coutu (1995) que, a nosso ver, se aproxima mais do paralelo com a noção de crise de autoridade para Hannah Arendt. A nossa compreensão advém do fato deste estudioso da sociologia jurídica, ao fazer referência à crise da racionalidade no contexto desta disciplina deixar em suspenso a questão se crise seria atual, isto é, se já existia de fato na última década do século XX, ou se uma crise seria tendencial.

Embora não seja taxativo quanto à existência da crise no momento de sua análise, ou se naquele contexto ela se apresentava como um movimento tendencial, Coutu (1995) não deixa dúvidas que a direção da crise da racionalidade reconduz a uma problemática única: a diminuição da racionalidade formal do direito com a concomitante elevação da importância de sua racionalidade material.

A mudança no equilíbrio entre as duas formas de racionalidade do direito – a formal e a material – vincula-se ao papel do Estado intervencionista e às concepções divergentes do que seja racionalidade jurídica, concepção estas que se colocam em destaque quando da discussão sobre a crise desta racionalidade.

A discussão sobre a crise da racionalidade jurídica constitui, na visão de Coutu (1995) o núcleo principal das questões contemporânea no âmbito da

sociologia do direito e para o encaminhamento deste debate, ainda em sua visão, se faz mister uma análise tripartite do direito, a saber: (a) da coerência interna de seu corpus normativo; (b) da legitimidade de suas regras e (c) de sua efetividade.

A discussão sobre a efetividade do direito está relacionada de forma muito próxima ao “estrito controle administrativo do Estado”, controle este fundamentado e legitimado pela racionalidade, geralmente em sua expressão mais cristalizada – a burocracia – e que acontece em setores que eram “tradicionalmente regidos pelas regras sociais informais.” (COUTU, 1995, p. 12)

As regras sociais informais caracterizam-se principalmente por serem legitimadas pela tradição e pelo carisma, enquanto o direito legitima-se essencialmente pela razão.

Em seu texto sobre a circularidade do direito e do poder Rojo (2005), trata de forma bastante detalhada da forma como o direito está relacionado às diferentes estratégias de controle, e o faz se fundamentando em Weber.

Em uma das passagens, ele é bastante claro quando relaciona a questão de como o controle pelo direito está vinculado à racionalidade, e lembra que

Direito e racionalidade estão estreitamente associados no pensamento de Weber. O direito é uma das formas de expressão mais acabada de racionalidade na organização das relações sociais. É, então, o modo mais racional de institucionalização do poder sob a forma de dominação: é nele que a dominação encontra sua legitimação mais racional. (ROJO, 2005, p. 53)

A razão, e o processo de racionalização se tornam, portanto, a pedra angular na discussão sobre a crise da racionalidade jurídica, implicando na necessidade imperiosa de um retorno à obra weberiana.

O retorno à obra weberiana, ainda seguindo o pensamento de Coutu (1995, p. 13), constitui-se como fundamental porque Weber tem como um recurso sistemático o conceito de racionalidade e trata da aplicação deste conceito à “problemática da racionalidade ao campo específico do jurídico.”

Ou seja, como Weber foi “o primeiro especialista das ciências sociais a recorrer de maneira sistemática ao conceito de racionalidade”, que assume em sua obra um lugar de destaque como meio heurístico, permitindo clarear, de maneira particularmente fecunda, os traços fundamentais da sociedade moderna, ele torna-se “um ponto de partida essencial” a todos que pretendem trabalhar de forma adequada com o conceito de “racionalidade jurídica, em particular sob o ângulo da

conexão estabelecida com a racionalização de outras esferas de atividade.” (ibid., p. 13)

A sociologia jurídica, portanto, não pode prescindir da discussão weberiana sobre a questão da racionalidade, discussão esta que pode ser considerada como o “tema unificante” (ARGÜELLO, 1996, p. 77) da obra de Weber e permite, a partir de uma leitura crítica da sua obra, a reaproximação entre o pensador alemão e os estudos mais atuais sobre o direito.

Argüello se propõe a fazer uma leitura (ou releitura) crítica de Weber para tratar de três aspectos, a saber: (a) uma ambigüidade que existiria entre a análise histórica e a análise sociológica weberiana; (b) a forma como se apresenta a racionalidade na sociedade ocidental e a relação entre a racionalidade e a moral e, finalmente, de forma mais específica, (c) levantar “elementos para uma reaproximação crítica de Max Weber, para o universo do direito.” (ARGÜELLO, 1996, p. 77)

Para ela, a (re)aproximação da teoria weberiana com as discussões mais atuais sobre o direito e sua possível crise da racionalidade considera que Weber, além ter tomado a racionalidade ocidental como seu principal eixo analítico, realizou uma minuciosa investigação ao mesmo tempo sociológico e histórica “acerca da reconstrução “típico-ideal” do desenvolvimento do direito moderno, notadamente no que diz respeito às condições prévias que possibilitam a ascendência de aspectos racionais e formais do direito.” (ibid., p. 78)⁶¹

O processo de racionalização do direito moderno, ou seja, o surgimento mesmo do direito moderno enquanto tal, enquanto fundado em normas racionais, é estudado por Weber a partir do estudo da religião, dos profissionais da área jurídica, da economia, da política, sempre tendo como eixo a questão central da racionalização dos conceitos e práticas legais.

Embora a racionalização dos conceitos e práticas legais seja crucial na

⁶¹ A mesma autora destaca ainda na obra weberiana, além da preocupação com a distinção entre ciência e política e uma possível defesa de Weber da racionalidade instrumental, o fato dele centrar-se na “explicação do desenvolvimento do peculiar racionalismo que distingue a moderna civilização ocidental das demais formas de gestão do acontecer humanos.” (ARGÜELLO, 1996, p. 78)

sociologia jurídica weberiana⁶², esta racionalização não é tratada como um objetivo a ser alcançado, mas como um processo inexorável e descontínuo da Modernidade, processo este que é complexo e relacionado a múltiplos fatores.

A inexorável, complexa e contínua racionalização do direito vincula-se ao despontar de uma concepção de mundo onde o destino da sociedade é “maior eficiência técnica”, mas este destino não implica, no pensamento de Weber, em “uma perspectiva otimista sobre o futuro” (ARGÜELLO, 1996, p. 94), pois ele

via a desumanização e a alienação humana prosperar num mundo desencantado, no qual a liberdade está em risco diante da excessiva burocratização. Avanço burocrático que, por sinal, só pode ser explicado pela sua eficácia técnica superior em relação a quaisquer outros tipos de organizações, graças às qualidades, tais como, rapidez, continuidade, precisão, hierarquização rigorosa, impessoalidade, entre outras. (ibid., p. 93)

Neste processo de desumanização, imbricando-se com o desencantamento do mundo, Weber analisa a racionalização do direito. Esta racionalização, que para ele é tanto formal quanto material, não se dá em etapas sucessivas entre si, elas não se sobrepõem ou se alternam de forma linear.

Sem dar ênfase, ou mesmo fixar-se, na forma como se desenvolve as dimensões – formal e material do direito – ambas as formas de racionalização constituem o foco do interesse sociológico da e na obra weberiana. Ou seja, além de ser o que define grande parte da importância de Weber para as ciências sociais, o que lhe interessa

como sociólogo é exatamente analisar essa racionalização crescente das diversas atividades humanas, colocando-as em correlação uma com as outras, procurando compreender as conseqüências dessa racionalização nos comportamentos dos homens. Busca, finalmente, descrever tal processo e compreender as causas e fatores que o influenciam. Tal observação, não raras vezes, assume o caráter de denúncia. Na esfera jurídica, por exemplo, ele evidencia que a racionalização técnica excessiva criou um abismo entre a lógica interna do sistema jurídico e os seus destinatários. (ibid., p. 95)

A percepção de Weber quanto à fissura entre os destinatários do sistema jurídico e a lógica interna do sistema pode, em se retornando a Coutu (1995) reforçar sua justificativa para a necessidade de se utilizar o quadro conceitual da sociologia jurídica weberiana como fonte para discussão da crise da racionalidade

⁶² E aqui se registra mais uma vez as colocações de Coutu (1995) quanto à necessidade de um retorno a esta obra quando se pretende discutir uma possível crise da racionalidade jurídica contemporânea.

jurídica.

No mesmo sentido é pertinente a justificativa de Argüello (1996, p. 96) quando avalia que o retorno à obra de Weber para a discussão sobre a racionalidade do direito se justifica porque, ele mesmo renunciando à promessa iluminista de “melhora global do destino da humanidade”, mantém a crença na razão como instrumento de liberdade. Weber, portanto, expressa uma tensão que o faz admitir

um tema valorativo de fundo em sua análise que diz respeito à indagação sobre como conciliar o inelutável processo de racionalização com a liberdade do indivíduo, e também, como defender a personalidade, sem valores que a sustentem, e que a ciência não pode nem fundar nem identificar. [...] A escolha entre os valores não é racional, é a própria liberdade. Racional é só a coerência, o cálculo entre meios e fins. (ibid., p. 97)

Em síntese, levando-se em conta o argumento de Argüello (1996) para o retorno crítico à teoria weberiana visando à análise do direito moderno e de sua racionalidade, temos que este retorno se justifica sobretudo em levando conta três aspectos da obra de Weber.

Os três aspectos referidos por Argüello (1996, p. 96) são:

- (a) a renúncia de Weber “à idéia de uma melhora global no destino da humanidade, não compactuando, portanto, com a *promessa otimista* do Iluminismo”;
- (b) sua denúncia sobre o “domínio das coisas sobre os homens devido ao processo de racionalização”, apesar de ser uma denúncia que não supera “os limites próprios à análise científica que não é capaz de arbitrar um confronto entre valores e decidir qual sociedade seria a melhor”; e
- (c) sua crença na razão que faz da racionalidade “um instrumento metodológico que o indivíduo deve aceitar para perseguir coerentemente os seus fins, os quais não têm garantia externa à própria ação no curso do real, pois são colocados pela sua liberdade de escolha”.

A tensão inerente ao processo de racionalização, e o processo de racionalização do direito como fundamental para compreensão dos processos de racionalização de outras esferas, bem como a relação, por vezes contraditória, – ou mesmo a distinção – entre a racionalidade formal e a material, sintetizam, portanto, essencialidade de um retorno à sociologia jurídica weberiana. Isto se dá especialmente porque

O formalismo do moderno sistema jurídico no Ocidente refere-se à forma de estabelecer e aplicar as normas jurídicas, bem como à natureza destas

últimas. As normas jurídicas são formais – em virtude do seu caráter genérico e abstrato, aplicáveis ao caso concreto, neutras – uma vez que não se referem a objetivos éticos e políticos materiais, isto é, sem lacunas. Entretanto, o formalismo puro é um caso limite de tipo ideal e não se encontra, desta maneira, na realidade da ordem jurídica moderna. Na maioria das vezes, o próprio direito moderno invoca ao juiz para considerar, na decisão, critérios materiais, tais como, eqüidade, eticidade. (ARGÜELLO, 1996, p. 98 – grifos nossos)

Apesar da essencialidade da obra weberiana na sociologia jurídica hoje – visto ter sido Weber extremamente arguto na análise da tensão entre formal e material – e, como destacada com bastante propriedade por Coutu (1995), a discussão atual sobre uma possível crise da racionalidade reconduzir à problemática da diminuição da racionalidade formal do direito com a concomitante elevação da importância de sua racionalidade material – a receptividade e incorporação da sociologia jurídica de Weber não se deu de forma imediata quando da publicação de suas obras, bem como não foi linear em se considerando diferentes contextos. O item a seguir trata da receptividade da sociologia jurídica de Weber em sua terra natal: a Alemanha.

3.1.1 *Recepção da obra de Weber na sociologia jurídica*

Embora o estudo do desenvolvimento do direito racional moderno tenha ocupado um espaço significativo na obra weberiana, a recepção de sua obra no âmbito da sociologia jurídica, pelo menos na Alemanha, se dará apenas a partir da década de 70, como resultante da introdução da disciplina de sociologia do direito.⁶³

Além de relativamente tardia, tendo em vista que sua produção teórica a respeito se deu em torno de meio século antes⁶⁴, a incorporação da análise sobre a relação entre a economia e o direito, título principal da sociologia do direito weberiana, se dá através de referências nos manuais e introduções sobre sociologia do direito. Porém, essas referências não acontecem em trabalhos de juristas que se fundamentam na obra de Weber, mas o interesse é basicamente dos sociólogos.

⁶³ Ver Treiber, 1988, esp. p. 211

⁶⁴ Ver Winckelmann, 1992, p. VIII.

O interesse dos sociólogos nas formulações de Weber sobre o direito ocorre em função do interesse na teoria da racionalização, que constitui o eixo central da sociologia jurídica weberiana. Ou seja, Weber passa a ser referência no âmbito da sociologia jurídica pelo interesse que desperta a possibilidade de “reconstrução de sua teoria da racionalização” (TREIBER, 1988, p. 211), isto é, sua teoria da racionalização propriamente dita e a origem da Modernidade.

Há, portanto, uma seletividade nesta incorporação, seletividade esta que, segundo Treiber (1988) é comum à recepção da maioria das obras e relaciona-se ao contexto cultural nacional. No caso específico que estamos tratando, a seletividade pode ser percebida com relação ao desenvolvimento da teoria da racionalização e das origens da Modernidade, presentes nas obras de Habermas, Schluchter e Münch.⁶⁵

Para Treiber (1988), de diferentes formas os três autores referidos acima tomam Weber como modelo e se interessam pela sua sociologia do direito, seguindo, porém, caminhos teóricos diferentes.

O interesse de Habermas é na metodologia weberiana e, em assim sendo, ele não incorpora as categorias centrais, mas de forma crítica procura “estudar em qual medida elas são capazes de analisar as tendências atuais de desenvolvimento das sociedades modernas, sobretudo sob o aspecto da racionalidade e da legitimidade.” (ibid., p. 235)

A partir desta discussão crítica das categorias metodológicas de Weber, a teoria da ação comunicativa pode ser entendida como resultado das pesquisas de Habermas sobre a racionalidade, onde o direito é percebido “no sentido de formas racionais para o regramento e a legitimação das condições sociais (ai compreendidas as relações de dominação).” (ibid., p. 235)

A incorporação feita por Schluchter, ainda segundo Treiber (1988), é de passagens da sociologia das religiões, sociologia do direito e os conceitos de dominação weberianos, visando à construção de uma teoria evolucionista. Essas passagens não seriam as mais significativas em se levando em conta o global da obra de Weber, porém, contêm as análises weberianas da dupla dimensão das questões éticas: “das concepções de mundo de uma parte e das configurações

⁶⁵ Ver Treiber, 1988, p. 211 e 215.

institucionais de outra.” (SCHLUCHTER, 1979 Apud TREIBER, 1988, p. 239)

Münch, que segundo Treiber (1988), têm uma produção teórica caracterizada pela acumulação e pela re-interpretação de outras teorias, se comparado com a incorporação da obra weberiana feita por Habermas e em relação ao pensamento de Parsons, reformula a teoria da racionalização. A reformulação da teoria da racionalização é feita por Münch de forma interpenetrativa, onde o ponto axial da racionalização não é a questão da emancipação, mas a interpenetração de diferentes dimensões.

A elaboração de Münch, e de onde advêm a importância de sua incorporação da sociologia do direito de Weber (e do direito mesmo), fica clara na questão do direito moderno interpretado como sendo “o resultado da interpenetração de esferas socioculturais, comunicativas, econômicas e políticas.” (TREIBER, 1988, p. 240)

Em síntese, em se considerando os três autores referidos nos parágrafos anteriores no que diz respeito ao diálogo (e incorporação às suas análises) com a sociologia jurídica weberiana, Treiber (1988) destaca o seguinte:

- (a) no trabalho de Habermas há tanto um maior interesse pela complexidade da teoria weberiana sobre o processo de racionalização do Ocidente, quanto uma maior evolução da teoria do direito, mesmo que a análise habermasiana “reduza” (ibid., p. 241), a racionalidade a uma meta a ser alcançada. Quando faz tal redução, para Habermas, “a racionalização do direito torna-se modelo em teste” sendo diluída, através da racionalização do direito, a tensão e a oposição entre formal e material na obra weberiana.
- (b) De forma semelhante a Habermas, em Schluchter é possível se encontrar uma incorporação mais ampla das formulações de Weber sobre a evolução do direito. Isso se dá na medida em que Schluchter “examina uma reconstrução tipológica, cuidadosa na precisão, do processo de racionalização ocidental a fim de descobrir em Weber o tipo de teoria efetiva de uma “história da sociedade”.” (ibid., p. 242)
- (c) Finalmente, em Münch acontece não só a reprodução “dos dados concretos da sociologia do direito, mas ele se engasta igualmente de “fragmentos teóricos” como posições de base para sua evolução que procede de maneira construtiva e evolutiva.” (ibid., p. 242)

Afastando-se destes três autores e afastado “das teorias clássicas superadas”, outro teórico alemão que trata da questão do direito também se reporta

à obra weberiana. Trata-se de Luhmann, cuja obra “Sociologia do Direito”, de 1972, “contribuiu para que se considerasse melhor a sociologia do direito de Weber. E isso se dá na medida em que onde os representantes das ciências sociais consideram que a questão fundamental de Weber (significativa para sua obra no conjunto) é aquela da análise do processo ocidental de racionalização.” (TREIBER, 1988, p. 233)

Em sua essência a análise de Treiber sobre a incorporação, na sociologia jurídica alemã, da teoria do direito presente na obra de Weber, é de que a influência weberiana “sobre as diferentes correntes teóricas modernas não se limita à reprise e à incorporação, mais ou menos exatas, de certas análises” mas Weber se apresenta como um autor “de referência para a construção e reconstrução sólidas de questões sociológicas gerais.” (ibid., p. 233)

Um dos principais motivos pelos quais Weber se torna um autor de referência é pela forma como, a partir da análise do processo de evolução do direito ele analisa o processo de racionalização da Modernidade. A relação que se estabelece entre sua sociologia do direito e o contexto geral de sua obra é, portanto, digna de referência em um item específico, como o item a seguir.

3.1.2 *Relação entre a sociologia jurídica e a obra global de Weber*

As análises sobre o direito constituem um dos principais elementos da obra weberiana. A importância da questão do direito dentro da obra de Weber vêm não apenas por ser a sensibilidade a este tema que caracteriza a singularidade e originalidade de seu trabalho⁶⁶, mas também pelo espaço ocupado pelo direito no estudo da racionalização e pelo método presente em sua sociologia jurídica.

O método de compreensão da ação social (“actionnaliste”), identificado por alguns autores como o alicerce de toda teoria weberiana, tem seu desenvolvimento na sociologia jurídica elaborada por Weber.⁶⁷ É através deste método que Weber procura compreender e explicar a orientação da ação humana e especificamente no que diz respeito à sociologia do direito, é a explicação da ação “através daquilo que ele chama “a ordem jurídica empírica”, composta do “saber” jurídico, das

⁶⁶ Como já citado anteriormente, “a sensibilidade ao direito que faz a singularidade, a originalidade de toda a sociologia de Max Weber.” (COUTU et al., 2001, p. 89)

⁶⁷ Ver Coutu et al., 2001, p. 88.

representações e da consciência jurídica que possuem os indivíduos concretos.”(COUTU et al., 2001, p. 88)

No que diz respeito ao espaço ocupado pelo direito, a questão fundamental é a importância do mesmo no processo de racionalização. Esta importância do direito no processo de racionalização produz um interesse crescente na sociologia jurídica elaborada por Weber, por quem busca entender a totalidade de sua obra.

Cabe, portanto, registrar a análise de Treiber (1988, p. 214), ao afirmar que “os estudos sociológicos relativos à sociologia do direito de Weber se inserem dentro dos maiores conjuntos teóricos que se referem, mais ou menos explicitamente, à sua teoria da racionalização.”

Quando Weber analisa o processo de racionalização da sociedade ocidental, especialmente ao considerar o surgimento e desenvolvimento do direito moderno, leva em consideração níveis de observação diferenciados, mas não estanques. Estes níveis são “racionalidade teórica, racionalidade prática, racionalidade ética ao senso de uma matriz racional de conduta.” (COUTU, 1995, p. 16)

A diferenciação em racionalidade teórica, prática e ética, tem um único objetivo, de caráter eminentemente metodológico, ou seja, visa apenas facilitar “relacionar a discussão da racionalidade ao exame de questões de fato cruciais para a reflexão crítica sobre o jurídico, sejam aquelas da coerência lógica, da validade empírica e da legitimidade do direito.” (ibid., p. 16)

A discussão destas questões faz da concepção weberiana de racionalidade jurídica uma concepção complexa. A complexidade não fica restrita ao estudo do direito em si mesmo, mas se irradia para análises envolvendo as interações do direito com outras esferas, refletindo-se, portanto, em toda a sociologia de Weber.

Como bem sintetiza Coutu referindo a pluralidade de questões tratadas por Weber quando se defronta com o conceito de racionalidade jurídica, é preciso levar em conta que esta concepção na teoria weberiana apresenta uma

particular complexidade, mas também de uma riqueza: neste sentido a sociologia weberiana do direito está em condições de fornecer, [...], os instrumentos analíticos de grande porte para compreender o direito contemporâneo, tanto sobre o plano interno, quanto sobre aquele da interação com a política, a economia e o social. (ibid., p. 16)

A complexidade da concepção de racionalidade jurídica e suas possibilidades analíticas não significam, porém, que haja uma uniformidade no tratamento que a

mesma recebe na obra weberiana, em se considerando esta obra em sua totalidade.

Na obra em geral de Weber há uma visão plural do conceito de racionalidade do direito, podendo se perceber que quando ele trabalha na construção do ideal tipo de racionalidade jurídica, utiliza uma base dupla, a saber: (1) a distinção entre racional e irracional e (2) a antinomia do formal e o material. A segunda base, que trabalha com a diferenciação entre o formal e o material, atribui ao primeiro a concepção de uma “matriz técnica e de previsibilidade” e quando trabalha com o segundo, o material, o “remete à esfera dos valores e dos fins últimos.” (COUTU, 1995, p. 131)

O conceito de racionalidade, e de racionalidade jurídica tem, portanto, na obra de Weber uma importância tal que também merecerá um item especial neste trabalho. Por enquanto, cumpre reafirmar que é principalmente pela forma como estuda o direito que ele trabalha com a questão da racionalidade, e que não é apenas na sociologia jurídica que o faz, mas também na sociologia das religiões. Cabem agora, portanto, algumas considerações sobre a relação entre a sociologia jurídica elaborada por Weber e sua sociologia das religiões.

3.1.3 *Relação entre a sociologia jurídica e a sociologia das religiões*

A relação entre a sociologia jurídica de Weber e sua sociologia das religiões encontra-se no fato de ambas se caracterizarem pelo tipo de dominação que ele define como dominação legal-racional⁶⁸ e que pressupõe, acima de tudo, a crença na legitimidade de uma ordem.

A legitimidade está presente na religião, e Weber (1992, p. 393) a refere, por exemplo, quando ao tratar dos *Estamentos, Classes e Religião*, diz que inicialmente compete “à religião a função de “legitimar” seu próprio estilo de vida e sua situação”, definindo prescrições normativas.

⁶⁸ A dominação legal-racional, presente tanto na esfera jurídica quanto na religiosa, é marcada pela “dominação racional metódica, disciplina sistemática, racionalidade formal excluindo toda busca de um senso último do mundo, ausência de fraternidade, caráter objetivo e impessoal do trabalho.” (COUTU, 1995, p. 45)

Estas prescrições normativas devem ser cumpridas, quer por convicção interna quer pela pressão externa, mas, independente da forma pela quais são cumpridas, caracterizam um comportamento ético racional no qual o que é decisivo é “a *crença na legitimidade* da ordem, que representa para os agentes um dever-ser, um conjunto de normas portadoras de obrigatoriedade.” (COUTU, 1995, p. 60)

É a noção de racionalidade ética que, “transposta da esfera religiosa para a esfera jurídica e política... levanta então o problema essencial dos fundamentos da legitimidade da dominação.” (ibid., p. 60)

Portanto, é na transposição da análise da crença da legitimidade de uma ordem que se encontra o nó principal da relação entre as sociologias weberianas do direito e das religiões, pois a crença na legitimidade é o ponto crucial para a compreensão das fontes de legitimação de uma relação de dominação. Neste sentido, a sociologia das religiões seria fundamental para a compreensão da sociologia do direito weberiana.

Para Coutu (1995, p. 46), é Treiber quem “sugere que a sociologia das religiões fornece uma chave de interpretação de fato essencial” para compreensão da sociologia jurídica de Weber.

Para o próprio Treiber (1988, p. 233), esta possibilidade se configura por serem o direito e a religião as “esferas” que mais levariam às análises dos processos de racionalização e “a teoria da racionalização religiosa tem incrustado o modelo para a teoria da racionalização jurídica.” (ibid., p. 242).

Portanto, uma interpretação da obra global de Weber centrada na sociologia do direito deve, necessariamente, trabalhar com as “afinidades eletivas” entre a sociologia do direito e a sociologia da religião” (ibid., p. 242), afinidades estas identificadas em três planos:

- (a) na reconstrução de ambos os processos de racionalização – jurídica e religiosa – feita por etapas, “repousando sobre fases de evolução claramente diferenciadas” (ibid., p. 243);
- (b) na constatação de que em ambas as sociologias – da religião e jurídica – o modelo weberiano “agrupa as constelações fatorias bastantes complexas a três níveis [...] aos quais é inerente o potencial inovador que tende para uma racionalização progressiva” (ibid., p.243) e, finalmente,
- (c) na compreensão de que os processos de racionalização – religioso e jurídico –

produzem também “irracionalidades”. Neste sentido, é preciso de um lado ter claro que “a religião, é cada vez mais reprimida do domínio do racional para o do irracional”, e de outro “que o direito racional moderno desenvolve por ele mesmo uma tendência à sua re-materialização, que é favorecida pelos fatores extrajurídicos. Assim sociologia do direito herdou de Weber um tema que tem sido muito repetido nos últimos tempos.” (TREIBER, 1988, p. 144)

Para Treiber (1988), é ainda preciso considerar, em se pensando na sociologia das religiões e na sociologia jurídica, que ambas deram a Weber o *status* de um clássico. Este *status*, porém, dentro do espectro de análise de Treiber, não fez de Weber um autor adequadamente utilizado na sociologia do direito, embora seja um de seus fundadores. Ele ainda só é parcialmente e seletivamente utilizado, e assim, só é incorporado na formação dos juristas de forma eclética.⁶⁹

A incorporação da sociologia jurídica weberiana nas ciências sociais também não acontece de forma muito homogênea.

3.1.4 *Recepção da sociologia jurídica de Weber nas ciências sociais*

A recepção da sociologia jurídica weberiana nas ciências sociais é marcada, segundo a análise de Coutu (1995), por uma aparente controvérsia que terá como efeito à – possivelmente errônea – vinculação de Weber ao positivismo jurídico. A controvérsia surge quando se considera em conjunto a sociologia do direito de Weber e sua sociologia política.

O fundamento para a controvérsia estaria na relação estabelecida por Weber “entre a *racionalidade formal* do direito e o tipo de legitimidade característica da modernidade.” (COUTU, 1995, p. 167)

A legitimidade da modernidade radica na “crença na *legalidade* da dominação” (ibid., p. 167) sendo, neste sentido, marcada pela política e distanciando-se da concepção do direito moderno. O direito moderno é formalmente racional e rejeita qualquer tipo de imperativos (de ordem ética, utilitária ou política) externos à ordem jurídica.

Na sociologia jurídica weberiana, a dominação legal pressupõe uma ordem jurídica neutra em termos axiológicos, nucleada na racionalidade formal, onde,

⁶⁹ Ver Treiber, 1988, p. 246.

consequentemente, a submissão é feita com relação às normas objetivas e impessoais, com validade formal, que demandam a obediência unicamente a “um domínio de aplicação racionalmente delimitado.” (COUTU, 1995, p. 167)

Contraditoriamente a esta concepção de dominação legal – neutra e formal – a legitimidade da dominação que caracteriza a modernidade “repousa [...] sobre a proximidade, até mesmo na identidade, das ordens jurídicas e políticas.” (ibid., p. 167)

Enquanto a dominação legal se caracteriza pela formalidade e pela neutralidade, a dominação moderna se legitima desvinculada da neutralidade axiológica, podendo estar impregnada tanto de imperativos políticos, quanto utilitários e éticos.

Portanto, na complexa relação entre o direito materialmente formal e a dominação legal predominante na Modernidade, está identificada por Coutu (1995) a vinculação que é feita entre Weber e o positivismo jurídico.

A classificação de Weber, ou mais especificamente, de sua sociologia do direito, dentro do positivismo jurídico deve ser analisada, ainda segundo Coutu (1995, p. 168), levando-se em conta uma questão que vale para outros autores que recebem a mesma classificação: a “crítica da insuficiência e dos perigos de uma concepção da legitimidade do direito se apoiando sobre apenas o critério da legitimidade.”

Considerando, portanto, por um lado à suposta contradição entre o direito formal e forma de dominação moderna e, por outro, os critérios de classificação da legitimidade do direito baseadas no critério da legalidade, a discussão quanto à inclusão de Weber dos positivistas, precisa enfrentar duas dificuldades:

- (a) o conceito de positivismo jurídico, “em si mesmo fluído e suscetível de uma multiplicidade de acepções” (COUTU, 1995, p. 168) e,
- (b) a análise weberiana de legitimidade, que pelo menos para Coutu (ibid., p. 168), é “muito mais complexa do que nos parece à primeira vista, se bem que uma qualificação unívoca apresenta o risco de ser antes de tudo uma fonte de confusão.” (ibid., p. 168)

Remetendo para outro espaço a discussão sobre a complexidade da legitimidade, para buscar esclarecer a fluidez do conceito de positivismo jurídico, Coutu (1995) entende ser necessário fazer a distinção dos positivistas que tiveram

influência de Weber em dois grupos: decisionistas e normativistas.

A divisão não implica, porém, que o pensamento jurídico de Weber possa ser reduzido a qualquer uma – ou a ambas – a correntes: ele apenas busca explicar o motivo pelo qual ele é, em alguns momentos, classificado como fazendo parte do positivismo jurídico.

Weber não poderia ser reduzido a nenhuma das duas correntes, na análise de Coutu (1995), pois a complexidade da teoria do direito weberiana é tal que, nem os decisionistas (voluntaristas), representados por Carl Schmitt, nem os normativistas (formalistas), representados por Hans Kelsen, podem ser considerados como herdeiros únicos ou privilegiados da obra de Weber.

Os decisionistas, por tratarem do “problema dos fundamentos da ordem jurídica sob o ângulo da decisão subjetiva, irreduzível a uma regra” (COUTU, 1995, p. 168), e, portanto, se afastarem da racionalidade, do formalismo e da neutralidade axiológica que tem o direito moderno na concepção de Weber.

Os normativistas, por sua vez, entendam “o direito como um sistema objetivo e impessoal” e atribuem sua validade a “uma norma original e não de um ato de vontade” (ibid., p. 168), se afastando de Weber ao relacionarem a legitimidade a uma norma anterior, e não a uma elaboração sistemática e racional, bem como por desvincularem a submissão à norma legal do aspecto voluntário.

Na concepção weberiana, a obediência ao ordenamento jurídico se dá pela adesão, com as normas sendo respeitadas a partir do reconhecimento de sua legitimidade. Weber, embora não diga explicitamente que a validade do direito moderno advém da vontade dos indivíduos em se submeterem às normas, refere que há um reconhecimento da validade da norma racionalmente elaborada. Ou seja, não se trata de uma adesão automática e involuntária a uma norma “original” – pode-se dizer, que venha da tradição – mas do reconhecimento de que se trata de uma regra lógica e racional, que atende a uma necessidade. Mais uma vez, parece-nos ser a questão da racionalidade, ou mais especificamente da abordagem weberiana da racionalidade, o ponto que afasta Weber dos positivistas, impedindo sua classificação neste grupo.

Portanto, não haveria, uma relação direta e unívoca entre a sociologia do direito de Weber e o positivismo jurídico, devendo a obra weberiana referente ao direito ser tratada de forma mais ampla, bem como considerada enquanto um

aspecto importante para a pesquisa em ciências sociais.

Importa ainda salientar que a complexidade da discussão sobre a questão da legitimidade, da racionalidade, e do reconhecimento que Weber faz da interferência dos valores na pesquisa científica, reforçam a impossibilidade de enclausurar Weber dentro do positivismo, assim como impede o tratamento que ele dá à questão da racionalidade.

3.2 A questão da racionalidade em Max Weber

3.2.1 O conceito de racionalidade

Trabalhar com o conceito de racionalidade a partir da teoria weberiana não se constitui uma tarefa simples, pois, como aponta Coutu (1995, p. 24), no conjunto da obra de Max Weber há uma falta de harmonia e concordância no que diz respeito a esta concepção, que se apresenta por vezes com sentidos “divergentes e freqüentemente conflituosos.”

É o próprio Weber quem dá a justificativa para a falta de um desenvolvimento unívoco ou linear do conceito de racionalidade em sua obra, e o faz quando apresenta a análise da relação entre vocação profissional e religião (elemento central de seu trabalho *A ética protestante o “espírito” do capitalismo*).⁷⁰

Para Weber (2004, p. 68), a pluralidade de sentidos e a complexidade do uso do conceito de “racionalismo” advêm do fato do mesmo ser “um conceito histórico que encerra um mundo de contradições.” Neste sentido, para o autor,

Pode-se mesmo [– e esta simples sentença, tantas vezes esquecida, caberia figurar na epígrafe de todo estudo que trate do “racionalismo” –] “racionalizar” a vida de pontos de vista últimos extremamente diversos e nas mais diferentes direções. (ibid., p. 68)

A referência à polissemia do conceito pode, também, ser encontrada na *Sociologia da religião*⁷¹, quando Weber, após dizer que a expressão “racionalismo” pode ter muitos significados, explicitada a distinção entre a racionalidade prática – a utilização de “cálculos cada vez mais refinados dos meios apropriados” para consecução de um fim – da racionalidade teórica – aquela através da qual, “um pensador sistemático elabora a imagem do mundo: um progressivo domínio teórico

⁷⁰ Utilizada nesta tese na edição brasileira mais recente (WEBER, 2004).

⁷¹ Aqui utilizada na edição argentina (WEBER, 2001c).

da realidade através de conceitos cada vez mais abstratos e precisos.” (WEBER, 2001c, p. 43)

A racionalização prática e a racionalização teórica são dois dos três níveis de racionalização que Coutu (1995) identifica na obra global de Weber. A terceira dimensão é a articulação entre a racionalidade teórica e a jurídica.⁷²

A articulação entre a racionalidade jurídica e a racionalidade teórica acontece quando Weber

considera, sob o ângulo ao mesmo tempo da racionalidade teórica e da racionalidade jurídica, a aparição de estruturas complexas de pensamento e de ação, aptos a induzirem os agentes a desenvolver uma matriz metodológica do mundo e da vida. (COUTU, 1995, p. 30)

Obedecendo a linha de pensamento da obra weberiana, as dimensões da racionalização não se restringiriam, porém, apenas à dimensões analisadas, pois, “a racionalização do comportamento de vida [...] pode manifestar-se em formas muito diversas.” (WEBER, 2001c, p. 43)

Mas, qualquer que seja a forma como se manifesta, a racionalização sempre traz consigo a “idéia de mundo como se este fosse um cosmos governado por pautas impessoais” (ibid., p. 27) e será sobre este conceito – mesmo polissêmico – que Weber se debruça para explicar a Modernidade, pois, em sua percepção, o desenvolvimento da racionalidade está intrinsecamente vinculado à Modernidade Ocidental.

Assim, além do comentário de Weber já referido, quanto à racionalização das diferentes esferas da vida, parece ainda útil à referência a Poggi (2005) quando, ao fazer uma análise abrangente da obra weberiana, explicita de forma bastante clara a relação entre o desenvolvimento da racionalidade e a modernidade ocidental no contexto desta obra.

Para este autor, a obra de Weber reconhece, no processo de racionalização de diferentes esferas da vida, a especificidade de uma dinâmica que surge na Europa Ocidental e estende-se

imperiosamente sobre uma parte após a outra do globo, em uma esfera além da outra da existência. Enfim, teoriza sobre essa dinâmica como uma expressão particularmente coerente e impositiva de uma modalidade

⁷² Embora Coutu (1995, p. 11) não faça referência à racionalidade jurídica como uma dimensão específica da obra de Weber, fica explícita essa dimensão, não só quando ele faz esta articulação, quanto no próprio tema de seu livro: a ““crise da racionalidade jurídica” – crise esta que é relacionada à discussão contemporânea da sociologia do direito.”

específica do agir humano, a racionalização das formas de conduta e da cultura. Uma expressão, note-se bem, não a única: ocorreram muitos outros episódios de racionalização relativa a esta ou àquela esfera da existência, inspirada nestes ou naquele modo de entender, de impor, de concretizar a racionalidade. (POGGI, 2005, p. 58)

A melhor compreensão deste desenvolvimento, ainda segundo a análise de Poggi (2005, p. 59), requer que se remeta à tipologia da ação weberiana – a tradicional, afetiva, e racional (tanto com relação a valores quanto a instrumental) – pois no contexto desta tipologia, “é simples caracterizar conceitualmente o processo de racionalização: no decorrer do tempo, os dois tipos de ações racionais [com relação a valores e a instrumental] tendem a substituir o tradicional e o afetivo.”

Portanto, a análise da tipologia de ação proposta por Weber permite que se identifique como, no Ocidente, a tradição e os aspectos mais ligados à individualidade e à personalidade (como o carisma), cedem espaço para uma outra forma de ação, desta feita guiada pela “supremacia de uma vontade orientada por um plano” (WEBER, 2004, p. 64)⁷³, ou por uma “formulação conceitual.” (ibid., p. 218). A orientação por um “plano” se traduz na racionalidade instrumental – ou com relação a fins – e a “formulação conceitual” na racionalidade referida a valores.⁷⁴

O “plano” – fins – ou a “formulação conceitual” – valores – sobre a qual a ação se orienta quando deixa de ser guiada pelas diretrizes que vêm do passado ou pelos ditames de pessoas portadoras de determinadas características de personalidade, são a base das duas possibilidades de desenvolvimento do processo de racionalização que Weber vai trabalhar, dentre outros, tanto na economia, quanto no direito.

Na economia, ele vai tratar da distinção entre racionalidade formal na vida econômica – fundada no cálculo – e racionalidade material – fundada em “postulados de valor” (id., 1992, p. 64). No direito vai se utilizar dessas orientações quando trata da distinção entre direito formal e direito material, contemplado no item

⁷³ Também em Weber, 1992, esp. p. 46.

⁷⁴ Weber, também faz a distinção entre as duas guias da conduta ética “fundamental e irreconciliavelmente diferentes”: a ética da finalidade e a ética da responsabilidade. Em suas palavras, no que diz respeito à conduta humana, a mesma “poderá ser orientada por uma “ética das últimas finalidades” onde as convicções levam à ação visando os fins sem medir as conseqüências, ou por uma “ética da responsabilidade” (WEBER, 1982, p.144), onde há a preocupação com as conseqüências da ação.

a seguir.⁷⁵

Embora tenhamos feito aqui referência à questão da racionalidade na economia e no direito, não deixamos de considerar que o processo de racionalização é trabalhado por Weber nos diferentes contextos sobre os quais se debruçou (como a religião e a música).

Apesar da multiplicidade de contextos, não se pode deixar de considerar a ponderação de Treiber (1988, p. 228) quando chama a atenção para o fato de Weber ter se utilizado do direito, ou mais particularmente, do estudo da evolução do direito, como sendo “um fenômeno central para demonstrar a formação e o desenvolvimento da racionalidade ocidental pela comparação histórica com outras civilizações.”

Partindo desta consideração, e tendo em vista o objetivo deste trabalho, que se distancia de qualquer pretensão de análise da teoria weberiana em si mesma, bem como da complexidade do conceito de racionalidade na globalidade desta teoria, neste capítulo a questão da racionalização não será tratada a partir da ampla gama de abordagens dada pelo próprio autor, sendo o foco mantido na sociologia jurídica.

A racionalização do direito priorizará, a título de comentários, a obra de Coutu (1995) sobre o tema, pois a mesma é bastante consistente, atual e se insere no campo da sociologia jurídica.

Para finalizar o capítulo procuraremos contemplar dois conceitos que acreditamos expressam a cristalização do processo de racionalização da sociedade (não só do direito), bem como foram importantes instrumentos analíticos para nosso trabalho: a secularização e o “desencantamento” do mundo. Para tal, nos reportamos principalmente a Pierucci (2000 e 2005), por motivos semelhantes à opção por Coutu: a consistência analítica e a atualidade dos trabalhos, e por serem feitas pela sociologia brasileira.⁷⁶

⁷⁵ Por agora, importante registrar que, da mesma forma que na economia, a racionalização formal do direito diz respeito aos fins que se pretende alcançar, e a material, se relaciona a valores.

⁷⁶ A análise de Pierucci (2005) é discutida por Negrão (2005), mas esta discussão não se relaciona diretamente à utilização que fazemos da obra do primeiro.

3.2.2 Racionalização do direito

A questão da racionalização do direito, conforme já mencionamos, é o interesse maior de Weber em sua sociologia jurídica e talvez a que apresente maior complexidade para quem a ela se reporta.

Coutu (1995. p. 14), por exemplo, aponta que uma das dificuldades na interpretação da sociologia do direito weberiana é exatamente o “caráter plurívoco da conceitualização e do aspecto pluridimensional do domínio de aplicação” que Weber faz do conceito de racionalidade e do processo de racionalização.

Esta complexidade é identificada pelo próprio Weber, quando afirma haver uma diversidade de formas para a racionalização da esfera jurídica, diversidade esta relacionada às direções de desenvolvimento das qualidades formais do direito. Isto é, o condicionamento deste desenvolvimento se dar a partir de

circunstâncias que poderíamos chamar de “intrajurídicas”, a saber, a peculiaridade do círculo de pessoas que podem influir profissionalmente na formação do direito e só indiretamente pelas condições econômicas e racionais de índole geral. (WEBER, 1992, p. 531)

O processo de racionalização do direito, portanto, segue sentidos diversos, mas, quer a partir da generalização – “redução das razões determinantes da solução do caso especial a um ou vários “princípios”” – do casuísmo – o destaque de “preceitos jurídicos” cada vez mais amplos” e sua influência “na determinação das notas singulares, eventualmente relevantes das situações de fato” (ibid., p. 509) – ou da sistematização – análise e relação dos preceitos para a composição de um corpo jurídico claro, coerente e homogêneo⁷⁷, o objetivo é sempre que o pensamento jurídico possa

relacionar de tal maneira os preceitos obtidos através da análise, para que forme um conjunto de regras claro, coerente e, principalmente, desprovido, em princípio, de lacunas, exigência que necessariamente implica que todos os fatos possíveis possam ser subsumidos sob alguma das normas do mesmo sistema, pois, do contrário, este careceria de sua garantia essencial. (ibid., p. 510)

⁷⁷ Ver Weber, 1992, p. 509.

A questão central do direito racionalizado, portanto, pode ser localizada na possibilidade de que todas as situações que requeiram sua aplicação estejam previstas ou possam vir a ser incluídas neste espectro, e a análise deste processo contempla, segundo Coutu (1995), a idéia de que a racionalização do direito, assim como a das diferentes esferas da vida, se dá como processos autônomos, que prevêm a autonomização e a diferenciação.

Possivelmente, venha também de Coutu (1995) uma das definições mais objetivas sobre a preocupação de Weber em tratar do processo de racionalização do direito em uma sociologia específica, bem como da complexidade do estudo do conceito de racionalidade nesta sociologia. Na obra na qual estamos utilizando para os comentários deste tema, Coutu (1995, p. 46) afirma que:

O problema central que retêm a atenção de Weber em sua sociologia jurídica é antes de tudo o da racionalização do direito, que ele circunscreve sobre o modo ideal típico em função, de uma parte, da tensão entre o racional e o irracional e, de outra parte, da antinomia das racionalidades formal e material. A ambigüidade e a pluralidade do sentido do conceito de racionalidade do direito representa, entretanto os maiores obstáculos para toda compreensão adequada da problemática weberiana.

Apesar da ambigüidade e da pluralidade, e conseqüentemente da dificuldade de compreensão da problemática weberiana, fica claro que, para Coutu, há dois binômios onde, apesar da tensão e da antinomia conceitual existente, se pode tratar da questão da racionalização do direito em Weber: o binômio formado pela racionalização formal – racionalização material do direito, e o binômio formado pelo direito racional – direito irracional.

Iniciamos pelo segundo binômio, mas não sem antes registrar que, da mesma forma que o conceito de racionalidade é polissêmico, o conceito de irracionalidade não tem um sentido rigidamente delimitado para Weber, devendo ser considerado em seu sentido relacional.

A percepção da irracionalidade como algo que se define apenas relacionalmente, se encontra de forma bem clara na passagem onde Weber (2004, p. 175) afirma que “nunca uma coisa é “irracional” em si, mas sempre de um determinado ponto de vista “racional” e apresenta sua meta de, com *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*, “pôr a descoberto em sua polivalência o conceito aparentemente unívoco de “racional”.”

Especificamente no contexto de sua sociologia jurídica, no que diz respeito ao

binômio racionalidade – irracionalidade, ambas dimensões podem estar presentes na criação e na aplicação do direito.

A irracionalidade do direito refere-se, fundamentalmente, à sua forma: é quando sua criação e aplicação baseiam-se em fatos irracionais: oráculos ou normas baseadas, por exemplo, em valores, sentimentos, posições políticas, preceitos éticos, podendo ser irracional em duas perspectivas: de sua criação e de sua aplicação.⁷⁸

Sob a perspectiva de sua criação, o direito é irracional “quando para a regulação da criação de normas ou da atividade judicial se recorre a procedimentos não controlados racionalmente, como, por exemplo, os oráculos e seus sucedâneos.” (WEBER, 1992, p. 511)

Sob a perspectiva de sua aplicação, o direito é irracional quando vinculado às “apreciações valorativas concretas de índole ética, sentimental ou política e não de normas gerais.” (ibid., p. 511)⁷⁹

A concepção de direito irracional é capital na compreensão do desenvolvimento da racionalidade em Weber por dois aspectos: pelo conceito de irracionalidade em si mesmo, e a influência que aspectos não racionais possam ter na aplicação do direito no caso concreto.

Com relação à aplicação do direito no caso concreto, a irracionalidade vincula-se ao exercício da autoridade do juiz, quando ele

põe em movimento a garantia da coação relativamente a um caso concreto, por razões igualmente concretas, inicia quase sempre a vigência empírica de uma norma geral como “direito objetivo”, porque a significação de suas máximas transcende do caso singular aos futuros. [...] A irracionalidade do caso concreto influi grandemente na aplicação do direito não racionalizado em um sentido jurídico-formal, inclusive quando superou a etapa dos juízos de Deus. (ibid., p. 516)

A partir deste papel da questão da irracionalidade no plano da análise do direito, se pode ter maior clareza ainda de uma das colocações weberianas, isto é, de que a irracionalidade “não é *em absoluto* exclusiva da “vivência” religiosa, mas (em diferente sentido e distinto grau) de toda e qualquer vivência.” (id., 2004, p. 218)

⁷⁸ Quando trata da irracionalidade, Weber (1992, p. 29) ainda destaca que a norma jurídica não tem a pretensão de ser regra moral, pois geralmente são “puramente racionais com vistas a fins” características não necessárias para as normas morais.

⁷⁹ Da mesma forma que sob a perspectiva irracionalidade, tanto em sua criação quanto em sua aplicação o direito pode ser racional, “em sentido formal, ou em sentido material. Todo direito formal é, pelo menos, relativamente racional.” (WEBER, 1992, p. 511)

No que diz respeito à esfera religiosa, o conceito de irracionalidade, mesmo que polissêmico, tem uma “importância prática” bastante significativa, a de “identificar que espécie de sistema conceitual por assim dizer confisca para si o que é “religioso imediatamente vivenciado” e o traz para seus trilhos.” (ibid., p. 218)

O “religiosamente vivenciado” pode ser transladado para outras esferas, nas quais pode ser entendido como aquilo que é experimentado através dos sentimentos, das crenças não justificadas e dos afetos, isto é, de tudo o que não é conceitualmente vivenciado.

As normas de conduta, como Weber destaca quanto trata dos tipos de dominação, se estruturam e se legitimam também sobre derivações dessas experiências (na legitimação tradicional e na carismática), e só quando passam a ser argumentativamente elaboradas, são formalizadas. Fazendo um paralelo: quando são “colocadas nos trilhos”, cristalizando o processo de racionalização do direito.

Este processo de “colocar nos trilhos”, que como procuraremos demonstrar no final deste capítulo, cristaliza-se tanto na sacralização quanto no “desencantamento do mundo”, no plano do direito pode ser claramente identificado, conforme já registrado através da citação de Coutu (1995), no binômio direito formal – direito material.

Da mesma forma que Coutu, Freund (1987, p. 184) também destaca a importância da distinção entre direito formal e material feita por Weber, dizendo ser na mesma que se encontra diretamente condicionado o processo de “racionalização do direito” apresentado na sociologia do direito weberiana.

Na perspectiva de pelos dois analistas da obra de Weber, portanto, no contexto de sua sociologia jurídica, a distinção entre direito formal e material têm maior relevância do que as outras distinções.

As outras distinções weberianas são: entre direito público e privado⁸⁰, entre

⁸⁰ A preocupação de Weber com esta distinção é pelo fato da mesma ser bastante usual entre os juristas. Porém, em contraposição a esses, suas definições de direito público e de direito privado são feitas de acordo com o sentido que é atribuído às normas. Não se trata, porém, de uma delimitação muito uniforme, embora possam ser sintetizadas da seguinte forma: no direito privado há uma “ordenação das “pretensões jurídicas”, ou um conjunto de normas criadoras de direitos subjetivos”, enquanto no direito público tal não ocorre, sendo sua característica mais marcante a função de “conservação, desenvolvimento e execução direta dos fins estatais instituídos ou “consensualmente” estabelecidos.” (WEBER. 1992. p. 498)

direitos objetivos e direitos subjetivos⁸¹ e entre direito positivo e direito natural.⁸²

A racionalização material do direito está vinculada à ação social concreta e à abstração, implicando na intervenção, no processo decisório, de

certas normas cuja dignidade qualitativa é diversa da que corresponde às generalizações lógicas que se fundamentam em uma interpretação abstrata: imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência, ou postulados políticos que rompem tanto com o formalismo das características externas como com o da abstração lógica. (WEBER, 1992, p. 511)

No sentido material, portanto, o direito sofre a influência de fatores divergentes das generalizações lógicas abstratas e do formalismo externo.

O direito formal distancia-se desta abstração e apresenta um duplo aspecto: o das características externas, como “quando o jurídico material e o jurídico processual não consideram mais do que as características gerais, “unívocas”, dos fatos” e o da lógica na interpretação, que se refere à aplicação de “regras rigorosamente abstratas.” (ibid., p.511)

Na análise que Coutu (1995, p. 132) faz da racionalidade formal do direito para Weber, trata-se de uma “sistematização da ordem jurídica [que] não se dirige à atividade social *empírica*, mas diz respeito, sobretudo, ao plano ideal do *dever-ser*” sendo que, a racionalização do direito, sob o ponto de vista formal, se dá apenas com a “emancipação do pensamento jurídico com relação às necessidades da vida prática, o que favorece claramente uma abordagem puramente teórica dos problemas jurídicos.” (ibid., p. 157)

Segundo Pierucci (2000, p. 134), é essencialmente através da “crescente racionalização formal” do direito que, no pensamento weberiano, se processa a

⁸¹ Mesmo que chegue a mencionar, quando trata do desenvolvimento do direito, de que “a distinção entre norma objetiva e pretensão subjetiva não se desenvolveu em plenitude...” (WEBER, 1992, p. 560), podemos considerar que ele as conceitua no seguinte sentido: Os direitos subjetivos são aqueles que garantem o direito pessoal, assegurando o poder de quem já o detêm. Em determinada passagem ele os define como sendo “prerrogativas” (ibid., p. 508) e em outras como “pretensões” (p. ibid., 501 e 503). A definição de direitos objetivos os insere como componente geral ordem jurídica, o qual, pela generalidade, vale da mesma forma para todas as pessoas. Tal componente é definido por ele como sendo “um sistema “sem lacunas” de preceitos jurídicos ou encerra tal sistema em estado latente, ou, pelo menos, tem de ser tratado como tal para fins de aplicação em casos singulares.” (ibid., p. 511)

⁸² O direito positivo é aquele que fundamenta as instituições, tem uma base lógica, e esta lógica implica na elaboração de regras abstratas fundadas em dogmas não-naturais, e, portanto, legaliza-se a partir daí. O direito natural, por outro lado, representa “o tipo mais puro de uma validade racional com vistas a valores” (WEBER, 1992, p.30) e se constitui em um conjunto de normas válidas que se posicionam “frente ao direito positivo e com independência dele, que não devem sua dignidade a um estabelecimento arbitrário, senão que ao contrário, regulamentam a força deste.” (ibid., p. 640)

racionalização jurídica.⁸³

Este processo de racionalização foi impulsionado quando aconteceu a emancipação das “práticas jurídicas e legais das estruturas mentais tradicionais e do pensamento magicamente orientado.” (ibid., p. 133)

Ou seja, quando a legitimidade das normas se emancipa da tradição e da magia,

está alcançado aquele estágio pós-tradicional do pensamento, que é a condição de possibilidade não apenas de fazer avançar na prática jurídica a adoção de procedimentos e técnicas racionais, como também, e principalmente, de fundamentar racionalmente a validade das normas sem necessidade de recorrer nem à santidade da tradição nem às forças supra-sensíveis e irracionais. (PIERUCCI, 2000, p. 133)

O afastamento da “santidade da tradição” e das “forças supra-sensíveis e irracionais” nos remetem a dois conceitos que, como já dissemos, estamos tratando como sendo cristalizações do processo de racionalização (não só da racionalização do direito): a secularização e o desencantamento.

3.2.3 “Cristalizações” do processo de racionalização: secularização e desencantamento do mundo

Em nenhum momento, nem Weber, nem os comentadores de seu trabalho ao quais consultamos⁸⁴, lançam mão da expressão “cristalização” para designar qualquer tipo de fenômeno analisado na obra weberiana. Assim, nos parece importante iniciar este item explicando nossa opção para utilização do termo e seus correlatos.

A justificativa se faz a partir do próprio sentido léxico da palavra cristalizar: “transformar em, substanciar em; concretizar, materializar.”⁸⁵ A partir daí, parece-nos possível dizer que, quando há um grande desenvolvimento do processo de racionalização, há a materialização deste processo tanto na secularização quanto no desencantamento.

A materialização, sob nossa perspectiva, se dá considerando que, tanto a secularização quanto o desencantamento, implicam na ocupação, da forma mais

⁸³ Assim como Coutu (1995), Pierucci (2000, p. 134) também identifica uma tensão – “vetorial jogo dialético”, em suas palavras – entre a racionalidade formal – racionalidade substantiva do direito.

⁸⁴ Pierucci (2000 e 2005), Bendix (1986), Freund (1987), Hanegraaff (2003), Poggi (2005), Coutu (1995), Coutu et al. (2001) e Raynaud (1996).

⁸⁵ fonte: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=cristalizar> – acesso em 18-ago-06

ampla possível, da racionalidade como fonte de explicação, justificação, legitimação e mesmo motivação da ação, tomando o lugar antes preenchido pela religião, pelas explicações mágicas e pelos ditames da tradição.

Embora tanto a secularização quanto o desencanto estejam sendo aqui utilizados como sendo cristalizações do processo de racionalização, tomamos o cuidado, atentando tanto para o texto weberiano quanto para o alerta de Pierucci, de não usar os conceitos como sinônimos, nem subsumir um no outro, valendo a transcrição do alerta:

os dois diferentes termos têm, também em Max Weber, significados diferentes, embora a diferença pareça só uma sutileza. É mais do que isto, bem mais. Ambos os nomes não dizem a mesma coisa, não recobrem a mesma coisa, não tratam da mesma coisa. (PIERUCCI, 2000, p. 124)

A diferença estabelecida entre os conceitos está ligada ao tipo de tensão ao qual se remetem, pois, se “o desencantamento do mundo fala da ancestral luta da religião contra a magia, [...] a secularização, por sua vez, nos remete à luta da modernidade cultural contra a religião.” (ibid., p. 122)

Apesar de serem diferentes, secularização e desencantamento se inter-relacionam de diferentes formas, como demonstrou Pierucci (2000, p. 122): (a) o desencantamento compreende a secularização, por ter maior extensão e duração histórica e, (b) os processos se sobrepõem quando o efeito negativo da secularização no contexto religioso, “consolida e faz avançar o desencantamento do mundo mediante uma crescente racionalização da dominação política que é [...] profundamente laicizadora.”⁸⁶

Mesmo que inter-relacionados, secularização e desencantamento se distinguem, e é a distinção que pretendemos pontuar rapidamente a seguir, finalizando com a explicitação do sentido no qual cada um destes conceitos foi utilizado em nosso trabalho.

O conceito de secularização tem, para Weber, fundamentalmente o sentido de declínio da influência da religião na cultura, ou, como ele diz mais claramente quando trata da abordagem calvinista sobre trabalho e pobreza, a secularização é a “atrofia” da “raiz religiosa” de um pensamento.” (WEBER, 2004, p. 161)

⁸⁶ Pierucci (2000) vai demonstrar essa laicização fazendo referência à sociologia jurídica weberiana, o que nos pareceu bastante esclarecedor, mas dispensável de ser reproduzido, pois a análise da obra de Weber não se constitui, como reiteradas vezes temos registrado, o objetivo de nosso trabalho.

Mas, a secularização também é a expressão utilizada por Weber para identificar uma ruptura com o passado, estando este termo presente quando ele faz referência à atitude de algumas universidades americanas de tentarem “negar seu próprio passado.” (ibid., p. 202)

No contexto do processo de racionalização do direito, a secularização como oposição à revelação divina aparece com maior força, como demonstra o trabalho de Pierucci (2000), embora, como já destacamos, da mesma forma haja o declínio a tradição.

A secularização como resultante do declínio da religião e da tradição no contexto jurídico, pode ser verificado na referência que Weber faz sobre o aumento da “secularização dos processos de criação do direito” na Austrália, resultante da falta de limites mais definidos “entre regulamentação técnica, interpretação judicial da tradição e revelação de novas regras.” (WEBER, 1992, p. 523)

Pierucci (2000, p. 130) identifica nesta passagem a “chave da sociologia do direito de Weber”.

Na continuidade, fazendo uma referência à distinção de comunidade e sociedade em Tönnies, afirma que na teoria weberiana a passagem da primeira (comunidade) para a segunda (sociedade) “implica algum nível de racionalização instrumental das relações sociais e, portanto, de “des-tradicionalização”, e, na nota de rodapé incluída neste período, atribui à noção de des-tradicionalização, a “outra ponta pela qual se pode puxar o fio da meada da tematização weberiana do processo de secularização.” (ibid., p. 131)

É mais esta noção – de des-tradicionalização – que optamos por atribuir ao conceito de secularização, pois ele se constitui como um instrumento adequado para identificar as transformações dos padrões de legitimação da autoridade, quando esta deixa de estar ligada à tradição (embora não descartando o sentido de declínio da religião também nesta ruptura com os fundamentos de legitimação da autoridade).

Se utilizamos o conceito de secularização para definir o resultado de um processo de transformação na fundamentação da autoridade, lançamos mão do conceito de desencantamento para explicar a racionalização de uma esfera na qual Weber não de detêm na análise, mas que da mesma forma que a religião, envolve experiências que são “individuais, inexprimíveis e incomunicáveis” (PIERUCCI, 2000, p. 119): as relações envolvendo os sentimentos e motivações subjetivas

presentes na constituição e na manutenção da vida familiar.⁸⁷

Os sentidos atribuídos por Weber ao conceito de desencantamento foram largamente analisados por Pierucci (2005), que encontra duas acepções weberianas para este conceito: “desmagificação” e “perda de sentido”.

As acepções são utilizadas por Weber, segundo Pierucci (2005), tanto como sentido único para designar o desencantamento, quando empregadas em conjunto, e aquilo que denomina de “passos” são uma maneira de demonstrar qual a acepção – ou a articulação de acepções – utilizada por Weber em cada parte de sua obra.⁸⁸

As acepções são, ainda

dois circuitos de significado coexistentes, não sucessivos, mais o menos coextensos e às vezes parcialmente superpostos num mesmo passo, e é somente nesses dois circuitos que se distribuem com desigual frequência em cada um deles os dezessete passos que a expressão pontua sempre em alta definição de sentido, não deixando as coisas meio duvidosas. Isto quer dizer que a fluidificação do conceito, sua polissemização *ad libitum*, é totalmente extra ou pós-weberiana. (PIERUCCI, 2005, p. 215)

Sem desconsiderar as diferentes acepções weberianas, registradas e analisadas na obra Pierucci⁸⁹, utilizaremos neste trabalho o conceito de desencantamento na acepção de “perda de sentido” e nos remetemos a uma passagem d’ *A Ciência como Vocação* para justificar a opção.

A passagem à qual nos remetemos é aquela onde Weber diz que

O destino de nossos tempos é caracterizado pela racionalização e intelectualização e, acima de tudo, pelo “desencantamento do mundo”. Precisamente os valores últimos e mais sublimes retiraram-se da vida pública, seja para o reino transcendental da vida mística, seja para a fraternidade das relações humanas diretas e pessoais. Não é por acaso que nossa maior arte é íntima, e não monumental, não é por acaso que hoje somente nos círculos menores e mais íntimos, em situações pessoais, em *pianíssimo*, é que pulsa alguma coisa que corresponde ao *pneuma*...(WEBER, 1982, p. 182)

A opção feita, portanto, se justifica porque, no nosso trabalho, o desencantamento é utilizado para identificar a passagem também das “relações

⁸⁷ Dizemos que Weber não se detém porque, quando ele analisa a questão do patriarcado, o faz na perspectiva da questão da dominação, e não das relações subjetivas ou afetivas.

⁸⁸ Conforme a obra de Pierucci (2005), ambos os sentidos preponderam n’ *A ciência como vocação*, sendo que uma referência é feita na *Sociologia da religião*. O sentido de perda de sentido é feito duas vezes nos *Ensaio sobre a Sociologia das Religiões*, duas vezes n’ *A ciência como vocação*, e uma no texto *Sobre algumas categorias da sociologia compreensiva*. O sentido de desmagificação é aparece quatro vezes n’ *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, duas vezes nos *Ensaio sobre a Sociologia das Religiões*, uma vez na *História geral da economia* e uma no *Confucionismo e puritanismo*.

⁸⁹ E da mesma maneira, sem desconsiderar a crítica de Negrão (2005) ao trabalho de Pierucci.

humanas diretas e pessoais” para a esfera pública, quando os conflitos inerentes às relações íntimas são submetidos à normatização legal-racional, isto é, quando são submetidos a um processo de racionalização. Seria o desencantamento do desencantamento.

Finalmente, não nos esqueçamos que na passagem à qual nos reportamos Weber está se referindo ao processo de perda de sentido vinculado ao avanço da ciência, mas como destaca Pierucci (2005, p. 151), no texto *d’A ciência como vocação*,

o sintagma desencantamento do mundo, usado o mais das vezes para nomear um elo causal *sine qual non* no encadeamento histórico-cultural da emergência e ascensão da forma caracteristicamente ocidental de racionalismo que iria se derramar no “espírito” do moderno capitalismo [...], passa a funcionar também, e regamente, para produção de um diagnóstico de época, um “diagnóstico do nosso tempo”.

Ao que indicam os estudos sobre família e sobre autoridade, trata-se de um tempo onde declinam todas as formas não-rationais de legitimação.

Nossa hipótese é de que esse declínio tem com consequência a emergência de novas demandas de regulação de relações familiares à esfera do direito legal-racional. Vem daí a importância dos conceitos de racionalização, secularização e desencanto, e sua utilização nas análises que apresentamos a seguir.

4 O PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE – DEMANDAS DE FAMÍLIA AO JUDICIÁRIO

A primeira hipótese que direcionou este trabalho foi elaborada levando em conta que, de fato, como indicam diversos pesquisadores⁹⁰, o Judiciário se tornou, especialmente a partir da década de 90, o principal espaço de solução de conflitos, quando se transladam da arena política para o espaço judicial a tentativa de encaminhamento de diferentes tipos de disputas envolvendo uma gama de direitos.

Os primeiros – e a maioria dos estudos – analisam basicamente essa transmutação levando em conta as questões políticas, mas alguns – especialmente Rojo (2003 e 2004) e Vianna et al. (1999) – já estendem sua análise para as relações sociais, se restringindo, porém, àquelas que se dão no espaço público.

Independente da amplitude das análises – restritas ao âmbito da política ou estendidas às relações sociais – e do termo utilizado para designar o fenômeno – expansão do Poder Judiciário, judicialização, ou jurisdicionalização – todos os estudiosos constatam o crescimento da importância do Poder Judiciário na sociedade contemporânea.

O fenômeno de crescimento da importância do Poder Judiciário como espaço privilegiado para solução de conflitos – o qual estamos definindo pela denominação que consideramos a mais adequada, ou seja, “jurisdicionalização das relações sociais”⁹¹ – não se constitui em si mesmo o objeto de nossa discussão: consideramos que sua existência está devidamente demonstrada pelos diferentes autores já mencionados.

Aceitando a existência do fenômeno, nosso objetivo é demonstrar que, no conjunto de causas da jurisdicionalização dos conflitos, podemos encontrar outros processos sociais que transcendem a falência das instituições políticas, a democratização da sociedade, a ruptura de laços sociais, ou até mesmo uma hegemonia do modelo jurídico norte-americano, algumas das causas apontadas para a ampliação da área de atuação do Judiciário e sua crescente importância na solução de disputas entre diferentes atores.

⁹⁰ Como, por exemplo, Rojo (2000, 2003, 2004), os presentes na coletânea de Tate e Vallinder (1995a), Vianna et al. (1999), Capelletti (1989 e 1993), dentre outros.

⁹¹ Lembrando que estamos usando a denominação de Rojo (2003).

Para além dessas causas, nossa principal hipótese é a de que a jurisdicionalização das relações sociais – uma das faces da maior presença do Judiciário na sociedade contemporânea – encontra-se intrinsecamente ligada a uma mudança fundamental no padrão de legitimação da autoridade no espaço privado, especialmente nas relações familiares.

A mudança na forma como se legitima a autoridade, vinculada muito intimamente às profundas alterações no padrão hierárquico da organização familiar – de uma estrutura rígida, vertical, patriarcal, para uma estrutura mais flexível, mais horizontal, sem o predomínio da figura masculina como única fonte de autoridade e provedor – foi acompanhada por alterações nas normas legais sobre as relações familiares.

Neste contexto de transformação das relações íntimas e privadas e das normas legais sobre as mesmas, nossa hipótese é de que ambas as mudanças – na família e na legislação de família – submetem novas questões para o Poder Judiciário, em paralelo ao protagonismo que ele passa a assumir no contexto de resolução de conflitos produzidos em outras relações sociais e políticas.

A problematização da hipótese se constrói no encontro entre as relações de família, que não se caracterizam pela racionalidade, e o Poder Judiciário, espaço legal-racional por excelência.

As demandas colocadas pelas relações familiares – querem novas ou não – sempre dizem respeito basicamente às relações sociais cujo conteúdo, no sentido weberiano, pode tanto ser solidário quanto de competição (pela imposição de interesses individuais), e refere-se essencialmente a sentimentos. Assim sendo, não são relações regidas pela razão.

Portanto, essa característica muito particular das relações familiares é que problematiza o submetimento de demandas de família ao Poder Judiciário, visto que este é totalmente estruturado sobre normas e procedimentos essencialmente racionais.

Não se deve esquecer que as relações familiares, por não serem regidas pela razão, são relações onde a solução dos conflitos, ou mesmo independente do surgimento de possíveis conflitos, sempre foram relações “harmonizadas” pela intervenção de pessoas cuja autoridade era legitimada pela tradição e/ ou pelo carisma, ou seja, de forma não racional.

O declínio da estrutura patriarcal faz aumentar a ingerência pública na vida familiar, configurando de forma clara o declínio da autoridade do tipo tradicional.

Mas não só as relações familiares eram normatizadas pela autoridade tradicional e carismática. Outras relações também eram, e deixaram de ser, normatizadas por esses tipos de autoridade, e o “encolhimento” da autoridade do tipo tradicional e do tipo carismática, caracteriza o processo de racionalização da sociedade.

O processo de racionalização da sociedade está vinculado ao desenvolvimento do direito moderno, que é baseado em normas racionalmente elaboradas e, portanto, legitima uma autoridade do tipo racional, em oposição à autoridade tradicional e à carismática.

O exercício da autoridade do tipo racional se dá de forma privilegiada pela interferência do Poder Judiciário. Assim, se a interferência da autoridade do tipo tradicional (ou mesmo da carismática) sofre um declínio em sua função de resolução dos conflitos das relações familiares, e se este espaço é ocupado pelo Judiciário, pode-se considerar que há uma jurisdicionalização de relações sociais.

Há alguns indicativos de que o início desse processo pode ser bem antigo, pois como destaca Priore (2005, p. 148), ao se referir a Gilberto Freyre quando trata dos casamentos que aconteciam após os raptos no Brasil colônia, essas uniões “foram favorecidas pela intrusão do “juiz de paz” em zona [...] outrora dominada pela justiça do patriarca da casa-grande. Intrusão, portanto, na justiça do senhor de terras e do grande fazendeiro.”

Porém, mesmo que já no Brasil colônia se possa ter indicativos de que em algumas situações a autoridade tradicional declinava, não resta dúvida que as mudanças mais recentes na estrutura familiar e o reconhecimento dessas mudanças pela legislação (tanto a Constitucional quanto a ordinária), possivelmente aceleraram muito este processo.

Em outras palavras, se os conflitos das relações familiares – novos ou não – são cada vez mais regulados pela intervenção do direito moderno, que se caracteriza basicamente por ser racional e exercido pelo Judiciário, podemos encontrar nessa passagem uma situação emblemática de jurisdicionalização das relações sociais.

Considerando as relações familiares e suas demandas ao Poder Judiciário,

podemos encontrar nos relatos de casos que chamaram a atenção dos magistrados em sua atuação na área de Direito de Família indicativos de que a jurisdicionalização está ligada ao processo de racionalização da sociedade.

Os indicativos são percebidos quando o conteúdo da maioria dos casos relatados diz respeito a questões que antes estavam fora do espaço gerido por normas legal-rationais, como a intimidade das famílias. Com as mudanças no tipo de autoridade que regulava as relações familiares, essas questões se apresentam como demanda para o direito racional moderno; ou seja, as questões passam para a esfera racionalizada.

Quando conflitos familiares são submetidos à decisão de um magistrado, ou seja, uma pacificação das relações íntimas é demandada para o Poder Judiciário, nem sempre há previsão no Código Civil para a questão específica que é levantada pelos litigantes. A falta de previsão específica faz com que os magistrados se deparem com situações onde, mais do que uma intervenção para solucionar o conflito em si mesmo, o que lhes é solicitado é que reconheçam a demanda e, de alguma forma, ao reconhecê-la, legitimem ou não posições pré-estabelecidas na família.

Essa inferência pode ser justificada com a apresentação de quatro dos casos narrados pelos magistrados quando solicitados a mencionarem litígios que lhes havia chamado a atenção em sua judicatura por serem situações onde o declínio da família patriarcal ficava explícita como sendo a causa do litígio.

Os quatro casos apresentados a seguir têm como característica básica uma busca masculina pela reafirmação de sua posição de superioridade na família – já não presente mais na legislação – e dois colocam a questão do adultério feminino.

Mesmo que o adultério sempre tenha sido causa para demandas judiciais, dois dos casos narrados fogem um pouco ao padrão deste tipo de alegação: o primeiro diz respeito a um adultério feminino homossexual e entre mulheres membros de diferentes classes sociais; no segundo a mulher assume o adultério, aceita as condições do homem para a separação – o que permitiria uma separação consensual – mas o homem não aceita o acordo demandando por uma sentença judicial onde ficasse explícita a culpa da mulher e uma reparação pelo “desafio de sua autoridade.” (M2)

No primeiro caso, o descontentamento do homem (autor da ação judicial) era

com a questão da homossexualidade e de diferença de classe, e não com o adultério em si. No segundo relato, que chama a atenção por ter sido julgado por uma magistrada, a questão central era o descontentamento masculino com o abalo de sua autoridade, e sua demanda era para que o Poder Judiciário, mesmo que representado por uma mulher, fizesse uma reparação pública da sua autoridade, que ele considerava desafiada.

Mesmo após a ruptura da relação conjugal, pelas indicações dos relatos dos magistrados, os homens ainda buscam alguma forma de legitimação de sua autoridade no seio da família.

A possibilidade de novas uniões conjugais, especificamente no caso das mulheres divorciadas, teria uma contrapartida masculina que chamou a atenção de pelo menos um dos magistrados como sendo uma causa de parte dos litígios: a inconformidade masculina com um novo casamento da (ex)mulher⁹². Este terceiro caso se referia a total ruptura da mulher com a autoridade do (ex) marido, e, além da ruptura, haviam atitudes dela que se caracterizariam pelo questionando da autoridade do ex-marido. Não respeitada, portanto, a autoridade que a tradição lhe legitima, haveria um movimento masculino no sentido de uma retomada ou reafirmação legal – portanto racional – de sua posição de dominação.

No mesmo sentido, o caso que chamou a atenção do Magistrado 3 foi também uma questão da autoridade masculina após a separação, sendo a discussão posterior a um acordo de alimentos. Nessa discussão, o homem solicitava a exoneração dos alimentos acordados previamente porque a mulher “passou a sair à noite”. O que se colocava não eram outras relações, mas o fato da mulher não aceitar a norma do ex-marido, de que não deveria sair à noite. Esta norma, claro, localiza-se claramente no âmbito de dominação do tipo tradicional, onde os homens definiam os comportamentos femininos. Neste caso específico, passa a ser uma demanda para a normatização legal-racional na medida em que se esvaziam, no âmbito privado, os fundamentos de sua obediência.

Mesmo que não possam ser plenamente considerados como exemplos de “novos”, pois situações de adultérios, assim como revisões e exonerações de alimentos, sempre foram colocadas no âmbito judicial, nos quatro casos se destaca

⁹² Relato do Magistrado 11.

especialmente a necessidade masculina de reafirmação da autoridade: sentida deslegitimada a autoridade vinda da tradição, os homens buscam legitimá-la pela ordem legal-racional.

Além de dizerem respeito à busca de reafirmação de uma autoridade do tipo tradicional em declínio, em outros casos narrados pelos magistrados pode-se identificar o surgimento de novos sujeitos de direitos, indicando que realmente o declínio da organização familiar hierárquica onde havia o predomínio masculino, e o reconhecimento desse declínio pelo contexto legal, leva ao Poder Judiciário outras demandas, ou redimensionam demandas já existentes.

O surgimento de novos sujeitos de direito litigando no contexto judicial pode ser considerado um resultado: (a) tanto do reconhecimento dos direitos de grupos até então expropriados da plenitude de sua cidadania (mulheres, por exemplo), o que é apontado em alguns estudos como sendo uma das causas da expansão do Judiciário, ou (b) quanto da mudança na hierarquia familiar e, portanto uma mudança no padrão de autoridade vigente, quando posições estabelecidas, como a masculina, deixam de ser dominantes e algumas questões demandam outro detentor de autoridade para serem dirimidas.

Se consideramos os casos relatos pelos magistrados, ambas as explicações seriam adequadas, pois ao mesmo tempo que alguns se referem às mudanças nas relações de gênero, outros se referem às mudanças nas relações inter-geracionais, identificando adolescentes e gerações mais velhas como, se não novos protagonistas, pelo menos importantes coadjuvantes nos litígios, quando têm seus direitos reconhecidos ou solicitam esse reconhecimento.

Um dos magistrados articula a menor hierarquia em termos de gênero e de geração quando destaca que “praticamente tudo” o que lhe é apresentando caracteriza-se por uma “menor hierarquia entre homens e mulheres e entre genitores e filhos.” (M7)

As mudanças hierárquicas nas relações de gênero foram identificadas por pelo menos quatro dos magistrados, não através da referência a uma situação específica, mas generalizando. Eles não citaram um caso, preferindo afirmar, como o Magistrado 4, que “todos” ou “vários” litígios expressariam a “libertação da mulher”. Outros afirmavam que os litígios estão se constituindo principalmente como iniciativa feminina nos processos de separação, à proporção que “as mulheres estão tendo

essa consciência da impossibilidade de se manter uma relação quando termina aquele algo mais que a gente classifica como amor, um afeto.” (M14)

Ao lado nas mudanças nas relações de gênero, as alterações na estrutura geracional chamaram a atenção dos magistrados como sendo causa, senão do aumento, pelo menos de uma diversificação na configuração dos litígios de família a eles submetidos, e mudanças na definição das posições das diferentes gerações dentro do processo judicial destacam-se em alguns relatos.

Os relatos que indicam a mudança no perfil geracional dos protagonistas dos litígios judiciais referiram-se tanto à ascensão da geração mais jovem, indicando uma menor hierarquia, quanto um aumento na presença da geração mais velha na posição de litigantes. Ou seja, uma geração que habitualmente se encontraria mais adaptada a um padrão tradicional de autoridade estaria, ela mesmo, demandando uma intervenção racionalmente fundamentada.

Com relação aos mais jovens, a ascensão dos mesmos ao palco dos processos judiciais como sujeitos ativos não se dá na qualidade de litigantes em si mesmo, mas a partir da “maior manifestação e mais visibilidade dos adolescentes e aceitação dos adultos desta manifestação” (M6) no encaminhamento de soluções de questões que os envolvia, tais como disputas de guarda e regulamentações de visitas. Embora este informante tenha enfatizado não acreditar numa mudança da estrutura familiar, mas na percepção e aceitação de outros modelos de família que sempre existiram, ele destacou a ascensão dos mais jovens a importantes coadjuvantes no desenrolar dos litígios de família como sendo um elemento positivo, pois abriria uma “maior possibilidade de consenso.”

Com relação a uma nova atuação da geração mais velha nos litígios de família, dois casos com características bem diferentes foram citados, mas ambos identificados pelos magistrados como sendo emblemáticos de situações que não se configurariam como questões para as Varas de Família se não tivesse havido uma alteração na forma de estrutura familiar predominante.

O primeiro caso envolvendo membro da geração mais velha foi descrito pelo informante como sendo uma tentativa de “alijamento” da figura masculina-paterna do núcleo familiar conjugal recém desfeito através do “alto envolvimento” (M9) de uma avó materna obstaculizando as visitas do genitor a uma criança pequena.

O segundo caso, envolvendo divórcios de septuagenários, chamou a atenção

do Magistrado 15 por parecer acontecer em

uma fase da vida que as pessoas já estariam se acomodando e depois de tantos anos vivendo ao lado da mesma pessoa, ainda pessoas de uma geração anterior ou duas, pessoas mais de idade... Mas me vem à lembrança [...] dois casos onde mulheres tomaram a iniciativa de ação de divórcio [...] parece uma coisa que no passado não aconteceria de forma nenhuma.

Embora especialmente este segundo caso possa ser justificado por alguns com dados sobre a ampliação da expectativa de vida da população, de sua vida ativa e produtiva, fatores que inegavelmente são reais e de alguma forma podem ter interferido nas mudanças na estrutura familiar, não se pode desconsiderar que a ampliação da vida ativa implica em novas demandas de reconhecimento de direitos no plano legal-racional.

Parece-nos, assim, que especificamente no plano dos conflitos de família, se colocam em questão dois aspectos que devem ser levados em conta.

No relato sobre a interferência formal da avó materna, percebe-se a existência de duas gerações de adultos onde na geração mais velha não há o reconhecimento tácito da autoridade paterna do tipo tradicional, levando duas gerações de adultos se aliarem (ou se confrontarem, dependendo da ótica) na tentativa de fazer valer seus interesses através da chancela de uma autoridade legal-racional.

No relato do divórcios de septuagenários não nos parece que seja tanto o questionamento da “desconsideração” de uma autoridade do tipo tradicional, mas sim a prevalência da questão de gênero, que de forma distinta transpassa o caso anterior, neste configurando o auto-reconhecimento das mulheres como sujeitos de direitos.

Portanto, as mudanças nas hierarquias familiares e nas posições tradicionalmente reconhecidas como de autoridade, ao que tudo indica, aconteceram tanto nas relações de gênero quanto nas intergeracionais.

Tanto no protagonismo de outros atores nos litígios de família, que fica claro nos casos apresentados, quanto no submetimento de questões da intimidade (portanto de conteúdo não-racional) à autoridade do tipo racional, podem ser identificados dois aspectos significativos no que diz respeito à jurisdicionalização das relações sociais:

(a) o surgimento de novos sujeitos de direitos apresentados pelo menos por Tate e Vallinder (1995b) como sendo uma das causas de expansão do Poder Judiciário e,

(b) um processo de des-persofinificação da autoridade, ou seja, a diminuição nos padrões tradicionais e carismáticas de dominação, processo esse que, a nosso ver, é um indicativo significativo de jurisdicionalização das relações sociais.

A jurisdicionalização, neste caso, está relacionada à racionalização da intimidade, isto é, ao submetimento das relações íntimas à ordem legal-racional, e a um “desencantamento” dessas relações, como argumentamos a seguir.

4.1 As novas demandas e o “desencantamento” das relações familiares

A argumentação para explicar a relação que entendemos existir entre as atuais demandas no contexto da justiça de família (na percepção dos magistrados entrevistados) e um “desencantamento” das relações familiares, requer, inicialmente, um retorno aos conceitos de público, privado e íntimo.

Arendt (1991), quando trata da distinção que estabelece as fronteiras entre o público e o privado, esclarece que o primeiro se configura enquanto a arena política, da negociação, e, embora não seja especificamente este o termo utilizado por ela, é o espaço da racionalidade.

Mesmo que não seja esta a análise de Arendt, podemos considerar que, se esfera pública é o espaço fundamental da atividade política, nela há a primazia da racionalidade, pois a política é realizada pela argumentação, e a argumentação só pode ser feita, por definição, a partir de pressupostos racionais.

Da mesma forma, a característica da racionalidade do espaço público pode ser deduzida quando Arendt (1991, p. 35) refere que a inserção no espaço da *polis*, ou seja, a configuração do *ser* enquanto *ser político*, significava que “tudo” o que era decidido “através de força ou violência” passa a ser decidido “mediante palavras e persuasão.”

O contrário da persuasão é a característica da vida privada – “do lar e da vida em família”– onde no lugar de argumentar, prevalece a força, a imposição “através de violência, ordenar ao invés de persuadir.” (ibid., p. 36)

A forma como se dá a regulamentação das relações no espaço privado da família difere, portanto, da forma como se dá no espaço público da política, tornando essas esferas “mutuamente exclusivas”, com o predomínio, na primeira, do “domínio

absoluto e incontestado." (ibid., 37)⁹³

A distinção entre o espaço público, da política (definido como "social" em sua versão latina), e o espaço privado, separa, na verdade, a "polis" da família.

A separação, embora remonte a períodos históricos anteriores à Modernidade,

agravou-se no uso moderno e na moderna concepção de sociedade. A distinção entre uma esfera de vida pública e uma esfera de vida privada corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascendência da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido estrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional. (ARENDT, 1991, p. 37)

Ainda seguindo o pensamento de Arendt, é preciso registrar que essa autora coloca uma probabilidade histórica: a de que a esfera privada, da família, tenha sido sacrificada quando surge a cidade-estado. Apesar dessa probabilidade, não há a violação da vida privada pela *polis*, pois é só a partir de seu pertencimento a um espaço único, privado, que o homem podia participar da esfera pública, "dos negócios do mundo." (ibid., p. 39)

É no espaço de pertencimento da esfera familiar que as carências e as necessidades da vida fazem com que os homens compulsoriamente vivam juntos. Apenas superadas suas necessidades e carências no espaço privado, do lar, o homem podia ingressar na esfera da *polis*, a esfera da liberdade. Portanto, a passagem da esfera da família para a esfera da polis, significava "a vitória sobre as necessidades da vida em família." (ibid., p. 40)

No mundo moderno, o lar doméstico e as atividades de manutenção da vida ascendem para o espaço social e, com esta ascendência, "a administração doméstica e todas as questões antes pertinentes à esfera privada da família transformaram-se em interesses coletivos." (ibid., p. 42)

Com esta transcendência da esfera da família para a esfera política, há a promoção do social, que significou a passagem da administração, das atividades, recursos, e problemas da família para esfera pública.

Essa passagem, ainda seguindo-se o pensamento de Arendt, dilui a divisão

⁹³ Neste sentido, "os termos *dominus* e *paterfamilias* eram, portanto, sinônimos, como os termos *servus* e *familiaris*." (ARENDT, 1991, p. 37)

entre o público e o privado, alterando o significado dos termos.

O privado passa a significar "círculo de intimidade", e não a privação de participação na vida pública, e a mudança do conteúdo do termo privado,

se deve ao enorme enriquecimento da esfera privada através do moderno individualismo [e] o fato histórico decisivo é que a privacidade moderna, em sua função mais relevante – proteger aquilo que é íntimo – foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual, portanto, tem laços ainda mais estreitos e mais autênticos. (ARENDR, 1991, p. 48)

Com a mudança de significado das esferas, a intimidade é, senão a expressão mais concreta do privado, pelo menos a dimensão da vida onde há a predominância de relações caracterizadas pelo conteúdo de solidariedade, cooperação, amor, dentre outros. Esses conteúdos não são regidos por normas racionais, nem a solução dos conflitos a eles relacionados é, basicamente, feita por uma autoridade racionalmente legitimada.

As relações íntimas, principalmente as relações que podem ser descritas como relações familiares, prescindem da argumentação e da racionalidade formal, sendo geralmente definidas pela sua vinculação com o passado – tradição – e com características pessoais – carisma.

A característica "não racional", digamos assim, das relações que se estabelecem no espaço da intimidade, são regidas por normas que prescindem de argumentação para sua legitimação, sendo normas reconhecidas, respeitadas e justificadas pela seu vínculo com o passado, quer dizer, pelo seu caráter tradicional, ou, em alguns casos, pelo caráter – carisma – de quem as dita.

É ao declínio das normas não racionais o que, quando trata de uma suposta crise de autoridade, Arendt (2003, p. 132) se refere utilizando a expressão "perda do fundamento do mundo". O declínio, portanto, é a desvinculação com o passado. Não é uma crise geral da autoridade, mas o esvanecimento de um tipo específico de autoridade, atrelada à tradição ("fundamento do mundo").

A análise de Arendt diz respeito basicamente às relações sociais de forma mais genérica, mas levando em conta o conjunto de sua obra, talvez possamos considerar que seu argumento diga respeito às mudanças na legitimação da autoridade e na resolução de conflitos característica do espaço público.

No espaço privado, da intimidade, embora ela faça uma referência às mudanças na autoridade no que diz respeito, por exemplo, à educação dos filhos, as

regras fundamentadas na tradição declinam gradualmente.

O declínio da autoridade do tipo tradicional fora da esfera pública se dá de forma mais lenta, permanecendo vigindo por mais tempo nos modelos de família onde a autoridade não deixou de estar personalizada na figura masculina (ou no adulto mais velho) e onde as normas continuavam a passar de geração a geração sem serem questionadas.

Apesar desse declínio mais lento, as mudanças na família (erosão do patriarcado, famílias nucleares, possibilidade de uniões conjugais sucessivas), e o reconhecimento pelo contexto legal de uma menor hierarquia nas relações familiares (igualdade entre homens e mulheres no espaço doméstico-familiar e direitos da criança e do adolescente), produzem um enfraquecimento das normas fundamentadas na tradição, enraizadas no passado.

De forma particular, no espaço da intimidade (da família) é nesse enfraquecimento que pode ser reconhecida a "perda do fundamento do mundo" referida por Arendt.

Se Arendt analisa o processo de mudança no tipo e forma de exercício da autoridade como a ruptura com a raiz no passado, Weber, por sua vez, quando analisa a ascensão da forma de dominação racional sobre as demais – tradicional e carismática – trata do processo de desencantamento do mundo.

O desencantamento do mundo, para Weber, é o correspondente e não o similar da ruptura com o fundamento para Arendt. Ou seja, é a perda da legitimação tradicional da autoridade, com a ascensão das normas racionais.

O desencantamento do mundo, para Weber, acontece com o predomínio cada vez maior das regras legais-rationais e de decisões burocráticas, sobrepondo-se essas às normas tradicionais e carismáticas.

Considerando, portanto, o desencantamento do mundo no sentido weberiano e a perda da transcendência no sentido de Arendt, parece-nos possível interpretar o conteúdo do que os magistrados que entrevistamos identificam como sendo as novas demandas que lhes são submetidas.

O conteúdo daquilo que os magistrados avaliam que são novas demandas submetidas a uma decisão judicial – e, portanto, uma decisão fundamentada em normas legais-rationais e tomadas por uma detentor de autoridade fundamentada pela mesma racionalidade – indica que as solicitações dizem respeito à busca de re-

configuração das relações de intimidade (familiares) para relações estabelecidas de forma fundamentalmente racionais, como as de caráter econômico, por exemplo.

A possibilidade que levantamos com essa análise se fundamenta no fato de que grande parte dos magistrados indica a questão dos processos de alimentos e os litígios por questões financeiras entre duas gerações de adultos – como pais e avós – como o que mais lhes chama a atenção em termos de novas demandas.

Os magistrados, de modo geral, não desvinculam a questão das solicitações de alimentos das mudanças sociais (e legais) mais amplas, como o mercado de trabalho (no primeiro caso) e as mudanças na forma de organização familiar (em ambos), como expressa de forma emblemática o magistrado cuja fala transcrevemos a seguir:

Dentro dessa ótica que nós estamos conversando, evidente que essas questões da separação, da dissolução de união estável, esses são os processos que mais aumentaram [...] proporcionalmente ao que, digamos assim, aumentariam se nós tivéssemos ainda naquela concepção antiga de família e de cultura. Agora, tem uma outra matéria que, evidentemente, que se sobressai – acredito – sobre qualquer outra e acho que é muito fruto não só dessas desavenças mais seguidas e menos pensadas, menos resolvidas entre as partes, mas também temos a questão sócio-econômica[...] que é a questão dos alimentos. Os alimentos [...] chovem processo de alimentos, a coisa é impressionante [...] Acredito que isso também seja muito marcado por esses aspectos das famílias de dissolverem e se recomporem com muita facilidade. As pessoas se descasam, mas daqui há pouco já estão casadas, com outros companheiros e esquecendo aqueles relacionamentos passados [...] Ao mesmo tempo em que a questão do trabalho, do emprego, das receitas não é nada estável; é uma pessoa que está bem no emprego, que está numa posição razoável, daqui, dali, dali a pouco já não está mais, e [...] na medida em que a compreensão também não existe, isso tudo gera motivos e motivos para que a questão de alimentos, de cobrança de alimentos cada vez mais aporte no Foro. (M7)

Mesmo que não se possa desconsiderar que as demandas pelo estabelecimento judicial de alimentos estejam ligadas a todo um contexto sócio-econômico mais amplo⁹⁴, e que separações e re-casamentos provoquem uma queda no padrão financeiro das mulheres e seus filhos⁹⁵, a inclusão da geração anterior aos pais neste tipo de processo também chama a atenção por si só.

A inclusão da geração mais velha chama a atenção quando, uma relação que

⁹⁴ São exemplos as referências feitas por pelo menos sete magistrados (M1; M3; M9; M11; M7; M13 e M16), bem como as referências ao mercado de trabalho e a menor solicitação das mulheres (M1).

⁹⁵ Nos referimos especialmente aos dados transcritos por Okin (1989, p. 161) indicando que um ano após o divórcio, a renda dos homens se mantêm ou aumenta, enquanto a das mulheres tem um decréscimo de 73%, levando a uma queda acentuada no padrão de vida destas e seus filhos. Para uma análise mais completa, ver *Vulnerability by Separation or Divorce* (In OKIN, 1989, p. 160 – 167).

normalmente não se caracteriza pelo aspecto da manutenção, como a de avós e netos, passa a demandar uma norma legal que igualmente a estabeleça nesse plano.

As percepções de alguns magistrados, de que processos envolvendo a demanda de determinação judicial para os avós manterem (ou auxiliem na manutenção) de netos, também se destacou quando da solicitação para relacionarem novas demandas.

Uma magistrada foi bem incisa ao referir que o que mais tem lhe chamado à atenção são as requisições de

alimentos de filhos adultos contra pai, e – daí tu leias – porque são as crianças representadas pelos pais – os pais contra os avós. E, para mim, pai e mãe não tem os mesmos valores e por isso entram contra os avós. Se eles tivessem uma boa estrutura jamais entrariam contra os avós. Então, essas avoengas que daí tu vêes aí: é uma criança de três anos contra o avô. E criança em tese não tem, vamos dizer, vontade de se equipar, mas ela tem um pai e uma mãe, geralmente uma mãe, que não se dá conta que a obrigação é dela e que a criança tem que viver no nível da mãe e do pai. Ou seja, se são pobres as crianças tem que ser pobres, mas daí o avô está um pouquinho melhor e daí eles acham que o avô tem a obrigação de sustentar. (M16)

Apesar das vinculações que os magistrados fazem entre o incremento das solicitações de alimentos e o mercado de trabalho ou o aumento no número de separações, da mesma forma como Weber analisa o processo de desencantamento – perda do fundamento transcendental – no plano da dominação em geral, podemos considerar que na normatização das relações de família através das decisões judiciais estaríamos vislumbrando o esboço de um quadro de “racionalização da intimidade”.

Um magistrado utilizou uma expressão que nos pareceu emblemática para identificar tanto a questão do aumento da solicitação dos alimentos, quanto o que ele entende que estaria perpassando os litígios na área de família como um todo, e a expressão utilizada por este entrevistado nos leva a considerar válida a perspectiva de uma “racionalização da intimidade”.

A expressão utilizada pelo Magistrado 3 foi: "mercantilização do afeto".

Embora ele não relacione as novas demandas ao Poder Judiciário como sendo resultantes de mudanças na estrutura e organização das famílias, sua percepção é a de que houve "a descoberta de que o Judiciário pode dar uma solução diferente daquilo que está sendo colocado." (M3)

A “solução diferente” se caracterizaria por uma transformação das relações de intimidade em relações com caráter mercantil, ou seja, com valor de troca, quer troca no sentido financeiro, quer no sentido de possibilidades de outros ganhos.

A transcrição da citação textual do magistrado talvez possa ilustrar melhor essa transformação das relações de afeto em relações mercantis:

eu não acho que a demanda ao Judiciário tenha alguma coisa a ver com a mudança da estrutura da família. Eu acho que [...] o que mudou é uma descoberta de que o Judiciário pode dar uma solução diferente daquilo que está sendo colocado. Quer dizer, eu acho, eu acho que nem tanto os conflitos, mas acho que as necessidades das pessoas é que fizeram com que as pessoas viessem ao Judiciário. Então, eu tenderia a te dizer assim, que é por outras necessidades que as pessoas vem ao Judiciário, uma delas é a necessidade de ter um dinheiro, a necessidade de ter um ganho monetário. Estou falando de mercantilização do afeto mesmo que tudo aqui gire em torno de mercantilização de afeto, todos aqui, nesse meio de juiz mercantilizam seus afetos. Uns mercantilizam os seus afetos de marido e mulher, outros mercantilizam os seus afetos de filho e filha, outros seus afetos de dindo, de avô, todos mercantilizam... (M3)

A “mercantilização do afeto” no contexto do Poder Judiciário, ou a “racionalização da intimidade” – analisada enquanto a transposição para o espaço público dos conflitos estabelecidos nas relações íntimas essenciais para a manutenção da vida humana (os afetos), pode ter sua origem no processo de canalização da vida para a esfera pública identificado por Arendt.

Arendt (1991, p. 55), ao identificar o processo através do qual a sociedade canaliza processo de vida para esfera pública, explicita que o mesmo ocorre quando as “atividades caseiras e da economia doméstica” são transportadas para a esfera social. O social, então, esta passa a caracterizar-se pela sua “irresistível tendência a crescer, de devorar as esferas mais antigas do político e do privado, bem como a esfera mais recente da intimidade.”

Não se trata, portanto, da passagem do privado para o espaço público, mas da passagem do espaço o íntimo, pois a divisão entre o privado e o público “foi um fenômeno temporário que trouxe a completa extinção entre da própria diferença entre as esferas privada e pública, a submersão de ambas na esfera do social.” (ibid., p. 79)

Desde o início do declínio do patriarcado em seu sentido mais amplo já estavam inseridas na esfera do social as funções e responsabilidades antes restritas à família, especialmente as funções atribuídas ao patriarca – a provedora e a de autoridade.

No contexto do nosso trabalho, não é, portanto, simplesmente a demanda por solução de conflitos familiares que chama a atenção dos magistrados, porque, especialmente com o reconhecimento dos direitos individuais dos membros da família já havia a solicitação da intervenção nesses conflitos. O que chama a atenção dos magistrados são as solicitações para garantia de subsistência – os alimentos.

Mesmo que essas demandas possam ser contextualizadas num quadro mais amplo de diminuição das condições de trabalho e renda, o que se coloca é que a condição básica para manutenção da vida – a nutrição – se desloca mais intensa e perceptivelmente para fora dos limites da intimidade, e ao fazê-lo, perde o fundamento de sua legitimação vinda do passado, isto é: deixa de ser uma função naturalmente assumida pela geração mais velha, sem necessidade de ser estabelecida por uma norma racional ou determinada por uma autoridade legitimada racionalmente.

É neste sentido que a percepção dos magistrados de um aumento na demanda judicial por alimentos – isto é, de que haja uma decisão racionalmente fundamentada para que a atividade provedora seja realizada pelos membros da família (quer pai, quer avós, quer outros familiares) – pode ser sintetizada na expressão mais genérica “mercantilização do afeto” utilizada por um entrevistado, ou na expressão “racionalização da intimidade”, que, a nossa ver, teria um espectro mais amplo e poderia ser explicada a partir dos estudos de Weber e Arendt.

A “racionalização da intimidade” pode tanto ser considerada uma expressão de um refluxo da esfera íntima, que da mesma forma que a privada passa a se diluir na esfera social, quanto um declínio cada vez maior de qualquer tipo de legitimação tradicional da autoridade e das normas de convivência.

A quebra dos vínculos com a tradição (o passado) e a ascensão da racionalidade é o sentido mais adequado para o que Weber descreve como o “desencantamento” do mundo. O mundo racionalizado não pode mais ser “encantado” na medida em que perde os vínculos com o passado.

Para Arendt, o “encanto” se localiza na intimidade, e, embora ela não identifique um “desencantamento” do mundo com a ruptura com a tradição, refere que nada “encantador” pode sobreviver na esfera pública, pois, “embora a esfera pública possa ser grande, não pode ser encantadora precisamente porque é incapaz

de abrigar o irrelevante." (ARENDR, 1991, p.62)

Há, portanto, na re-configuração dos conflitos familiares da esfera da intimidade para a arena jurídica, o "desencanto" em seu duplo sentido: de afastamento da tradição, no sentido de Weber; e, no sentido de Arendt, do esvaziamento cada vez maior dos conteúdos das relações que nunca tiveram relevância na esfera pública, como o amor.

4.2 A relação entre mudanças na hierarquia familiar e a demanda judicial

A abordagem feita até aqui das novas demandas que se apresentam aos magistrados de família disse respeito ao conteúdo das mesmas, ou seja, ao que era apresentado para ser solucionado juridicamente.

Mas, além de termos solicitado aos informantes que respondessem quais as novas demandas, questionamos se, na percepção deles, as mudanças na estrutura hierárquica da família, com o declínio do patriarcado e o conseqüente reconhecimento de direitos mais igualitários para todos os membros da família, teria tido como conseqüência um aumento nos litígios nas varas de família.

Em suma, a questão colocada foi: se a família tivesse se mantido em sua forma tradicional – patriarcal, seria menor o volume das disputas judiciais envolvendo as relações de família?

Apesar da maioria dos magistrados responder que provavelmente os litígios judiciais fossem menores com a manutenção da família patriarcal, quase todos ressaltaram que, neste caso, o grupo familiar, e as pessoas que o compõem individualmente, possivelmente enfrentariam "conflitos de outra ordem." (M1)

Na visão da maioria dos magistrados, portanto, a possível manutenção do volume de litígios judiciais de forma proporcional ao nível populacional teria como contrapartida outros conflitos familiares, que demandariam outras formas de encaminhamento que não a solução passível de ser dada pela ordem legal-racional.

Assim, embora nas respostas as possíveis conseqüências da manutenção da família hierárquica tenham sido as mais diversas, quase a metade dos entrevistados disse avaliar que se ainda preponderasse a família patriarcal haveria um número menor de litígios a eles submetidos.

Porém, uma grande parte dos informantes fez ressalvas com relação aos resultados quando, com a mudança em sua estrutura hierárquica, a família passou a

buscar mais soluções para suas dificuldades no contexto jurídico.

Antes de apresentar as ressalvas não podemos deixar de destacar que, em significativo número de respostas, a equiparação dos direitos entre homens e mulheres aparece como o fator principal a impulsionar o maior número de processos nas Varas de Família, como bem sintetizado na resposta já transcrita anteriormente: “as ações não existiam” pela “ausência de consciência da mulher de que ela tem as armas na mão, digamos assim, para encerrar aquele capítulo e dar início a um outro, a outra vida.” (M14)

Embora a maioria dos magistrados, quando se referiu às mudanças na família, tenha destacado a equiparação dos direitos entre homens e mulheres como o fator mais marcante no que diz respeito ao aumento dos litígios judiciais, uma magistrada o fez com relação a menor hierarquia entre pais e filhos e um magistrado apenas com relação à flexibilização das relações conjugais.

Analisando-se de forma integral a entrevista com a magistrada mencionada no parágrafo anterior, verifica-se que ela destaca em diferentes respostas sua percepção dos filhos estarem surgindo como atores importantes de litígios (quer em ações de filhos contra pais, quer de pais, representando filhos menores, contra avós). Ou seja, na percepção desta magistrada, são os litígios intergeracionais, e não os litígios de gêneros – representados pelas separações, divórcios, disputas de guarda e regulamentações de visitas – que configuram as demandas recentes mais significativas nas Varas de Família.

Os litígios inter-geracionais, representantes mais significativos do aumento de demanda na percepção dessa magistrada, não são avaliados por ela como uma consequência negativa, em si mesma, do declínio do patriarcado, mas como consequência de um possível vácuo de autoridade⁹⁶, pois

lamentavelmente nós nunca conseguimos fazer quarenta, nós vamos do oito para o oitenta. O que eu acho que ocorria? Eu acho que no passado mais longe era muito vertical: o pai mandava os filhos obedeciam e ninguém questionava. Aquilo era rígido demais. Ai saiu da rigidez para a anarquia total, que daí ninguém mais manda, eu acho que deveria de ter a média, que seria o quarenta e o quarenta e quatro, ou seja, pai e mãe mandando e o filho obedecendo, mas com alguma flexibilidade. (M16)

⁹⁶ A expressão “vácuo de autoridade” é nossa, e procura sintetizar uma situação onde a autoridade foi totalmente esvaziada de quem a personificava e ainda não foi (re) personificada ou (re) estabelecida por uma regra racional ou qualquer outro procedimento argumentativo.

Retornando às ressalvas feitas pelos magistrados⁹⁷, quanto aos conflitos que a família enfrentaria com a manutenção da família patriarcal, a primeira que nos parece necessária registrar foi a do Magistrado 6, que destacou o fato das mudanças na estrutura da familiar não serem tão significativas quanto se supõe.

Em sua análise, mais do que mudanças em termos da estruturação dos grupos familiares, teria havido apenas uma mudança: a maior visibilidade para diferentes arranjos familiares no contexto jurídico. As famílias sempre teriam tido distintas estruturas, mas o Judiciário não as reconheceria enquanto tal.

Nesta percepção, portanto, na sociedade sempre teriam existido diferentes formas de organização dos grupos familiares, mas estas diferentes formas eram opacas para visão do contexto jurídico. A opacidade das diferentes estruturas familiares teria diminuído (especialmente a partir da Constituição Brasileira de 1988), e a maior visibilidade dentro do Poder Judiciário de diferentes formas de organização familiar teria, para o magistrado em questão, refletido no aumento da demanda de ações judiciais na área de família.

O incremento no volume das ações foi percebido por praticamente todos os entrevistados, e, exceto pela magistrada que acabamos de referir, a grande parte dos entrevistados atribuiu este crescimento ao declínio da família do tipo patriarcal.

É preciso, porem, destacar que a maioria dos entrevistado fez questão de frisar sua crença que o modelo patriarcal não era o "melhor" modelo, ou o "único", abrindo a possibilidade de se considerar como adequados outros modelos, como mostra esta citação:

A família patriarcal, enfim não significa que seja a melhor, há outras soluções. Eu conheço famílias estruturadas de uma maneira diferente, só a mãe e os filhos, ou só o pai e os filhos, e que funcionam perfeitamente. Não é essa arquitetura tradicional que a gente conhece, o pai, a mãe e os filhos que garantem que a família seja cem por cento, que não haja problemas na vida. (M14)

Alguns magistrados percebem um lado positivo no incremento da demanda como resultado de menor hierarquia familiar, outros consideram que possivelmente tenha um caráter mais negativo, tendo preponderado as respostas do primeiro grupo.

⁹⁷ Além dos magistrados citados neste texto, que fizeram ressalvas quanto a outros conflitos que a família enfrentaria se mantida em sua forma patriarcal, outros cinco responderam – com ou sem ressalvas – que a família mantida da forma tradicional demandaria menos o Poder Judiciário.

A compreensão de que o Judiciário, ao ser cada vez mais acionado para responder questões antes inexistentes – pelo menor número de portadores de direitos (na estrutura patriarcal) ou pela opacidade de modelos distintos do patriarcal – pode, para a maioria dos entrevistados, trazer benefícios para o grupo familiar como um todo, ou para seus membros individualmente.

Os benefícios possíveis referidos pelos magistrados podem ser agrupados pelo seu conteúdo tanto em termos de sua proximidade com a ordem legal-racional, quanto pelo seu distanciamento.

Estamos considerando como passíveis de serem agrupados, pelo conteúdo, como próximos à ordem legal-racional os benefícios relacionados ao incremento no reconhecimento de direitos, e considerando como distanciados da ordem legal-racional os benefícios que dizem respeito a aspectos de ordem subjetiva e individual, tais como: felicidade, resolução de problemas de ordem emocional, aumento da capacidade de comunicação interpessoal na vida privada, dentre outros.

A transcrição a seguir, da resposta do mesmo magistrado que avalia que a maior mudança foi na visibilidade no Judiciário para outros modelos de família, sintetiza bem essa dupla característica dos benefícios que a(s) família(s) e seus membros obtiveram com o declínio do patriarcado: (a) o reconhecimento de direitos – vinculados à ordem legal-racional – e (b) a possibilidade de desenvolver a subjetividade e buscar a felicidade – transcendendo o plano legal-racional.

Para o magistrado cuja resposta sintetiza essa duplicidade, com a manutenção da família tradicional as demandas judiciais seriam “com certeza” menores e as famílias – ou as pessoas que a compõem – permaneceriam juntas, mas ele sente a necessidade de não se

furtar de fazer um juízo de valor, no sentido de esclarecer que isso não traduz uma felicidade [...] haveria menos separações ou menos demandas judiciais acho que sim, com certeza [mas] também não havia, e isso é importante esclarecer, também não havia a possibilidade de que um filho havido fora do casamento entrasse com uma ação de investigação de paternidade contra um homem casado. Isso também significa menos demanda judicial. Agora, significa também – se traduz – em menos direitos. Eu diria até menos direitos humanos, pegando sob esta perspectiva. Então... com certeza eu acho que, seja pela mudança de que hoje há mais informação, seja pela mudança de que hoje há mais cidadania, dá para se pensar [...] que as ações são muito maiores. Agora eu vejo isso como sendo positivo [...] Parece-me que a idéia é contemplar a maior oportunidade de felicidade. A pessoa não precisa viver uma relação espúria, como se dizia, ilegítima, uma relação desprotegida da tutela legal. Pelo contrário, acho que o Estado vai se mostrando cada vez mais aberto à diversidade e até a idéia

é que não seja mais a Vara de Família, mas as Varas das Famílias, quer dizer, contemplando aí todos os modelos. (M6)

No plano da ordem legal-racional, portanto, os benefícios seriam o reconhecimento de direitos e a possibilidade de se buscar o reconhecimento e a concretização desses direitos no contexto do Poder Judiciário.

Para além das questões vinculadas à ordem legal-racional, grande parte dos entrevistados fez referência à possibilidade de que, com o declínio do patriarcado e a conseqüente maior demanda para o Judiciário dos litígios de família, outros conflitos possam ser apresentados e solucionados por este Poder.

Os outros tipos de conflitos referidos como sendo passíveis de apresentação e solução no contexto judicial foram aqueles antes restritos aos limites do grupo familiar, como os de ordem subjetiva, que eram, em si mesmo ou por suas características, causa ou conseqüência de infelicidade. Seriam as todas as relações de caráter não-cooperativo, para usar um conceito weberiano, que tivessem como forma de regulamentação uma norma não-jurídica.

O declínio da estrutura hierárquica tradicional, de “uma só chefia na família e com inteira submissão no caso, da mulher, dos filhos a essa chefia única” permite aflorar no espaço do Judiciário “conflitos psíquicos, sociais” que “sempre existiram” mas, “seguramente ficavam abafados pela autoridade” masculina. (M1)

Ao lado da percepção dos magistrados, exemplificada acima, de que o declínio do patriarcado faria com que os conflitos de ordem emocional antes contidos dentro do grupo familiar podem aflorar e requerer um encaminhamento no contexto judicial, a menor hierarquia permite que as insatisfações ou mesmo a infelicidade (embora essa tenha sido uma expressão utilizada por apenas um de nossos entrevistados) pudessem ser canalizadas para o contexto jurídico, objetivando sua superação.

A possibilidade de apresentação e/ou solução no contexto judicial das relações que produzem insatisfação ou infelicidade teria como conseqüência benefícios individuais e grupais para os membros das famílias.

Uma das magistradas, por exemplo, após responder positivamente de que com a manutenção da família patriarcal as ações judiciais “com certeza seriam em número bem menor”, ressaltou que, por outro lado, teríamos “famílias mais infelizes, com certeza.”(M2)

Outra magistrada completou que “é preferível ter mais casos judiciais, mas que as pessoas conversem mais sobre suas relações.”(M5)

Mais ações judiciais, resultantes do declínio da família patriarcal, poderiam, portanto, para maioria dos nossos informantes trazer benefícios de ordem normativa ou de ordem subjetiva.

Mas, para alguns magistrados (minoridade entre os nossos informantes), mesmo que com alguns ganhos positivos, aspectos negativos também seriam significativos para as famílias, ao lado desse aumento de demanda.

Os aspectos negativos se centrariam em termos de desestruturação do núcleo familiar, com a conseqüente desorganização moral e econômica, como claramente se percebe com a transcrição da seguinte resposta:

Eu acho que essa abertura, assim, essa possibilidade de separação, de divórcio, pode trazer uma nova qualidade de vida para algumas pessoas, mas não para todo mundo, porque está muito desorganizado e eu acho que tem uma [...] promiscuidade, uma urgência em se refazer casamentos, em se casar de novo, as pessoas não se estruturam muito... Elas passam a ter novas famílias, com filhos inclusive, sem grandes preocupações com a durabilidade disso. O núcleo familiar antes, naquele sistema tradicional, eu não sei se ele fazia mais feliz, mas eu acho que economicamente era mais bem estruturado. (M13)

Ainda em termos estruturais e econômicos, a indefinição do papel do provedor – antes cristalizado no homem – é ressaltada por um magistrado de forma muito objetiva como sendo um aspecto negativo e causa do aumento de litígios nas Varas de Família. Disse o magistrado que com a manutenção da família patriarcal os processos judiciais

seriam menores porque na verdade o pai assumindo – o homem – assumindo essa posição patriarcal, ele meio que corresponde a um arquétipo do provedor, daquele que provê o sustento do lar e por isso a ele deve ser creditado um maior respeito, e talvez até um temor. E eu acho que isto inibe bastante, inibiria bastante, inibia adoção de atitudes, de providências, contra quem tivesse contra os interesses do pai de família. (M9)

A des-personificação da autoridade do homem, bem como da responsabilidade pela função provedora, teria, ainda, como conseqüência, para pelo menos uma das informantes, um aspecto negativo de "caráter psico-emocional" des-estruturante do grupo familiar pois "o novo modelo atrapalhou um pouco a postura dos papéis dentro do casamento." (M12)

Independente de todas as ressalvas feitas pelos magistrados que consideraram ter havido um declínio do patriarcado com um conseqüente

incremento das ações judiciais, bem como das respostas dos que não percebem como tão significativas as mudanças hierárquicas na família, e as percepções daqueles que não a relacionam diretamente com alterações no volume de processos, a questão da autoridade não foi preponderante neste contexto.

Mesmo no conjunto de respostas do magistrado que se fixou mais explicitamente na autoridade em suas informações, não preponderou a relação entre mudanças na estrutura familiar e o maior número de litígios. Inicialmente porque ele não tinha muita certeza do aumento ter sido significativo na última década, pois sua experiência judicante é de “dez a onze anos e já é um período mais moderno de família” e teria sido “o período anterior” ao seu “ingresso no Judiciário que por certo pegou uma geração com conflitos diferentes” (M15).

Ao lado disso, mesmo não podendo afirmar que houve um incremento no volume de processos judiciais, ele avalia que

o número de ingressos de ações hoje passa por esta questão de autoridade, e talvez passe também pela forma de como as famílias se constituem hoje, porque essa coisa da união estável, a possibilidade das pessoas manter uma relação hoje mais aceita, já que algum tempo mais aceita, sem o casamento formal, isso tudo gera um aumento de uniões e por consequência aumento nos conflitos conjugais e familiares. (M15)

Tomando por base esta citação, e todos os dados já referidos até agora, ao elencarmos de forma mais concisa os diferentes elementos presentes num possível incremento no volume das demandas judiciais de família, teríamos que levar em conta percepções não muito homogêneas, mas todas indicando significativas alterações na litigiosidade de família, A saber:

- (a) a percepção de que a mudança fundamental não foi na estrutura familiar em si mesma, mas na visibilidade que outras formas de organização distintas da patriarcal passam a ter no Poder Judiciário;
- (b) as percepções de que as mudanças foram na estrutura familiar e essas mudanças produzem um incremento da demanda judicial, com o reconhecimento da maioria dos magistrados de que o aumento no volume é positivo e traz benefícios de ordem legal-racional e de ordem subjetiva para os litigantes e para outros membros do grupo familiar;
- (c) as percepções de que as mudanças foram na estrutura familiar e essas mudanças aumentaram a demanda judicial, mas com a avaliação de alguns magistrados que as mudanças na estrutura familiar e a maior intervenção do

Judiciário nas relações familiares não traz benefícios para os litigantes e para outros membros do grupo familiar.

Se tomarmos todas as respostas dos magistrados que consideram que houveram mudanças (a maioria), e que essas mudanças provocaram aumento de demanda judicial, podemos identificar que, quer considerando o aumento na demanda positivo ou negativo, sua causa estaria no binômio: transformações na estrutura familiar patriarcal e maior visibilidade para diferentes estruturas já existentes.

Este é o quadro da maioria das respostas. Porém, para um magistrado o aumento na demanda no contexto da justiça de família não teria como causa nem as mudanças na estrutura da família em si mesma, nem a menor opacidade no Judiciário das diferentes estruturas familiares já existentes. Para este magistrado a maior demanda teria como causa a

descoberta de que o Judiciário pode dar uma solução diferente daquilo que está sendo colocado. Quer dizer, eu acho, eu acho que nem tanto os conflitos, mas acho que as necessidades das pessoas é que fizeram com que as pessoas viessem ao Judiciário. (M3)

O Magistrado citado acima vincula a busca de "uma solução diferente" à questão econômica, pois, para ele foram "as necessidades das pessoas" – econômicas – que as levaram ao Judiciário e, ao fazerem, elas "mercantilizam seus afetos." (M3)

A "mercantilização do afeto" já foi trabalhada no item anterior, e neste será retomada.

A retomada não se dá sob o prisma adotado anteriormente, de "racionalização da intimidade" e do duplo sentido do "desencanto" – afastamento da tradição e esvaziamento maior do conteúdo de relações normalmente irrelevantes na esfera pública (como as relações amorosas) – mas no sentido da ruptura com os "grilhões do passado".

Quando a intimidade se racionaliza, mesmo havendo o desencantamento, há também a possibilidade da liberdade, ou seja, a ruptura com as amarras do passado.

Na ruptura com as amarras – os grilhões – do passado, os conflitos antes sufocados ou resolvidos pela autoridade patriarcal – de cunho tradicional, personalizada – encontram expressão e são passíveis de solução no âmbito da

ordem legal-racional, onde predomina a argumentação e a des-personalização.

Neste contexto, uma outra forma de autoridade passa a predominar na solução de conflitos de ordem familiar, e gera no contexto do Poder Judiciário um excesso de demandas.

As demandas excedentes, na percepção de alguns entrevistados seriam desnecessárias, sendo em grande parte questões onde "não há necessidade de interferência do Poder Judiciário", pois seriam conflitos que as pessoas antes encaminhavam com intervenções feitas dentro dos parâmetros da ordem tradicional da família. Assim,

há um inchamento do Poder Judiciário com todas essas questões, onde as pessoas relutam um pouco a tomar uma atitude e vem buscar subsídio, saber o referendo do Poder Judiciário. Então isso acaba inchando a nossa atividade com coisas que absolutamente não tem nada a ver... (M2)

A busca do Judiciário estaria, em alguns casos, levando a uma "banalização do acesso à Justiça" (M6), bem como o Judiciário estaria sobrecarregado por demandas que "poderiam ser resolvidas fora, se as pessoas procurassem apoio psicológico e psiquiátrico" (M4), configurando este Poder como "o desaguadouro dos problemas sociais." (M12)

Estas referências serão retomadas no próximo capítulo, quando trataremos do Judiciário como substituto de outras instituições sociais. Por agora, concluímos que o Poder Judiciário estaria se caracterizando como novo espaço encaminhamento e solução de conflitos familiares e, ao fazê-lo, produziria tanto o desencanto do mundo, quanto a ruptura com os "grilhões do passado", implicando em maior liberdade.

Ambos os aspectos significam que a ordem racional – através de normas legais e de uma autoridade despersonalizada e legitimada por normas argumentativas – passa a reconhecer e responder demandas familiares, portanto ligadas à tradição.

A forma como os magistrados percebem os limites do exercício dessa autoridade racional sobre relações personalizadas, é o tema do próximo capítulo.

5 OS LIMITES DA ORDEM RACIONAL EM RESPONDER ÀS DEMANDAS DE FAMÍLIA AO JUDICIÁRIO

A presença cada vez maior dos magistrados intervindo com sua autoridade no encaminhamento e solução dos conflitos de ordem familiar nos permite colocar o problema dos limites da razão na sociedade contemporânea.

A possibilidade se apresenta se considerarmos que os conflitos familiares se caracterizam principalmente pelo seu conteúdo não-racional, pois se fundamentam em vínculos personalizados e estruturados em torno de uma organização do tipo tradicional, e a autoridade do magistrado é racionalmente legitimada.

O problema dos limites da racionalidade contemporânea, portanto, pode ser colocada a partir da análise das intervenções legitimadas pela ordem legal-racional sobre questões que dizem respeito à intimidade e a privacidade das pessoas (como as relações familiares), às questões cruciais do indivíduo, como a continuidade ou não de suas vidas, assim como aos mais diferentes aspectos não previstos nas normas legais referentes às relações familiares, mas muitas vezes presentes nos litígios judiciais.

As possibilidades e os limites da capacidade de uma intervenção legitimada pela ordem legal-racional em responder a essas questões foi colocada aos magistrados em duas interrogações no transcorrer da pesquisa.

A primeira interrogação era mais aberta e solicitava relação dos aspectos que entendiam extrapolar o sentido legal mais estrito, mas mesmo assim presentes (ou determinantes) nos litígios; solicitava, também, uma avaliação quanto à pertinência de intervirem ou não nesses aspectos.

A segunda interrogação era mais direcionada, e questionava os magistrados sobre a pertinência de sua intervenção – ou mais explicitamente do Poder Judiciário enquanto tal – nas seguintes questões: direitos individuais dos membros da família, abuso sexual e incesto, reprodução assistida, direito de morrer com dignidade e aborto terapêutico. Acreditariam nossos informantes que estas questões: (a) seriam para o Poder Judiciário, portanto passíveis de serem solucionadas pela ordem legal? (b) não seriam temas passíveis da intervenção do Judiciário? (c) ou seriam em parte questões para o Poder Judiciário, havendo, portanto, um limite para interferência da autoridade do tipo racional nas demandas

relacionadas a esses temas?

A temática das questões fechadas não foi levantada ao acaso, ou pela maior exposição de alguns desses temas na mídia e nos debates contemporâneos. A decisão de incluir estes assuntos nas entrevistas com os magistrados partiu da compreensão de que são questões fundamentais da existência humana por dizerem respeito à vida, à morte e à sexualidade. São questões que, por mais que sejam trabalhadas ou regulamentadas em termos racionais, em última instância sempre tem um conteúdo não racional, ligado às emoções, à subjetividade e às escolhas não-racionais das pessoas.

Os temas foram eleitos por considerarmos que, mesmo que já se tenha toda uma elaboração racional sobre os mesmos (quer cientificamente, ou mesmo juridicamente), na vida cotidiana das pessoas sempre se apresentam exigindo delas respostas e/ou atitudes próximas dos tipos de ação que Weber (1992, p. 20) identifica como afetiva – “especialmente emotiva, determinada por afetos e estados sentimentais presentes” – como tradicional – “determinada por um costume arraigado” – ou mesmo por uma ação racional, mas orientada valorativamente.⁹⁸

Em função destas características, quando alguma demanda (conflituosas ou não) envolvendo um destes temas é submetida a um procedimento judicial, “não está jamais à altura do drama e do sofrimento” (GARAPON, 1996, p. 98) com o qual se apresentam na vida das pessoas.

Da mesma forma que os temas que elencamos previamente, as referências espontâneas de nossos entrevistados sobre os aspectos não legais presentes nos litígios nos quais são solicitados a intervir, são questões que colocam os magistrados frente à “jurisdição das emoções” os “afastando da [jurisdição] do direito.” (ibid., p. 68)

O afastamento da jurisdição do direito resulta do fato dos conflitos estabelecidos em torno das emoções, independente de qualquer norma racional que possa vir a lhes dizer respeito, quando presentes nas relações familiares se estruturarem principalmente em torno das prescrições tradicionalmente

⁹⁸ A ação racional orientada a valores é definida por Weber (1992, p. 20) como sendo aquela “determinada pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou de qualquer outra forma como se o interprete – próprio e absoluto de uma determinada conduta, sem relação alguma com o resultado.”

fundamentadas, e não das normas racionalmente instituídas.

Se conflitos familiares envolvendo estes conteúdos se colocam como demandas para os magistrados de família, e eles as consideram como pertinentes, podemos perceber uma situação onde nitidamente o exercício da função judicante implica em assumir um vazio deixado por outro tipo de autoridade, no caso, a do tipo tradicional.⁹⁹

O exercício da função judicante – racionalmente legitimada – ao se dar em substituição da autoridade do tipo tradicional requer dos magistrados decisões menos arbitrais – ou seja, menos focadas nas definições de culpa e previsão de castigos e reparações – e, conseqüentemente, leva-os a optarem por encaminhamentos visando a proteção dos direitos dos mais frágeis, a prevenção de danos maiores, e a manutenção de um mínimo de comunicação entre os litigantes.

O movimento de um exercício mais arbitral para um exercício mais tutelar, nos permite identificar os magistrados como sendo titulares do que Garapon (1996) definiu como “magistratura do sujeito”.

A “magistratura do sujeito” se apresenta, a nosso ver, em duas situações: (a) na intervenção mais tutelar e menos arbitral dos magistrados nos litígios envolvendo relações familiares, e (b) na aceitação dos magistrados, como lhes sendo devidas, das demandas para solução e encaminhamento de conflitos cuja característica básica é sua desvinculação com espaço jurídico, pois não surgem necessariamente da ruptura de relações legais-rationais, mas de relações genericamente definidas como afetivas, configuradas no espaço privado.

Nas palavras de Garapon (1996, p. 139) a resolução por parte dos magistrados das demandas de conflitos envolvendo questões de intimidade, privacidade, e dilemas fundamentais da vida, lhes colocaria a tarefa de “reparar o tecido social rompido” e, para tal, se faz necessária a atitude mais tutelar do que arbitral, tendo em vista que as manifestações dos magistrados de daria cada vez mais em questões morais.

Ao que Garapon denomina de questões morais, acreditamos ser possível

⁹⁹ Lembrando sempre que, para Weber, nenhum tipo de dominação (e, por conseguinte, em nossa análise, nenhum tipo de legitimação da autoridade) é um tipo puro, insistimos que nos referimos à preponderância de uma forma de legitimação em cada situação específica, isto é, da preponderância da autoridade legitimada pela tradição no espaço da família e da legitimada racionalmente no espaço judicial.

classificar, mais uma vez numa aproximação com Weber, como sendo dilemas fundamentais da existência humana.

A aproximação considera a afirmação de Raynaud (1996, p. 9) quanto a Weber ter apresentado “seu profundo ceticismo sobre a capacidade da Razão para responder aos dilemas fundamentais da ação humana” quando colocou “o problema dos limites da racionalização social.”

Weber apresenta seu ceticismo quando trata d' *A Ciência como vocação* e nós procuramos fazer um paralelo com esta temática weberiana para a ciência, transladando-a para o contexto normativo.¹⁰⁰

Ao fazê-lo, entendemos como dilemas fundamentais da vida humana as questões que não eram colocadas (ou não eram consideradas relevantes) fora dos limites da ordem legitimada pela tradição ou pelo carisma, como são os casos da família (especialmente patriarcal) e do domínio religioso, já exemplificadas com as tipologias weberianas de ação tradicional, afetiva e racional com vistas a valores.

No contexto destes tipos de ação, quando declinam as formas de regulação social estabelecidas e normatizadas por regras legitimadas pela tradição e/ou pelo carisma, novas formas de ordenamento são requeridas para as questões ligadas à intimidade e a privacidade das pessoas, e as normas racionais são uma das alternativas.

Para se analisar a capacidade da razão em responder as demandas de conflitos antes normatizados pela tradição e pelo carisma, um dado importante nos parece ser a percepção dos magistrados quanto a quais questões não jurídicas lhe são submetidas, e quais os temas pertencem, ou poderão pertencer, ao espectro de domínio das decisões judiciais.

¹⁰⁰ Todo o texto d' *A ciência como vocação* trata deste ceticismo, nos parecendo bastante significativo desta postura weberiana a seguinte passagem: “A ciência hoje é uma vocação organizada a serviço do auto-esclarecimento e conhecimento de fatos inter-relacionados. [mas] [...] Tudo o que [os cientistas] realizarão é mostrar que não têm consciência do estado de coisas decisivo [...] esse conhecimento, com sua poderosa significação jamais se tornou vital para eles. [os homens]” (WEBER, 1982, p. 180)

5.1 Dimensões que extrapolam o legal *stricto sensu*

Sob a ótica de nossos entrevistados, diversas dimensões que extrapolam as questões legais *stricto sensu* estão presentes nas demandas feitas à jurisdição de família hoje, pois “tem sempre alguma coisa não-jurídica nos conflitos de família.” (M15)

Assim, quando solicitados a relacionarem espontaneamente as dimensões identificavam não legais presentes (ou determinantes) dos litígios de família os entrevistados referiram temas bastante diversos, mas agrupáveis em dois conjuntos de acordo com seu conteúdo: (a) dimensões que dizem respeito à subjetividade e (b) dimensões da vida social.

5.1.1 *Dimensões que dizem respeito à subjetividade*

No grupo de dimensões que dizem respeito à subjetividade, incluímos as referências à intimidade, à sexualidade, aos sentimentos advindos das rupturas do vínculo conjugal, bem como os mais diferentes indicativos de comprometimento na área de saúde mental.

As referências à intimidade e à sexualidade foram referidas geralmente vinculadas entre si, e apresentadas principalmente quando citadas questões envolvendo a “relação do casal, íntima”(M14). Da mesma forma, estavam geralmente presentes nas respostas onde foram mencionados os (res)sentimentos advindos da ruptura da relação conjugal e possíveis comprometimentos de saúde mental. Neste último caso foram citados, com muita frequência, o uso de álcool e drogas e o “desequilíbrio emocional.” (M11)

Nenhum dos entrevistados fez referência a apenas uma dimensão, mas a um conjunto de dimensões, e, neste sentido, parece exemplar a percepção da Magistrada 16, para quem “tudo” que tem sido apresentado pelos envolvidos nos litígios de família hoje extrapola os limites da norma legal em seu sentido mais estrito:

Tudo! Por exemplo, essa semana mesmo eu tive um caso que a namorada pedia para que o Judiciário mantivesse o namorado afastado dela. Quando é que se imaginou que isso fosse um dia acontecer? Não existe nem forma de, na Vara de Família, afastar o namorado da namorada, namorada e namorado de um tempo atrás terminavam e cada um ia para o seu lado, agora hoje eles querem o Juiz no meio afastando eles. A visita de filhos: aí eles trazem todos os problemas do casamento para discutir, porque a mãe

não quer que pai visite o filho. Então, eles se expõem, as vísceras deles vêm tudo para fora nos processos, por uma birra. Acho que hoje, assim, aquilo que antes nos falávamos de vergonha – esse sentimento – hoje ele é muito pouco sentido, porque nós no passado tínhamos mais vergonha que hoje. Então, se tinha vergonha de expor no Judiciário as mazelas, as pessoas ficavam mais constrangidas e hoje não, hoje está liberado geral. Ninguém tem problema de chegar ali em sala de audiência e dizer que o outro transava mal, ou que a outra era frígida, e eles expõem a vida sexual assim como se estivesse pondo o café da manhã para tomar.

Na percepção dos magistrados entrevistados, portanto, a privacidade e a intimidade estão freqüentemente expostas nos litígios e estas, junto com problemas de saúde mental, extrapolam o conjunto de relações cujo conteúdo não está previsto nas normas legais sobre família. Da mesma forma, também seriam apresentados para seu discernimento conflitos resultantes de aspectos sociais não incluídos nos limites legais sobre as relações familiares.

5.1.2 *Dimensões da vida social*

Optamos por designar de “dimensões da vida social” o segundo grupo de respostas por serem referências ao desempenho (ou ao não desempenho) de papéis socialmente definidos e às questões estruturais da sociedade.

Com relação ao desempenho de papéis sociais, foi identificada uma falta de responsabilidade e de comprometimento dos adultos da família no desempenho do papel parental. Na verdade, foram feitas referências ao não desempenho do papel parental, no sentido da “falta de comprometimento afetivo” (M5), do “não envolvimento com os filhos” (M10) e de uma possível

terceirização da responsabilidade de conduzir e educar a vida dos filhos. [...] chegam na audiência pai e mãe e não cedem em nada, quer dizer, cada um tem sua posição e o Juiz passa a ter que determinar tudo na vida deles [...] Então, a impressão que passa é que eles vão passar para mão do Juiz a solução da vida, das coisas mais banais às mais complicadas, a impressão que me dá é que na cabeça deles estaria na mão do Juiz, o Juiz que vai conduzir. Eu tenho usado o termo da terceirização da educação, da criação dos filhos, no sentido de que eles, no momento que tu tens o processo, eles se sentem, digamos assim, mais tranquilos: “alguém vai resolver por nós essa situação”. E evidente de que no processo nem tudo é da esfera da ação judicial, a vida segue, as questões familiares da rotina, mas alguns aspectos, algumas audiências chamam a atenção que parece que a postura passa assim – se vão estar lá o Juiz vai dar a solução para tudo e então eu tento provocar eles a compreenderem o sentido inverso da coisa: pelo contrario, o Juiz só vai decidir interferir na última etapa, quando realmente não houve nenhuma espécie de dialogo, não houve condição de resolver e quando a questão importa a uma decisão judicial. (M15)

As outras respostas incluídas sob a rubrica de dimensões da vida social dizem

respeito à falta de condições das pessoas em suprir suas necessidades, falta de condições essas definidas por grande parte dos entrevistados como “pobreza”, mesmo com a ressalva de não ser apenas uma carência material, mas também carências em outros níveis, como preparação para o trabalho, educação, falta de acesso a serviços públicos e a políticas sociais.¹⁰¹

Independente do grupo onde as referências aos aspectos “não-legais” puderam ser categorizadas, nas respostas individuais encontramos referências a elementos dos dois grupos, e o Magistrado 3 foi bastante incisivo quando ressaltou que “nas questões de família nada precisava ficar exposto”, e a Magistrada 2 complementou suas respostas ressaltando que, de modo geral, “o juiz ainda não está preparado para enxergar” os elementos não-legais presentes nos litígios de família.

Mesmo com as ressalvas da não necessidade da exposição dos aspectos não-jurídicos e da falta de preparo dos juízes para os perceberem de forma adequada, a grande maioria dos entrevistados avaliou que os temas referidos até aqui são passíveis de intervenção judicial porque o Poder Judiciário é o único espaço – ou pelo menos o espaço mais apropriado – para o encaminhamento destas questões.¹⁰²

Embora a avaliação se modifique quando questionados diretamente sobre os dilemas fundamentais, nas respostas de nossos entrevistados a percepção da primazia do Judiciário no encaminhamento dos aspectos identificados como não-legais e presentes nos conflitos de família, relaciona-se tanto à compreensão da necessidade do “poder do Estado para resolver, porque senão não se resolve” (M7), quanto à crença da capacidade autoridade do qual o magistrado é investido em resolver os conflitos da esfera privada.

O Judiciário tem uma respeitabilidade, a partir do Juiz e dos serviços judiciais que são oferecidos, que permite que se consiga estabelecer talvez alguma solução. Pode, às vezes, não se ter solução [mas] há o respeito e a figura que o Juiz de família vai além da solução simplesmente jurídica no

¹⁰¹ Quase metade dos entrevistados, implicitamente ou explicitamente, relacionou suas percepções a possíveis mudanças na estrutura familiar. A transformação referida, porém, não dizia respeito à mudança na hierarquia e nas relações de poder, mas à redução no tamanho do grupo familiar, de ampliada para nuclear. Assim sendo, esta percepção será referida no item onde trataremos da substituição compulsória de outras instituições.

¹⁰² A minoria dos entrevistados manifestou crença de que não deve haver intervenção nos aspectos que extrapola o legal *stricto sensu*, ou crença da necessidade de uma intervenção parcial.

caso – se o bem esse é para ser dividido entre casal ou não – a figura vai bem além disso, principalmente nas audiências. (M15)

Ao lado dessa primazia, alguns entrevistados destacaram que, se os conflitos de família – em seus mais diferentes aspectos – não forem encaminhados no âmbito judicial, “difícilmente iriam para outro lugar” (M9). Assim, ao se depararem com os mesmos, os magistrados

Não tem como não intervir, porque a demanda chega aqui e aí não tem como negar a jurisdição, é um pedido de jurisdição esse processo. Então, por mais que tu aches censurável qualquer coisa semelhante, não tem como negar. Não tem como indeferir uma inicial, você tem que processar. (M16)

Quer pelo reconhecimento da impossibilidade de não intervir, quer pelo reconhecimento da pertinência de sua atuação nas dimensões mais relacionados às “relações de afeto” (M10), a intervenção nos litígios se faz a partir da crença na possibilidade de dar “uma grande contribuição” nas dificuldades de relacionamento dos litigantes, e de uma decisão bem fundamentada trazer “progressos” e ajudar “bastante.” (M14)

Se no que diz respeito aos aspectos não jurídicos que relacionaram espontaneamente os magistrados majoritariamente entenderam pela pertinência de sua intervenção, a mesma homogeneidade não se deu quando questionados mais diretamente se o que estamos denominando de dilemas fundamentais da existência humana deveriam ou não se constituir como demanda judicial.

5.2 Dilemas fundamentais da existência humana e demanda judicial

5.2.1 Dilemas considerados como demanda para o Poder Judiciário

O tema para o qual convergiram a maior parte de respostas positivas quanto a ser um dilema que necessariamente se constitui enquanto demanda para o Poder Judiciário foram os conflitos envolvendo abuso sexual e incesto.

Para muitos dos magistrados que responderam de forma afirmativa esta questão, abuso sexual e incesto são questões que “sempre” devem tratadas no âmbito do Poder Judiciário. A justificativa para esta percepção foi dada pelo Magistrado 10 com referência a serem “uma conduta típica criminal” da qual “não tem como afastar do crivo judicial”. Mas, além de serem crimes, exigem medidas de proteção para as vítimas e para eficácia dessas medidas “há necessidade de

intervenção imediata, uma interferência imediata que só o Judiciário acaba tendo.”(M2)

Nas situações envolvendo abuso sexual e incesto o Poder Judiciário, para maioria dos entrevistados, deve intervir usando “todo o rigor da lei e toda a energia” visando “coibir, de punir e evitar que isso possa se repetir” (M7), pois é uma situação criminosa, que fere o direito dos mais frágeis.

O uso de todo rigor para coibir, punir e, se possível evitar, o abuso sexual e o incesto, especialmente no seio da família, objetiva, portanto, na percepção de parte de nossos entrevistados, uma forma através da qual o Poder Judiciário pode proporcionar a “proteção da criança, ou da vítima do abuso, através de intervenções de retirada da criança desse meio onde ela foi abusada.” (M12)

Para além da proteção da criança, alguns magistrados avaliam a intervenção judicial em situações de abuso sexual e incesto intrafamiliar como sendo uma proteção extensiva ao grupo familiar como um todo, pois quando fatos como estes surgem dentro do conjunto das relações íntimas,

a família toda está disfuncional [...] a família toda está doente. Se uma mãe não enxerga, se um pai não enxerga é porque ele não consegue enxergar ou ele não quer enxergar. Então, eu acho que é uma questão para o Judiciário, sim. Isso tem a ver com proteção porque geralmente envolve crianças. Enfim, me parece que seja uma questão que deva vir a nós, sim.
(M13)

As respostas a estas questões, de modo geral, foram bastante incisivas, inclusive tendo havido um magistrado enfático ao destacar que “não tem como fugir [...] pelo contrário, o Judiciário deveria se ocupar mais disso, e Judiciário quando eu digo é todo o sistema jurídico.” (M11)

O conteúdo dessas respostas deixa claro que, ao entenderem que as questões envolvendo abuso sexual e incesto são temas para o Poder Judiciário responder, na verdade eles também afirmam a necessidade de respostas judiciais coercitivas às atitudes lesivas à integridade física, mental e emocional das pessoas. Ou seja, à violação de direitos individuais.

Esta análise pode ser confirmada quando a proteção aos direitos individuais, ao lado das decisões quanto à realização (ou não) de abortos terapêuticos, foram os outros temas que receberam significativo número de respostas afirmativas dos magistrados quanto a serem demandas legítimas para o Poder Judiciário.

A proteção dos direitos individuais e a possibilidade (ou não) de realização do

aborto terapêutico têm diferentes justificativas dadas pelos magistrados quando as identificam como questões que devem necessariamente ser submetidas à decisões e encaminhamentos fundamentados em normas legais-rationais, ou pelo menos submetidas às pessoas cuja autoridade é legitimada por essas normas: o juiz.

Os motivos apresentados como explicação para a necessidade de submissão desses temas à decisão judicial, além de diferirem das justificativas dadas ao tema de abuso sexual e incesto, também diferirem entre si.

O reconhecimento de que a garantia dos direitos individuais se configura enquanto uma demanda legítima ao Poder Judiciário foi justificada basicamente pelo entendimento de se tratarem “dos direitos, poderia se dizer, direitos fundamentais da pessoa” (M1), os quais, mesmos que considerados dentro do grupo familiar, não alteram a condição da família estar “protegida por norma constitucional” (M4), e os direitos fundamentais são constitucionalmente garantidos.

Ou seja, na percepção de grande parte dos entrevistados, a proteção dos direitos individuais e da família se inter-relacionam e constituem demanda legítima para o Poder Judiciário, como se pode perceber na resposta transcrita a seguir, síntese do conteúdo da maioria das posições neste sentido. O magistrado em questão manifestou sua crença no fato dos direitos individuais serem uma demanda judicial

na medida em que os direitos e obrigações, e não só os individuais, mas também na área da família, tem andado muito bem. Agora, cabe a lei ir, digamos, mais à amíude nessas questões ou ela colocar as matérias, discriminar as matérias de uma forma mais genérica e abrangente. Mas, que qualquer conflito que surja com relação a esse tema deva ser equacionado pelo Poder Judiciário, eu não tenho a menor dúvida. E aí eu acho que a questão seria de exame da adequação ou não da Legislação que regula essa matéria e da permanência e atualização que ela deva ter em razão das transformações sociais muito rápidas. (M7)

Na maioria das respostas houve também referências à crença de que “o ideal seria que esses direitos fossem observados, mas uma vez descumpridos ou não observados [...] cabe ao Judiciário fazer com que se realizem.” (M10)

O Judiciário é, portanto, entendido como o órgão que “funciona como garantidor de direitos ao final.” (M15)

Embora tenham majoritariamente reconhecido a garantia dos direitos individuais como sendo demandas pertinentes ao Poder Judiciário, alguns magistrados ressaltaram para complexidade da questão quando analisada sob a

ótica das Varas de Família.

A complexidade se dá quando, para além da individualidade, “todo mundo é membro de alguma família” (M6) e seria preciso uma clareza maior quanto ao que se configura enquanto direitos individuais – os quais sendo “assegurados constitucionalmente, se infringidos há necessidade de uma intervenção parcial que seja” (M12) – e o que deve ser pensado enquanto direito do grupo familiar.

Esta complexidade fica claro na resposta onde foi discutido o direito à privacidade (um dos direitos individuais constitucionalmente garantidos) dentro do grupo familiar:

Eu acho que quando tu moras na mesma casa, tem muito direito de privacidade que não deveria existir. E filho que é sustentado por pai, não tem que ter direito de privacidade, porque quando tem direito de privacidade leva droga para dentro de casa, leva más companhias para dentro de casa e muitas vezes leva até a consequência de ter o filho indesejável dentro de casa. Por que? Porque o pai – o pai e a mãe – não podem se meter. Então, essa privacidade dos filhos, privacidade é muito boa para adulto que se fizer alguma coisa responde pelo o que faz, agora jovem sustentado pelo o pai – claro eu não estou falando daquela privacidade de tomar banho de porta fechada, isso é obvio – mas a privacidade essa de os pais não poder saber o que eles estão fazendo, de que modo estão se comportando... isso para mim não tem que existir. Eu acho que na família, ainda pai tem que mandar em filho, e o filho que não está satisfeito com isso pegue o boné e vai embora e se sustente. (M16)

Independente das ressalvas feitas quanto à complexidade da garantia dos direitos individuais quando analisados sob a perspectiva das relações familiares, o número de respostas positivas considerando sua transgressão uma demanda legítima para o Poder Judiciário foram semelhantes às respostas afirmativas quanto à pertinência da demanda judicial visando a autorização para realização de aborto terapêutico (não previsto por lei) envolvendo gestação cuja vida do bebê após o parto é praticamente impossível.¹⁰³

¹⁰³ Há apenas dois casos de aborto previsto em lei: quando a gravidez significar risco para mãe ou quando for resultante de estupro. Ou como diz textualmente o artigo Art. 128 do Código Penal: “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Basicamente as justificativas dadas pelos magistrados para considerarem a decisão quanto a realização (ou não) de um aborto terapêutico dever necessariamente ser tomada no espaço judicial foram fundamentadas no fato deste tipo de procedimento não estar previsto na legislação.

Neste sentido, grande parte dos entrevistados referiu que não haveria qualquer segurança jurídica para a gestante e/ou o médico tomarem esta decisão sozinhos. Faltaria, portanto, o amparo legal para tomada este tipo decisão, e seria “preferível que venha [para a decisão do Juiz] para que fiquem tranqüilizadas as relações das partes depois.” (M11)

Uma outra justificativa para o aborto terapêutico se configurar como demanda judicial seria a omissão dos médicos em “assumir que eles têm previsão legal” para fazerem este procedimento. Se os médicos não se omitissem,

não tinha que ser o Juiz a dispor sobre isso, podia o médico constatado em alguns casos que são previstos em lei, ele podia fazer uso. Mas, os médicos têm muito medo disso, de se exporem, então tem o Judiciário, acho que sim, acho que [as pessoas] tem que se valer disso. (M13)

Reconhecido pela maioria dos magistrados como uma demanda legítima ao Judiciário, o tema do aborto terapêutico chamou a atenção por uma divergência nas respostas de dois magistrados com relação a ser ou não uma decisão a ser tomada por um juiz das Varas de Família.

Um dos nossos entrevistados foi bastante enfático ao entender essa tarefa uma sendo sua competência, enquanto juiz de Vara de Família, e questionou o fato da questão estar sendo

tratada na Vara do Júri, e não há razão para isso. Eu tenho impressão que isso aí – [...] – deverá ser tratado na Vara de Família. Acho que o Juiz da Vara de Família está mais preparado. Mesmo que ele não esteja preparado... vamos dizer, em termos acadêmicos, em termos formais, pela trajetória dele, pela vivência dele na Vara de Família ele está mais preparado para tratar da questão do aborto. Eu acho que o Juiz do Júri não tem o preparo, não tem aí não é o preparo, a expressão não é essa, não tem o perfil, porque pela vivência na Vara do Júri, parece que ele traz um viés de enfrentar isso à luz do direito Criminal. E especialmente no sentido [...] do Direito Penal [como] uma infração que deve ser punida. Então me parece que aí há um equívoco, e esse equívoco, acho, não é nem do Juiz da Família e nem do Juiz do Júri, esse equívoco me parece que é dos advogados quando ingressam com a ação, direcionam, inadequadamente. Acho que deveriam direcionar para Vara de Família e aí sim, eventualmente, o Juiz de Família poderia até declinar a competência. (M6)

Em contrapartida, um outro juiz de Vara de Família, que já recebeu uma ação com solicitação de autorização para realização deste tipo de aborto, se posicionou

em sentido contrário, entendendo ser “uma questão que tem chegado com frequência no Judiciário” se constituindo uma “competência da Vara do Júri.” (M15)

Quer como competência das Varas de Família, ou de outras Varas, a realização ou não de aborto terapêutico se constitui, na perspectiva de grande parte dos entrevistados, como uma demanda legítima para o Poder Judiciário, assim como as questões envolvendo abuso sexual e incesto e as envolvendo garantias de direitos individuais.

Após esses três temas – abuso sexual e incesto, direitos individuais e aborto terapêutico – o outro tema que obteve expressivo número de respostas positivas quanto a se constituir como demanda judicial legítima foi a questão da possibilidade de obtenção de autorização para se morrer com dignidade.

Os dois temas – aborto e direito de morrer com dignidade – tiveram, porém, uma contrapartida: um número significativo (embora não equivalentes) de respostas negativas, ou seja: não seriam demandas para o Poder Judiciário.

Antes de tratarmos dessas respostas negativas, as quais, como veremos, devem ser relativizadas, consideramos apenas necessário fazermos dois registros.

O primeiro registro a ser feito visa esclarecer que as justificativas dadas para o reconhecimento da legitimidade judicial da solicitação de autorização para morrer com dignidade foram bastante semelhantes às justificativas dadas para o reconhecimento da demanda relativa ao aborto terapêutico.

Como disse textualmente um magistrado, no tocante ao direito de morrer com dignidade, ele

faria a mesma observação que com relação ao aborto: o nosso sistema jurídico não tranquiliza que o médico verificando todas as circunstâncias ele diga “vamos fazer”, porque ele corre o risco de alguém interpretar ao contrário, quer dizer, a nossa segurança jurídica hoje, com relação a isso aí, é falha, ... (M11)

O segundo registro é um trecho da resposta de um dos magistrados que, tendo reconhecido todos os temas apresentados como demanda legítima ao Poder Judiciário, avaliou serem todas “questões que são bem interessantes do ponto de vista de jurídico, mas são coisas que estão sempre na esfera de alcance do Judiciário.” (M15)

A compreensão deste magistrado (e de mais um que respondeu afirmativamente em todos os temas), de que mesmos os dilemas mais íntimos da

vida humana podem ser demandas para o Poder Judiciário, não foram, porém, maioria.

No conjunto, as respostas foram bastante diversificadas, especialmente no que disse respeito às respostas negativas, isto é, de demandas que não deveriam chegar ao Judiciário.

5.2.2 *Dilemas não considerados como demanda para o Poder Judiciário*

A análise das respostas negativas, ou seja, das respostas dos magistrados avaliando que um determinado tema não se constitui enquanto uma demanda legítima para o Poder Judiciário precisam ser classificadas em duas categorias.

A primeira categoria de respostas diz respeito à negativa por entender o tema em questão ligado à autodeterminação individual do ser humano, não ferindo direitos de terceiros e, portanto, sendo decisões de estrito foro íntimo, não cabendo a ninguém, nem ao Juiz, manifestar-se sobre o tema. Não são, portanto demandas para o Poder Judiciário por dizerem respeito ao espaço onde impera a autodeterminação de cada ser humano.

A segunda categoria de respostas engloba a negativa dada por entender que se tratar de um princípio (ou norma) tão fundamental que não pode ser transgredido jamais, nem mesmo com autorização judicial.

Uma maior compreensão da primeira categoria pode se dar se fizermos uma referência ao trabalho de Rojo (1998) sobre os direitos individuais na Argentina.

Ao analisar o sistema de liberdades individuais dos argentinos¹⁰⁴ o autor enfatiza o artigo 19 da Constituição Argentina, onde está previsto que os atos privados de cada indivíduo, desde que não seja ofensivo à coletividade e não prejudiquem outros indivíduos, estão fora do âmbito de deliberação judicial, ou seja, pertencem apenas às livres deliberações individuais.¹⁰⁵

Este princípio de reserva, que, em termos políticos, daria para Rojo o caráter

¹⁰⁴ Segundo Rojo (1998, p. 115), na Argentina as liberdades estão contempladas na Constituição Nacional, na legislação promulgada pelo Congresso em consonância com a Carta Magna, e nos “tratados de hierarquia constitucional”.

¹⁰⁵ Embora a Constituição Brasileira não tenha dispositivo semelhante, no seu artigo 5º está previsto “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes... o direito... à liberdade...”, sendo que o inciso II do mesmo artigo explícita que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988). Haveria, portanto, a possibilidade de se considerar que cada qual poderia ser livre para decidir sobre aquilo que a lei não o obriga a fazer.

“liberal” da Carta argentina, significa que todos são livres para tomarem as decisões como bem lhe aprouverem, assim como se comportarem de acordo com sua consciência, se não vierem a ferir outros direitos, individuais ou coletivos. Nas palavras do próprio autor, este princípio “é o marco no qual os indivíduos elaboram para si mesmos seus projetos de vida, que – obviamente – não são jurídicos.” (ROJO, 1998, p. 124)

Em outros termos, ou de forma mais objetiva, “há ações dos homens que são “privadas” no sentido de que não podem ser judicializadas” (ibid., p. 123)¹⁰⁶, isto é, está estabelecido

que nem toda ação dos indivíduos deve necessariamente ser qualificada. Que os indivíduos têm modos de ação e de expressão próprios e procedimentos disponíveis (para o exercício de suas opções) que não se desprendem da organização jurídica de suas relações sociais. (ibid., p. 124)

A compreensão majoritária de que as questões envolvendo reprodução assistida não devem se constituir como demanda ao Poder Judiciário podem ser englobadas na primeira categoria, pois a geração de um bebê pelo método natural ou pelas técnicas produzidas pela biotecnologia não fere a ordem pública, nem o direito de outrem, dizendo respeito apenas a quem vier a ser – biologicamente ou socialmente – os pais desta criança, e à criança quando ela puder ter consciência de sua origem.

Parece-nos, portanto, ter sido neste sentido, de respeito a um princípio de autodeterminação que não fere direitos de outros, que as questões envolvendo reprodução assistida, dentre os temas apresentados, foi o único no qual obtivemos a maioria de respostas negativas. Isto é, na percepção de nossos entrevistados, a concepção de uma criança através de técnicas médicas não deve se constituir em demanda judicial por dizer respeito à autodeterminação de cada ser humano envolvido (ou de cada casal).

A resposta a seguir ilustra esse tipo de posicionamento:

Eu considero a reprodução assistida [como sendo] o mesmo direito de uma pessoa ter [um filho] pelas vias tradicionais, pelo método jurássico, que eu digo. Eu não acho que isso seja uma questão para o Judiciário. Eu imagino que seja uma opção do casal, [...] isso não deveria vir ao Judiciário. (M13)

Embora para além da autodeterminação individual (ou do casal), alguns

¹⁰⁶ O complemento do texto é o seguinte “e há outras que são “públicas” no sentido de que o direito as utilizará para proteger as intersecções (comportamentais) implicadas”. (ROJO, 1998, p. 123)

magistrados tenham entendido ser esta uma questão técnica da área de saúde, mesmo assim entenderam serem questões restritas ao espaço “bastante privado” (M10) e das quais “as partes¹⁰⁷ podem sair-se pela via privada e extrajudicialmente.” (M12)

Os outros dois temas que, conforme já referimos, tiveram um grande número de respostas negativas (embora não a maioria, como o caso da reprodução assistida) foram o aborto e o direito de morrer com dignidade.

Todas as respostas negativas quanto às solicitações referentes ao aborto terapêutico não se constituírem enquanto demanda judicial legítima, podem ser classificadas da mesma forma que as respostas negativas quanto às questões envolvendo reprodução assistida: seriam, na visão dos magistrados, decisões a serem tomadas pela capacidade de autodeterminação individual dos envolvidos, quer a própria gestante (e seu parceiro), quer o médico que a assiste.

A síntese deste tipo de compreensão pode ser exemplificada tanto com a passagem de um entrevistado que afirmou que “não precisaria passar pelo Judiciário, na medida em que se dá um crédito à atividade do médico, à autoridade médica” (M9) quanto com a resposta transcrita a seguir:

isso tudo deve passar longe eu acho. É um direito também, um direito da gestante, sem a menor dúvida, não fica aí nessa questão de antes de mais nada tem a vida. Eu até tenho dúvida se o feto já tem vida. Juridicamente é um nascituro, uma coisa muito abstrata. Então, eu acho que isso até, antes de tudo, é um direito assim à intimidade da gestante, dessa grávida. Se isso aconteceu dum estupro, enfim, uma doença séria [...] então, como é que vai se obrigar essa mulher a suportar essa gravidez cujo resultado é um sofrimento. (M10)

Se com relação ao aborto terapêutico as respostas negativas podem ser caracterizadas a partir da compreensão da necessidade de respeito à autodeterminação das pessoas (ou do profissional), com relação ao direito a morrer com dignidade o número de respostas negativas se cingiu equitativamente.

No que diz respeito ao direito de morrer com dignidade encontramos entre as negativas as duas categorias de respostas: (a) as dos magistrados que entendiam que não deveria esta ser uma demanda judicial por dizer respeito à autodeterminação individual e (b) as dos magistrados que entendiam que não deveria ser demanda judicial por dizer respeito a uma norma fundamental que

¹⁰⁷ “Partes” são os litigantes, ou os envolvidos em uma demanda judicial.

jamais deve ser infringida.

Como exemplo da compreensão de que o direito de morrer com dignidade é inviável enquanto demanda judicial por ser um princípio fundamental, havendo a impossibilidade de sua admissão enquanto fato em si mesmo, uma das respostas negativas foi bastante enfática no sentido de que “a eutanásia deve ser encarada como um crime” (M7) e outra por avaliar que esse tema “lida com um dos bens mais valorados no Direito que é o direito à vida, um direito que não se pode dispor.” (M9)

Por outro lado, alguns dos magistrados, como demonstram muito bem as respostas transcrita a seguir, entendem ser esta uma questão que diz respeito à autodeterminação de cada ser humano e, portanto, “não é para o Judiciário! Eu acho que as pessoas têm que morrer com dignidade sem que o Juiz se meta nisso.” (M16). Ou ainda,

Eu acho que é um direito sagrado... Sou tão, tão radical a favor disso que acho que não teria nem que [chegar ao] Juiz [para] decidir o que eu quero. Se eu estou morrendo, se estou com uma doença terminal, ainda vou ter que depender de um Juiz, do humor desse Juiz, para decidir?! Eu acho uma barbaridade, eu acho que tem que passar longe. Acho que é uma opção, é um direito sagrado. (M10)

A compreensão, portanto, de alguns temas não se constituírem, ou não deverem se constituir como uma demanda judicial, pode variar de sentido, conforme apresentado acima.

Se alguns temas os magistrados se definiram claramente como sendo ou não demandas legítimas para o Poder Judiciário, apenas um tema, como veremos a seguir, foi considerado como tendo alguns aspectos que se constituem demanda judicial, ou seja, sendo em parte questão para o contexto judicial.

5.2.3 *Dilemas considerados em parte demanda para o Poder Judiciário*

Dentre todos os temas colocados para os magistrados, solicitando-lhes que os categorizassem quanto à pertinência ou não de serem aspectos sobre os quais o Poder Judiciário deveria se pronunciar, um único tema teve a maioria de respostas no sentido de serem em parte demandas para decisões judiciais: questões envolvendo homossexualidade ou transexualidade.

Na percepção de nossos entrevistados, nas questões envolvendo homossexualidade ou transexualidade a pertinência da intervenção do Poder Judiciário não se daria no conjunto de aspectos envolvendo situações ou relações

destes tipos, mas apenas em alguns aspectos, aspectos esses que divergiram no conjunto das respostas.

A diversidade dos aspectos nos permitiu, de forma semelhante à análise das respostas negativas, categorizar em dois grupos a compreensão dos magistrados de que homossexualidade e transexualidade são em parte questões para o Poder Judiciário.

O primeiro grupo de respostas engloba aquelas onde há referências a conflitos essencialmente legais no sentido formal, e o segundo grupo engloba situações onde o Poder Judiciário teria a função regular temas ainda não normatizados em forma de lei.

No grupo de respostas que podem ser incluídas no primeiro tipo, isto é, referências de magistrados entendendo que uma parte das questões envolvendo homossexualidade e transexualidade são tema para o Poder Judiciário apenas quando envolverem aspectos formais, preponderaram as referências com relação a troca de nome de transexuais após a cirurgia de alteração do sexo anatômico.

A compreensão da necessidade de uma intervenção judicial para troca de nome de transexual foi precedida, na quase totalidade das respostas, pela ressalva quanto à autorização da cirurgia de alteração do sexo anatômico prescindir da intervenção do magistrado.

A citação a seguir é um tipo exemplar das respostas dos magistrados que entendem que, no caso de transexuais, a autorização para alteração do registro civil é uma demanda legítima para o Poder Judiciário, mas a discussão sobre a realização (ou não) da cirurgia de mudança dos genitais não dever ser uma questão para o contexto judicial:

diria que ainda em parte. Eu ficaria assim em dúvida, o ideal assim seria nem vir para o Judiciário, é uma questão de opção de cada um que ser for feita criteriosamente, por pessoas habilitadas... A gente sabe assim que a alteração do nome, por exemplo, estou pensando mais, raciocinando mais, em cima disto – a alteração de nome. Então, isso não tem como fugir, não passar por um controle judicial, até porque tem que alterar um registro, isso é que se chama lá assim, dogmaticamente, segurança jurídica. Então é João, João virou Maria, então tem que vir por um lado judicial, pela sentença, vamos dizer, tecnicamente constitutiva que altera toda uma relação jurídica. (M10)

Se com relação à transexualidade a compreensão preponderante foi de que se constituía demanda para o Poder Judiciário a troca de nome, com relação à homossexualidade à compreensão majoritária se deu quanto aos aspectos

patrimoniais e aos filhos, se houvessem ou se fosse esta a pretensão do casal, ou seja, para as questões "de adoção, de consequência na área patrimonial." (M14)

De forma particular com relação à homossexualidade, algumas das respostas dos magistrados, mesmo quando nos possibilitaram categorizá-las no grupo de respostas referentes à compreensão de que competiam ao Poder Judiciário as questões mais formais em termos legais, também se aproximaram muito da categoria de respostas onde a compreensão predominante foi da necessidade da intervenção judicial apenas enquanto uma possibilidade de construção de legislação sobre temas ainda não normatizados. Como disse textualmente um magistrado, sua intervenção de justifica

na medida em que não há na legislação uma previsão específica para tu resolveres algum conflito decorrente de relações como estas [e] esse é um fato social que existe e a lei não acompanhou ainda de forma plena a regulamentação desse tipo de situação... (M15)

A necessidade do Judiciário vir a, em certo sentido, legislar sobre essas questões, foi entendida no sentido da necessidade de ocupar um vazio normativo. Ao ocupar o vazio normativo o magistrado estaria desempenhando a função legislativa, o que se percebeu também nas respostas sobre a falência das instituições, analisadas a seguir, e onde o tema será tratado com mais atenção.

Por agora destacamos que o vazio normativo também traria como necessidade a requisição de decisões judiciais como uma possibilidade de dar segurança jurídica às relações.¹⁰⁸ Ou seja, "é preferível que venha para o Judiciário" (M3) e

embora possa travancar – tem coisas que podem ser feitas independente do Judiciário [...] essas relações, por exemplo, de troca de sexo, de relações homoafetivas, ainda na nossa sociedade, eu ainda acho que elas devem passar por aqui até para não serem objeto de questionamentos posteriores aqui. Não que precise, [...] mas pode ser objeto depois de questionamento, [...]. Então, têm coisas às vezes, até preferível que venha para que fique tranqüilizada a relação das partes depois. (M11)

¹⁰⁸ Como no caso das respostas positivas quanto à autorização para realização (ou não) de aborto terapêutico se constituir em demanda legítima para o Poder Judiciário, visando dar segurança jurídica aos envolvidos.

Para além da necessidade de suprir falhas na legislação, e de proporcionar segurança jurídica para os envolvidos, houveram algumas respostas onde ficou mais ou menos explícita a compreensão do reconhecimento de demandas envolvendo alguns resultados de relações entre pessoas do mesmo sexo (como questões patrimoniais, ou mesmo o reconhecimento da união em si mesma, a partir da formalização de sua ruptura), significar assegurar "direitos a estes cidadãos como cidadãos constitucionalmente reconhecidos como qualquer outro." (M12)

Se por um lado a apresentação dessas demandas no Judiciário são avaliadas como um reconhecimento da existência de direitos, e por dois magistrados como todos os temas sendo demandas completamente judiciais¹⁰⁹, por outro lado, em duas das entrevistas as informantes frisaram sua percepção de que, em seu conjunto, esses temas não constituiriam demanda legítima para o Poder Judiciário.

Uma das informantes, ao final da apresentação dos temas – e de avaliá-los individualmente – referiu sua percepção de que para todas essas questões

não há necessidade da interferência do Poder Judiciário. Acho que há um inchamento do Poder Judiciário com todas essas questões, onde as pessoas relutam um pouco a tomar uma atitude e vem buscar subsídio, saber o referendo do Poder Judiciário. Então isso acaba inchando a nossa atividade com coisas que, absolutamente, não tem nada a ver...(M2)

A outra Magistrada, além de considerar a maioria dos temas como não devendo se constituir em demandas judiciais, mas questões envolvendo fundamentalmente a autodeterminação das pessoas, fez uma ressalva e uma provocação aos cientistas sociais:

Eu acho que não são questões para o Poder Judiciário. [...] as pessoas ainda podem viver sem o Poder Judiciário, é que agora tudo se judicializou, quando não é necessário. [...] O que hoje inventaram, é que se alguém viveu junto por um ano ou um ano e meio, meio namorando meio, vivendo junto até às vezes por questões econômicas, para ter um aluguel apenas, mas resolveram agora que tudo tem que vir para cá para que seja, vamos dizer, abençoado ou amaldiçoado com um fim. Não é necessário! As pessoas ainda podem viver situações fáticas sem intervenções do Estado. [...] isso até é bom que vocês da outra área pensem a respeito: os pensadores querem direito penal mínimo, ou seja, o Estado se metendo o mínimo possível na forma de punição à vida do cidadão, mas do outro lado eles querem direito civil máximo. [...] Agora o que se incentivou ultimamente? O litígio! [...] Situação fática se resolve uma situação fática. É um fato que tu fostes viver junto com alguém, é um fato que tu se separaste de alguém, não precisa do Judiciário. Só que nós vivemos um fato que é tudo judicializado. (M16)

¹⁰⁹ Ver referência no item onde foram comentadas as respostas positivas.

Independente dos magistrados entenderem como serem demandas judiciais legítimas ou não, os dilemas fundamentais da existência humana freqüentemente são colocados perante eles, os confrontando com situações onde a raiz e a solução do conflito nem sempre são regulados por uma norma legal-racional, ou não o são totalmente, mas que exigem sua intervenção.

A falta de vínculo mais direto dessas questões com a normatização legal das relações faz com que, ao se depararem com esses temas, os magistrados, conforme já referido, sejam levados a se manifestar de forma menos arbitral, investidos da função que, conforme já referido, Garapon (1996) definiu como "magistratura do sujeito".

A titularidade da "magistratura do sujeito", portanto, remete os magistrados a questões cada vez menos formais (portanto menos previstas na ordem legal-racional) e mais relacionadas às dimensões fundamentais da existência humana, requerendo, portanto, tanto uma tentativa de adequação das legislações existentes, quanto a busca de elementos de fora do campo jurídico, os quais, via-de-regra os leva compulsoriamente a requererem assessoria de profissionais das áreas não-jurídicas.

Os elementos trazidos pelos profissionais das áreas não-jurídicas, mesmo fundamentados em conhecimentos externos à ordem legal-racional, não deixam de estar no campo da racionalidade, pois dizem respeito a saberes e práticas organizados e socialmente reconhecidos, legitimados argumentativamente. Ou seja, são outras formas de racionalidade, distanciados dos códigos e leis.

Procurando subsídios para entender o processo através do qual as decisões e encaminhamentos sobre os conflitos de família deixaram de ser resolvidos pela autoridade do tipo tradicional (ou carismática) e passaram a sê-lo de forma mais racional, questionamos os magistrados em dois sentidos.

Num primeiro momento, após a interrogação sobre quais os aspectos não jurídicos que eles entendiam estar presente nos litígios, lhes perguntamos se entendiam ser pertinente sua intervenção nos mesmos. Posteriormente, questionamos sobre o papel que eles entendiam competir a outros conhecimentos (ou a assessoria de outros profissionais) quando exerciam a autoridade legal-racional que lhes é atribuída.

As respostas, conforme se verifica a seguir, foram em dois sentidos: (a) da

percepção de que muitas das demandas judiciais poderiam ser resolvidas por outros profissionais, que não o Juiz, e (b) de que o Poder Judiciário está ocupando o espaço de outras instituições no atendimento da conflituosidade das relações familiares.

5.3 Outras formas de racionalidade

5.3.1 Serviços judiciais, mas não a interferência do Juiz

O que estamos denominando de “outras formas de racionalidade” procura conceituar, pelo menos no contexto deste trabalho, as diferentes intervenções nos litígios e que não são as realizadas pelos magistrados. Dizem respeito, portanto, às diferentes intervenções às quais as famílias que demandam o Poder Judiciário com seus conflitos são submetidas durante o curso do processo judicial, intervenções que, embora determinadas pelos magistrados, não são executadas por eles. São o que se pode denominar de serviços de apoio.¹¹⁰

Os serviços de apoio em questão são executados, via-de-regra, dentro da estrutura do Poder Judiciário e por uma determinação do magistrado dentro de um processo, mas por profissionais com uma formação não jurídica. São serviços não cartoriais e não burocráticos, a autoridade de seus integrantes é, de certa forma, legitimada pelos seus conhecimentos e técnicas de suas formações acadêmicas, reforçadas pela autoridade legal. A autoridade legal não lhes é intrínseca, como a autoridade do magistrado, mas advém da delegação deste.

A opção pela denominação de “outras racionalidades” para os serviços de apoio utilizados pelos magistrados relaciona-se aos objetivos desta tese, qual seja, a análise de como, com o declínio do patriarcado, os litígios familiares deixam de ser submetidos à autoridade do tipo tradicional (e/ou carismática) e passam a ser submetidos à autoridade legitimada pela ordem legal-racional, exercida pelos magistrados. Porém, não podemos deixar de considerar que os outros profissionais

¹¹⁰ Especificamente com relação a Porto Alegre, onde atuam nossos entrevistados, destacaríamos: o Serviço Social Judiciário, que tanto elabora laudos periciais para subsidiar as decisões dos magistrados, quanto tem uma equipe que realiza mediação; o Núcleo de Atendimento Familiar, que realiza terapia focal-breve, visando encaminhamento mais consensual para os litígios; a Rede de Tratamento Bio-Psico-Social, que encaminha os envolvidos nas ações para tratamento em instituições da comunidade; o Departamento Médico Judiciário, onde são realizadas perícias na área médica. Além desses serviços, os juízes podem nomear peritos particulares.

que, por delegação dos magistrados intervêm nos litígios, têm a sua atividade também racionalmente fundamentada, mas não são intervenções baseadas na ordem legal *stricto sensu*, e a fundamentação racional de sua intervenção, além de não se constituir objeto desta tese, dirige-se a outros aspectos da vida humana que não a adequação às normas legais.

Assim, quando questionamos os magistrados sobre os serviços de apoio que dispunham, procurávamos subsídios para entender se haviam situações às quais, para intervirem, eles necessitavam de uma racionalidade diferente da norma codificada – seu objeto fundamental de trabalho – e se dispunham dessa assessoria de forma adequada.

Ao serem questionados sobre este tema, a maioria dos magistrados afirmou fazer uso dos serviços de assessoria, embora, de modo geral, questionassem a possibilidade dos mesmos para fornecerem as respostas e os subsídios adequados à decisão judicial. Ou seja, os serviços não seriam “o ideal” nas palavras de alguns entrevistados, mas mesmo assim eles rotineiramente se valiam da intervenção e dos subsídios dos diferentes profissionais de seus quadros.

Na seqüência, ao serem solicitados para relacionarem quais os recursos entendiam seriam necessários para terem um melhor suporte no desempenho de sua função, o suporte necessário, ou ainda “ideal” nas palavras de alguns, foi definido em dois sentidos: (a) no sentido da formação pessoal¹¹¹, e (b) no sentido da necessidade de criação de serviços para implementar decisões, não para subsidiá-las.

Os serviços a serem criados objetivariam dar “suporte da decisão” e “acompanhamento da vida dessas famílias durante e depois do processo” (M12), ou então realizar “umas psicoterapias meio rápidas, emergenciais, focais.” (M13)

Mesmo a primeira entrevistada referindo que seria o acompanhamento da decisão “depois do processo”, não deixa de ser o cumprimento de uma medida judicial, e o complemento da segunda resposta dá a dimensão do resultado mais provável deste tipo de acompanhamento: o risco de que “também eternizaria as demandas” (M13) judiciais, pois, mesmo sendo uma atividade executada por um

¹¹¹ A formação profissional dos magistrados será analisada de forma mais detalhada no próximo capítulo, quando tratarmos do exercício da autoridade do magistrado e sua fundamentação.

profissional de fora da área jurídica, sempre se constituiria enquanto uma medida determinada e legitimada pela ordem legal-racional.

Embora não tenha sido este tipo de situação o quadro ao qual Weber se referiu quando tratou da questão dos limites da racionalização¹¹², parece-nos ser possível aproximar estas duas questões, quais sejam: o exercício da autoridade legitimada pela ordem legal-racional e as de intervenções não jurídicas nas questões mais íntimas e fundamentais da vida de cada indivíduo, como as que dizem respeito a sua vida afetiva, objeto de procedimentos terapêuticos, afeitos fundamentalmente à dimensão subjetiva do ser humano.

A intervenção terapêutica judicialmente determinada nos conflitos de família indica não só para um possível exemplo do ápice do processo de racionalização, mas pode indicar, também, que as famílias têm demandado o Poder Judiciário frente à incapacidade de outras instituições em intervir nas dificuldades que surgem em suas relações.

5.3.2 *A substituição compulsória de outras instituições*

A percepção dos magistrados de que o Poder Judiciário estaria substituindo outras instituições inoperantes ficou clara quando avaliaram que, no que diz respeito às famílias, os conflitos que chegam ao Judiciário significam, na grande parte dos casos, o esfacelamento de redes sociais de apoio, a falta de uma legislação mais adequada para normatizar as relações familiares – falência do Legislativo – ou uma ausência políticas públicas e uma incapacidade de instituições de atendimento em darem respostas para demandas diversas.

O esfacelamento da rede social de apoio, estreitamente ligada à família ampliada, foi identificada por uma magistrada, quando avaliou ser falta de laços de solidariedade entre as pessoas que se relacionam no espaço privado uma das principais causas das novas – e crescentes – demandas à jurisdição de família. Para a Magistrada 13, devido à falta de relações íntimas e solidárias,

hoje qualquer espirro dentro de uma família acaba no Judiciário. Eu acho que antigamente as pessoas se valiam assim... [de] uma relação tribal na família – tinha o pai e a mãe, os tios, os avós – enfim, havia uma relação tribal na família e as pessoas buscavam recursos assim, às vezes para resolver conflitos – o casal ou a questão dos filhos – nessa tribo, e havia o

¹¹² Conforme já referido na nota 100 deste capítulo, Weber trata destes limites especialmente n' *A ciência como vocação*.

auxílio. Hoje, as famílias são muito solitárias, tu vês muitas mulheres sozinhas, sozinhas criando dois ou três filhos, com familiares muito distantes ou completamente desligados de vínculos de afeto, mesmo que more no mesmo lugar. E aí o que sobra? Recorrer ao Judiciário. Não tem assim... Eu acho que às vezes em muitas, muitas demandas que vêm para cá, falta alguma intermediação, talvez de uma pessoa da família mais ponderada, que pudesse ajudar, mas acaba tudo aqui... Então, se as pessoas tivessem um canal de comunicação melhor, não tinha que acabar tudo aqui.

Esta referência nos parece ser adequada à análise do Judiciário substituindo outras instituições – no caso a instituição familiar – e não na análise do declínio da família hierarquizada, pois a resposta acima faz referência não ao esvanecimento de um tipo de autoridade, mas na transformação de um tipo de organização social que tinha, dentre suas funções, não só a autoridade, mas também o suporte dos laços de solidariedade formados “em termos simbólicos, econômicos, sociais, culturais, jurídicos e éticos” (CASTELAIN-MEUNIER, 1997, p. 5). São os esfacelamentos desses laços de solidariedade que colocam o Judiciário como substituto de uma instituição social básica como a rede familiar.

A percepção de que as dificuldades das relações de família estariam chegando ao Judiciário quando se esfacelam as redes básicas de solidariedade foi minoritária no conjunto das repostas de nossos entrevistados, da mesma forma como foi a percepção de parte das demandas judiciais resultar da inoperância da atividade do Legislativo, que não cumpriria sua tarefa de elaborar normas mais próprias à especificidade das relações familiares. Esta possível inoperância requereria o desempenho de uma função legislativa por parte dos magistrados.

A função legislativa dos Magistrados, embora não explicitada nas respostas, pode ser deduzida nas referências quanto ao fato das questões de família serem

questões que desinteressam ao legislativo, eles dão muito pouca importância. Fora disso, nas questões envolvendo temas alvo de preconceito, de discriminação – como aborto, eutanásia, homossexualidade e tal – tudo isso o legislador tem muita dificuldade em pensar, se dedicar, de comprometer a sua reeleição. Então... dá um vácuo. (M2)

O “vácuo” de normas mais voltadas para as relações familiares, e para os outros temas referidos anteriormente, classificados genericamente nesta tese como dilemas fundamentais da vida humana, trariam uma situação na qual se esvazia das relações familiares de sua essencialidade, sua principal dimensão, não racional e sim afetiva.

Reafirmando que a visão dos juízes enquanto legisladores não foi à tônica da

resposta em questão, a perspectiva da perda da essencialidade das relações familiares pode ser percebida quando, na continuidade da resposta transcrita acima encontramos a referência de que quando

o juiz identifica relações de afeto com relações de fato... joga questões nitidamente do direito de família a um ponto de vista obrigacional e isto é uma maneira de fazer excluir o vínculo da afetividade. É escondido o direito de família. É punitivo, sabe? A solução judicial acaba sendo coercitiva. (M2)

As relações de afeto ao se transmutarem em relações de fato – portanto racionalmente regulamentadas – além de poderem implicar numa demanda de caráter mais legislativo por parte dos juízes, reforçaria nossa análise no sentido das demandas judiciais de família implicarem na racionalização da intimidade, referida anteriormente.

O processo de racionalização talvez não atingisse um ponto tão alto se os conflitos familiares, além de serem objeto de legislação adequada, estivessem também sendo objeto de políticas públicas ou foco do atendimento de instituições fora do campo jurídico, como as de assistência, saúde e educação.

Ao serem defrontados com a questão de uma possível relação entre uma certa inoperância neste tipo de instituição e o volume de demandas judiciais na área de família, a grande maioria dos nossos entrevistados considerou que, se houvessem instituições não-judiciais atendendo adequadamente as necessidades e dificuldades das famílias, as ações diminuiriam, sendo que as estimativas espontaneamente mencionadas foram de redução das ações de 10% (M2) ou de 40%. (M10)¹¹³

A intervenção dessas instituições nas questões de família teria um “caráter profilático” (M9) porque famílias estariam “desestruturadas”, precisando de educação e orientação e, ao serem atendidas pelas instituições, poderiam ter a oportunidade de resolverem suas dificuldades.¹¹⁴

A possibilidade de resolução das dificuldades das relações familiares se daria, para alguns magistrados, especialmente para pessoas “com menos condições

¹¹³ Apenas um magistrado disse que não diminuiriam as ações (pois essas instituições não resolveriam questões de uma sociedade injusta). Outro magistrado achou que “talvez”, para camadas mais pobres, e um terceiro disse que talvez questões consensuais pudessem ser resolvidas no cartório, sem intervenção do Juiz (mas no contexto do judiciário).

¹¹⁴ De forma especial foram feitas referências às dificuldades resultantes da separação conjugal, especialmente se houvessem instituições de mediação fora do Judiciário (M7). Houve, ainda, pelo menos duas referências à necessidade de políticas públicas para controle de natalidade.

financeiras e menos instrução” (M11), pois o maior problema seria a pobreza não só econômica, mas carência num sentido mais amplo.

As pessoas são tão pobres, não só economicamente, mas de espírito. Tu vêes que elas não têm nem a capacidade de ter um pensamento abstrato, é tudo muito pobre. Eu acho que o maior problema nosso é a pobreza, pobreza desmedida, o desemprego, e por trás disso vem o alcoolismo, ou o uso de bebida alcoólica indiscriminada, as drogas... está tudo muito disseminado. (M13)

As famílias mais desfavorecidas referidas nas respostas transcritas acima estão, obviamente, afetadas de modo particular pela inoperância das instituições de atendimento na área de saúde, assistência e educação, e esta falta de assistência estaria provocando o que um magistrado definiu como o “caminho inverso”: a demanda judicial como forma de conseguir o atendimento fora do Judiciário, uma forma de “obterem um auxílio” (M10), o que por vezes é atendido pelo magistrado que determina atendimento compulsório por parte da instituição.

A maioria dos magistrados avaliou como benéfica à perspectiva do atendimento ser independente da determinação judicial, ou antes da mesma.

De forma especial um destacou considerar positivo que os conflitos de família fossem encaminhados por outras instituições antes de se configurarem enquanto litígios judiciais porque isso não “judicializaria” as relações familiares:¹¹⁵

talvez pudesse, antes de chegar no Judiciário, fazer uma etapa de digamos assim, de superação do conflito sem expor as pessoas à condição de réu, porque muitas vezes o acionado, seja o homem ou a mulher, a palavra réu é muito significativa: ele chega aqui e às vezes não precisava. E aí torna mais difícil ainda às vezes a solução. Mas eu acho que sim, poderia ver de alguma maneira algum reforço a essa condição de educação, de orientação. Por quem, exatamente, eu não sei. (M15)

Em suma, a incapacidade das instituições em proporcionarem atendimento e orientação para as pessoas de modo geral (individualmente) e em suas relações dentro do grupo familiar, estaria provocando um aumento nos conflitos familiares enquanto demanda judicial, transformando o Poder Judiciário no

desaguadouro dos problemas sociais... porque as outras instituições não funcionam. Na família e na saúde, em especial, o Judiciário está tendo uma intervenção que nem lhe incumbiria ter, se as instituições próprias funcionassem. Eu acho que nos chega aquilo que não é resolvido e solvido fora daqui. E isso deixa muito a desejar. (M12)

¹¹⁵ O termo “judicializaria” (ou judicializar) está sendo utilizado aqui porque, nesta em outras respostas, não tem a dimensão da jurisdicionalização – mais ampla – e sim uma análise restrita à relação judicial (no caso, autor e réu).

O fato do Judiciário estar sendo “o desaguadouro dos problemas sociais” estaria, pelo menos para uma magistrada, reduzindo a possibilidade de encaminhamentos consensuais para os conflitos inerentes às relações familiares, porque, particularmente nesses conflitos “o Juiz que concilia não tem formação específica” (M2) para atuar na pacificação das relações familiares, sendo os profissionais que atuam nas instituições não judiciais, e os de formação não-jurídica, os mais preparados para a encaminharem pacificamente os conflitos.

Estes dois aspectos – o recebimento de demandas necessariamente não-jurídicas, mas resultantes da inoperância de outras instituições, e uma possível falta de preparo dos magistrados para conciliarem interesses quando se trata de relações familiares – remetem a mais uma questão bastante significativa quando se analisa a legitimação racional da autoridade nos conflitos de família: o exercício da autoridade do magistrado nos conflitos de família como um todo, a legitimação desta autoridade e o preparo para o seu exercício.

A análise do exercício da autoridade, e a formação para este exercício se constituem a temática final do tratamento dos dados, objetivando delinear de maneira um pouco mais clara as demandas de conflitos familiares ao Judiciário.

6 EXERCÍCIO DA AUTORIDADE DO MAGISTRADO

Este trabalho não pretendeu em nenhum momento realizar uma análise no campo da sociologia das profissões, ou teve interesse ou objetivo nesse sentido. Apesar do distanciamento do estudo da magistratura enquanto corporação, inserimos no roteiro das entrevistas duas questões específicas sobre como os magistrados se percebiam intervindo nos conflitos de família.

Uma das perguntas dizia respeito ao modo como os magistrados avaliavam o exercício de sua autoridade – racionalmente legitimada – em conflitos oriundos basicamente de relações geridas por normas tradicionais. A segunda questão pretendia colher dados sobre a percepção dos magistrados quanto à qualificação necessária para o exercício da judicatura de família.

As perguntas foram inseridas apenas para tentar compreender melhor a demanda com a qual os julgadores se deparavam em sua tarefa, e avaliar se, na percepção dos entrevistados, a litigiosidade das Varas e Câmaras de Família poderia ser solucionada apenas pela autoridade racionalmente legitimada e pela formação técnica-jurídica, ou se a peculiaridade dessa litigiosidade exigiria outros conhecimentos e habilidades.

Assim, buscávamos subsídios para identificar, ainda sob a ótica do entrevistados, se a racionalidade se apresentava como elemento central no encaminhamento e na solução dos litígios de família, ou se outros elementos – além da ordem legal-racional, expressa nos códigos e nas jurisprudências – estavam, ou deveriam estar, fundamentando o exercício de autoridade do magistrado no momento intervir nos litígios envolvendo relações familiares.

Portanto, não tínhamos como objetivo analisar a formação e a qualificação da magistratura, nem sua configuração enquanto *corpus* profissional, como o fizeram, por exemplo, de forma mais intencional Vianna et al. (1997) e Bonelli (2001). Menos ainda, pretendíamos analisar o “conteúdo do profissionalismo”, como Bonelli (2005, p. 110), e no corpo de uma pesquisa mais ampla, Santos et al. (1996).

Apesar da falta de intencionalidade inicial, o conteúdo, e posteriormente a análise das respostas, nos impediram de nos furtar de uma abordagem mais próxima da sociologia das profissões. Assim, particularmente neste capítulo apresentaremos a imagem que os magistrados têm dos resultados de sua

intervenção e sobre a qualificação que consideram necessária para o exercício da função na área de família.

Antes de um breve comentário dos trabalhos referidos acima, para poder tentar estabelecer ao longo do capítulo algum diálogo entre suas considerações e a análise de nossos dados, queremos registrar o fato da nossa abordagem, de forma diversa à dos autores citados acima, não tratar da magistratura enquanto conjunto genérico, mas se restringir aos limites da especificidade da judicatura de família, pois, reafirmamos, o nosso objetivo não era a construção de um perfil da corporação em si mesma, mas a percepção dos pré-requisitos para o desempenho de uma atividade específica dentro do exercício profissional: a utilização da autoridade sobre litígios envolvendo relações familiares.

Considerando o conjunto da magistratura brasileira, a análise de Vianna et al. (1997), por exemplo, construiu um panorama sobre esta corporação a partir de dados mais quantitativos¹¹⁶, embora tenha considerado elementos como atitudes dos magistrados referentes a diversos aspectos¹¹⁷. Ao tratar do recrutamento e da seleção para magistratura, um dos itens trabalhados pelos pesquisadores foi o da profissionalização, sendo este o tema mais próximo da nossa questão.

No livro de Vianna et al. (1997, p. 294) a análise da profissionalização é de que na percepção dos magistrados sua formação está menos vinculada dos cursos de preparação (preparação essa bem específica: feita pela Escola de Magistratura, que antecede o ingresso na carreira propriamente dita) e da escolarização em si mesma, e mais vinculada “ao exercício das profissões legais e da experiência de vida”. Tal análise leva os autores a concluir que os juizes brasileiros têm uma situação “ambígua”, pois, mesmo fazendo parte “de uma carreira burocrático-estatal”, se concebem como

um ser singular, auto-orientado, como se a sua investidura na função fizesse dele um personagem social dotado de carisma. Daí que, embora recrutado fora da política, isto é, pelo instituto do concurso público, ele não

¹¹⁶ É preciso registrar que os autores consideram seu trabalho “um retrato”, mas um retrato onde houve a tentativa de corrigir a imobilidade “com uma análise de tendências” (Vianna et al., 1997, p. 321).

¹¹⁷ Dentre as atitudes dos magistrados, a pesquisa tratou de temas como: o Estado, a equidade, a intervenção e as ações do Poder Judiciário, o acesso à justiça e a organização deste Poder e a conformação do quadro de magistrados enquanto tal.

se enquadre inteiramente no *ethos* burocrático preconizado por Max Weber. (ibid., p.295)¹¹⁸

A questão da experiência de vida será retomada na primeira parte deste capítulo e a do carisma na segunda parte. Por agora, importante registrar o fato da análise de Vianna e seu grupo concluir que a mudança nos estratos sociais dos quais os juízes são oriundos, assim como a feminilização da corporação provocam alterações na auto-imagem da corporação, rompendo com a homogeneidade interna desta imagem.

A análise de Bonelli (2001), ao pesquisar a profissionalização dos desembargadores paulistas, se distancia da noção de heterogeneidade sugerida Vianna et al. (1997), concluindo no sentido da existência de uma socialização interna da Magistratura.¹¹⁹

A socialização interna da magistratura paulista a constituiria enquanto um grupo auto-referenciado, que independente da forma de recrutamento e das diferentes formações dos recrutados, mantêm “a identidade da corporação ao longo dos anos.” (BONELLI, 2001, p. 250)

Esta socialização se sobreporia à formação e à experiência de vida, pois se daria “de cima para baixo, através de vários recursos” (ibid., p. 249) recursos esses que constituem e reforçam uma ideologia profissional que dá suporte à formação de uma auto-imagem desenhada considerando os “valores universais, o papel de porta-voz do bem comum da sociedade, a neutralidade técnica e o domínio da jurisprudência.” (ibid., p. 260)

Estes aspectos seriam os desejáveis no perfil profissional dos magistrados e se aproximam das conclusões de Santos et al. (1996) em sua pesquisa sobre o sistema judicial português.

O trabalho de Santos et al. (1996) precisa ser relativizado quando apresentado junto com o de Vianna et al. (1997) e o de Bonelli (2001), pois, dentro

¹¹⁸ A referência dos autores é o texto ao texto “Burocracia” e, embora não haja uma citação do *ethos* em questão, parece-nos possível supor que tenham se reportado à seguinte passagem: “A “igualdade perante a lei” e a exigência de garantias legais contra a arbitrariedade requerem uma “objetividade” de administração formal e racional, em oposição à discricão pessoalmente livre.” (WEBER, 1982, p. 256)

¹¹⁹ A autora não só se afasta como questiona as conclusões do estudo de Vianna et al. (1997) discordando das conclusões de que a heterogeneidade da magistratura em termos de gênero, idade e origem social, a impediriam de “partilhar uma socialização comum” produzindo uma corporação caracterizada por “uma orientação plural e uma visão mais crítica.” (BONELLI, 2001, p. 250)

de suas peculiaridades, os dois últimos analisaram a magistratura a partir dela mesma (aplicação de um questionário aos magistrados brasileiros e análise de discursos de desembargadores paulistas), enquanto o sociólogo português e sua equipe realizaram um

estudo das experiências dos cidadãos em tribunal, das percepções e das avaliações que fizeram delas, das representações sociais da justiça e do conhecimento dos direitos bem como das experiências de litígios extrajudiciais e do modo como foram resolvidos. (SANTOS et al., 1996, p. 101).

No trabalho português, embora o perfil dos magistrados seja apenas um subitem dentro de análise mais ampla, os autores concluem que mesmo que o perfil profissional se desenhe dentro de uma “multiplicidade de funções possíveis” (ibid., p. 579), a imagem do juiz é construída basicamente a partir de sua dimensão “profissional legalista”, identificado essencialmente pela face de “alguém que faz cumprir a lei.” (ibid., p. 580)¹²⁰

Enquanto Vianna et al. (1997) e Bonelli (2001) trabalharam com a auto-imagem do juízes, e Santos et al. (1996) trabalhou com a imagem de terceiros sobre os mesmos, o trabalho de Bonelli (2005, p. 132) analisa tanto a auto-imagem dos magistrados quanto as “imagens dos juízes na grande imprensa”, objetivando problematizar

uma percepção de profissão como unidade, no singular. É uma visão impregnada por um significado de profissionalismo que dá ênfase à sua capacidade geradora de sentimentos partilhados, decorrentes da crença no mérito, na expertise e na autonomia. (ibid., p. 111).

Com a problematização a autora procurou demonstrar que as identificações internas e as representações coletivas da magistratura não seriam tão unívocas e rígidas. Alguns fatores¹²¹ mudariam rapidamente as identificações e as

¹²⁰ A pesquisa de Santos et al. (1996) trabalhou com duas noções de atributos para os juizes: (a) o desempenho do papel – e as conclusões foram no sentido de ser responsável por cumprir a lei – e (b) das aspirações, no sentido de qualidades desejáveis. Há, segundo os autores, “uma grande discrepância... entre as qualidades detectadas e as qualidades desejáveis” (p. 581). Por agora referimos o primeiro atributo, mas registramos que o segundo aspecto será retomado a seguir, e registramos que, na pesquisa portuguesa, o “conhecimento dos problemas sociais” (p. 581) foi a terceira resposta mais significativa em termos das expectativas quanto as qualidades desejáveis para um magistrado.

¹²¹ Os fatores relacionados por Bonelli (2005, p. 111) como impulsionadoras de alterações na auto-imagem e nas representações da magistratura são: “agendas globais que vocalizam a urgência da democratização, pressionando governos nacionais a diminuir o risco interno e garantir maior capacidade e predição para o investimento de capital estrangeiro em países com Judiciários pouco previsíveis”.

representações, produzindo uma “pluralização do ideário do profissionalismo” até entre os “magistrados que vivenciaram longos processos de socialização na carreira.” (BONELLI, 2005, p. 111)

Independente das mudanças, a autora concluiu que em publicação institucional do Tribunal de Justiça paulista¹²² ainda prevalece um ideário onde se “ênfatiza a neutralidade técnico-jurídica, o profissionalismo cívico, e é acompanhado da construção coesa da profissão”, assim, mesmo havendo uma “heterodoxia profissional com ideário distinto” (ibid., p. 132), rompendo com a neutralidade, a ruptura ainda não têm hegemonia.

Além de não ter hegemonia, junto à ruptura com a neutralidade, conforme Bonelli (2005, p. 133), “não se cogitou como a autoridade do juiz poderia ser atenuada, partilhada ou devolvida à ação cívica”, especialmente nos Juizados Especiais, onde um “profissionalismo democrático” (ibid., p. 132) prevaleceria.

Permanece, portanto, a primazia da autoridade do juiz, e não há um declínio significativo da imagem do magistrado como “alguém que faz cumprir a lei”, assim como de um profissional detentor de “neutralidade técnica” e com bom domínio jurisprudencial.

Considerando a função de “cumprir a lei” como precípua do juiz e a neutralidade técnica como algo muito próximo da aplicação de normas legal-racionais, pelo menos duas indagações se constituíram significativas em termos de nossa pesquisa:

- (a) como os Magistrados percebiam o exercício de sua autoridade – racionalmente legitimada, portanto possivelmente tecnicamente neutra – nos conflitos de família, essencialmente definidos pelas questões “não-jurídicas”, portanto, mais distantes de uma regulamentação racional e,
- (b) qual seria a qualificação necessária ou suficiente para que os magistrados interviessem de forma mais adequada nos conflitos de família – essencialmente desvinculados da racionalidade.

Como será demonstrado a seguir, o conjunto das respostas dadas às duas questões foram no sentido tanto de uma intervenção quanto de uma qualificação

¹²² A publicação é a Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde na “seção “Noticiário” [...] os desembargadores divulgam os discursos proferidos nas solenidades” (BONELLI, 2005, p. 118), tendo sido estes discursos o material analisado pela autora.

afastadas de uma vinculação estreita e exclusiva com a ordem legal-racional, da norma codificada, de aspectos mais vinculados à racionalidade – e, conseqüentemente, da neutralidade técnica.¹²³

Em seu conjunto, portanto, as respostas dos magistrados entrevistados indicam para conclusões opostas das da pesquisa com os usuários do sistema judicial português, para os quais, após “o empenho na defesa dos direitos dos cidadãos (100% de importância)” a qualidade mais importante para um juiz é a “boa preparação técnico-jurídica (79%).” (SOUZA, 1996, p. 581)

Da mesma forma, os distancia do ideário da magistratura paulista, que ressalta a qualificação e neutralidade técnicas.¹²⁴

Por outro lado, como demonstraremos, há uma aproximação com a avaliação de Vianna et al. (1997) quanto à centralidade na singularidade, na auto-orientação e no carisma, visto as constantes referências de nossos entrevistados à importância dos aspectos de personalidade, tanto definindo o exercício da autoridade, quanto sendo um dos requisitos para qualificação para desempenho da função na área de família.

6.1 A aplicação de normas racionais e a autoridade exercida nos conflitos de família

A grande maioria dos nossos entrevistados identificou como complexo o exercício de uma autoridade racionalmente legitimada nos conflitos de família, procurando encaminhá-los ou solucioná-los.

Independente dos motivos pelos quais percebiam como complexo o exercício da autoridade racional, a maioria dos magistrados ressaltou considerar necessária, ou ainda imprescindível sua intervenção – expressão mais cristalizada deste tipo de autoridade – nos conflitos envolvendo relações familiares, quando essas relações se transformam em litígios judiciais.

A falta de uma formação (ou de qualificação) mais direcionada para o exercício da judicatura de família foi um dos principais aspectos referidos nas entrevistas como sendo problemático no exercício da autoridade racional.

¹²³ Apenas um entrevistado (M9) fez referência necessidade de uma intervenção isenta e equidistante.

¹²⁴ Ver Bonelli, 2001 e 2005.

O exercício da judicatura de família foi identificado por quase todos os entrevistados como caracterizada por uma especificidade para a qual os “magistrados deveriam ser mais bem preparados”.(M4)

Independente da questão da falta de qualificação ou preparo, grande parte das respostas foi de que a autoridade do magistrado para solucionar os litígios de família tanto é necessária, como, na grande maioria dos casos, é a “única possível... mesmo que não totalmente eficaz.” (M5)

A consideração de uma certa “exclusividade” e prioridade de sua autoridade no encaminhamento e solução da conflituosidade de família estaria relacionada, pelo menos para um dos magistrados, à organização social, pois, segundo sua percepção,

talvez o papel do Judiciário nos conflitos de família seja mais importante pela autoridade que ainda se reveste na nossa sociedade – e como a nossa sociedade é muito calcada no mito da autoridade, no princípio da autoridade – a autoridade que o Judiciário coloca nessas questões é importante.
(M9)¹²⁵

Além de ser considerada inerente à organização social, necessária, ou a “única possível” (M5), o exercício da autoridade racionalmente legitimada dos magistrados também foi percebida por um deles como “importante, especialmente quando os litigantes são desequilibrados.” (M11)

Independente do exercício da autoridade dos magistrados se dar em litígios onde os envolvidos sejam “desequilibrados” ou não, um número significativo de entrevistados destacou se tratar, em sua percepção, de uma intervenção limitada.

As percepções dos limites das intervenções judiciais, ou melhor, dos limites da autoridade racionalmente legitimada vir a solucionar de fato os conflitos familiares, foram justificadas de diferentes formas: (a) por se tratar de uma “ilusão”, sendo eficiente apenas para regularizar situações fáticas; (b) pela impossibilidade dos magistrados solucionarem questões de ordem sócio-emocionais presentes nos litígios; (c) pela percepção dos juízes de família estarem apenas desempenhando a função de reparar algo irremediavelmente danificado.

A percepção de exercer uma autoridade “ilusória” foi expressa por uma magistrada ao manifestar acreditar que suas decisões só seriam realmente eficazes

¹²⁵ Interessante registrar que foi esse mesmo magistrado que referiu a necessidade da neutralidade técnica do juiz de Vara de Família.

quando formalizariam situações já pré-definidas. Ou melhor, a intervenção do juiz só seria

eficiente... na separação, porque tu decretas a separação, a dissolução de união e tu ages nesse momento numa situação já terminada, definitiva, que a separação já ocorreu, tu vais só formalizar. Então, nesses sim – divórcio, na separação em si, na dissolução de união estável – ela funciona, a decisão judicial funciona, mas na guarda, na visita, nos alimentos... é ilusória. (M13)

A percepção da autoridade como ilusória se relaciona, para a Magistrada 13, com a ineficácia prática da delegação que as pessoas fazem ao magistrado de decisões que deveriam ser tomadas por elas mesmas, porém,

As pessoas têm uma grande necessidade de que alguém decida por elas. Então, se o juiz decide tirou da esfera delas o que o juiz decidiu. [...] Então é isso: elas esperam a autoridade mesmo. . As pessoas esperam isso, delegam... Mas... eu não tenho muita ilusão de que as pessoas respeitam isso, sabe? ... Os descumprimentos na esfera da [Vara de] Família são muito grandes.

Outros magistrados não consideraram ilusório o exercício de sua autoridade, mas, mesmos assim, identificaram limites na aplicação das normas legais-rationais.

Os limites mencionados pelos nossos informantes podem ser genericamente classificados a partir das características não-jurídicas presentes nos litígios, quer sejam os aspectos emocionais, as condições sociais dos litigantes e a organização social em si mesma, ou ainda a interpenetração de elementos sociais e emocionais.

Considerando a interpenetração dos dois aspectos, ou seja, os elementos sócio-emocionais presentes nos conflitos de família submetidos aos magistrados, um dos entrevistados foi bem claro ao considerá-los como entraves significativos ao exercício mais efetivo de sua autoridade.

Em sua resposta, o magistrado lista toda uma série de encaminhamentos possíveis de serem feitos considerando as questões mais emergentes e visando dirimir o conflito. No relato, após fazer menção à utilização dos diferentes serviços de apoios referidos no capítulo anterior, o magistrado conclui que muitas vezes os encaminhamentos não surtem efeito, só lhe restando aplicar a lei codificada.

Se as partes não conseguem se entender, nem com ajuda... então cabe ao Magistrado aplicar o Direito... E as questões pessoais que são de cada um, eles vão levar consigo e não cabe ao Magistrado nem ao processo judicial tentar resolvê-los. (M7)

Se por um lado na visão de alguns de nossos entrevistados, como aquele cuja resposta foi em parte transcrita acima, não é possível ao magistrado utilizar sua

autoridade para encaminhar as “questões pessoais”, e esta é uma das restrições ao exercício da autoridade que os juízes se deparam em seu cotidiano, outros identificam as limitações como sendo inerentes à organização social.

Ao considerarem as limitações como resultado da organização social os magistrados, mesmo reconhecendo o mérito de seu trabalho, da pertinência na utilização da legitimidade de sua autoridade, a identificam como uma alternativa última ou apenas reparadora.

A caracterização do exercício da judicatura como uma derradeira alternativa de resolução de problemas resultantes fundamentalmente de falhas na organização é explicitamente identificada como uma restrição à autoridade racionalmente legitimada na resposta a seguir:

Eu acho restrita a minha autoridade, porque ela é um socorro inadequado, é a última... é o último suspiro de alguém que tente entrar num hospital e dizer – “eu não consigo” - então o Juiz vai ter que mandar. E é uma autoridade restrita porque, embora a Constituição assegure esse direito, se a saúde pública funcionasse o Juiz não tinha que intervir nesse serviço que é do Executivo. E ao mesmo tempo dá uma sensação de impotência porque a gente vê que tem que resolver a questão jurídica daquelas famílias. E eu posso até resolver, mas o problema social e de saúde deles vai continuar existindo. Então a gente acaba tendo que tomar decisões e fazer intervenções em outras instituições que não dependeriam unicamente da decisão judicial. (M12)¹²⁶

As fissuras na organização social, mesmo que não desqualifiquem a autoridade do magistrado, a transmutam da função estritamente arbitral – pela aplicação de normas racionalmente elaboradas para elaboração de conflitos estritamente legais – para a função reparadora de algo que foge dos limites do estritamente legal e está irremediavelmente danificado.

A parte da resposta de uma magistrada é exemplar da percepção da função reparadora, pois mesmo quando ela identifica o exercício de sua autoridade como eficiente, não deixa considerar que, na verdade, realiza “um remendo... é consertar um estrago já feito.” (M13)

A função reparadora da atividade do magistrado é identificada por Garapon (1996), já algumas vezes citado neste trabalho, quando se refere ao fato estar sendo mais solicitada aos juízes uma atitude tutelar, visando “reparar o tecido social

¹²⁶ A título de explicação é preciso registrar que a referência à saúde estava relacionada a um pedido de internação compulsória de um familiar com problemas de saúde mental.

rompido”.¹²⁷

Uma das formas como os magistrados utilizam a autoridade que lhes é inerente de maneira mais tutelar pode ser deduzida não apenas da resposta da magistrada que se percebe realizando um “conserto”, como na definição daquela que define o uso de sua autoridade como tendo um caráter mediador.

Para esta outra magistrada, o exercício de sua autoridade deve se expressar através de uma postura

mediadora sempre, jamais como uma pessoa que vai impor um ponto de vista. O que não impede, por exemplo, de trazer o genérico dessas outras experiências que eu já vivenciei para mostrar para aquele determinado casal que eles podem construir uma solução boa – ou má – para a separação deles, isso vai depender de ambos na verdade, não propriamente do Juiz. (M14)

A busca de uma mediação, mais do que de tomar ou impor decisões, remete também a outra possibilidade de se analisar as respostas de nossos informantes quanto à percepção da autoridade presente na intervenção judicial nos conflitos de família, ou seja, vinculada a aspectos da personalidade do magistrado.

A percepção do vínculo entre a personalidade do julgador e o encaminhamento dos litígios de família pode ser abstraída das respostas onde foram destacadas tanto a importância da “disponibilidade para ajudar” (M6) do magistrado de família, quanto como da dependência “do perfil” (M13 e M16) e da capacidade de envolvimento na situação.

Assim, a forma como a autoridade do magistrado será exercida vincula-se à personalidade e

Depende do perfil. Eu sempre digo, assim: há magistrados que conseguem se manter mais alheios, eu já sou metida, já vou me metendo... Eu digo assim: “vocês me trouxeram isso, agora estão me dando o direito de eu me meter”. Ou às vezes é aquela historia assim: não quero dizer, mas já dizendo, sabe? Eu acabo me metendo na vida deles, aconselhando, sugerindo, literalmente me metendo em questões não jurídicas, em questões do ponto de vista, vamos dizer, íntimas das famílias. Porque muitas vezes eles precisam de um controle. Ontem [...] eu disse “não, no momento que ela disse isso eu representando o Estado tenho todo o direito de chamar a atenção”. [...] Eu me meto e censuro...(M16)

Os aspectos ligados à postura mais tutelar e à personalidade do magistrado estão, naturalmente, desvinculados da formação técnica, afastando o exercício da fundamentação legal-racional, ou seja, da legitimação racional.

¹²⁷ Ver Garapon, 1996, especialmente p. 139.

Mas não só a postura mais tutelar e a personalidade do julgador se afastam de uma concepção de autoridade racionalmente legitimada. A correlação entre o exercício da judicatura de família utilizando uma autoridade “similar à paterna” (M3, M5, M15), também afasta a decisão dos litígios de família de um vínculo necessário com ordenamento legal-racional.

Como exemplifica claramente o Magistrado 15, a autoridade exercida se apresenta como similar à paterna quando,

as pessoas parecem que esperam do Juiz aquela palavra como seria dos mais antigos dentro da família, aquela pessoa da família respeitada, que dá um conselho... Não é sempre assim, vamos deixar claro que decisões [que] são descumpridas tem que ser executadas de alguma maneira coercitiva às vezes. Mas, no geral, as pessoas que vem aqui querem ser aconselhadas, parece que precisam ouvir alguma coisa e há um respeito pela figura do Juiz, seja ele quem for.

Ao considerarmos o conjunto das percepções dos magistrados entrevistados sobre como se dá o exercício de sua autoridade nos litígios de família, podemos concluir que este exercício não se fundamenta estrita ou principalmente na interpretação e aplicação da norma codificada, estando mais vinculado aos aspectos pessoais – como postura e personalidade – ou ainda a uma atitude assemelhada a função paterna.

O afastamento da norma codificada poderia ser analisada dentro do modelo de justiça definida por Garapon (1991) como “paternalista”, em oposição ao modelo “legalista”.¹²⁸

O modelo paternalista, trabalhado por Garapon no contexto da intervenção judicial com jovens¹²⁹, se caracterizaria por ser mais centrada no juiz –envolvido pessoal e eticamente, levando em conta aspectos que podem parecer não passíveis de intervenção judicial, e atuando com vistas à maior efetividade dos encaminhamentos e soluções do litígios através do consenso.

Em oposição ao modelo legalista, onde a centralidade está nas leis, “em detrimento à liberdade de ação do juiz” (GARAPON, 1991, p. 71), no modelo

¹²⁸ Evidente que a análise de Garapon (1991, p. 81) é bem mais abrangente do que as referências que fazemos aqui, bem como ele distingue a prevalência de cada tipo de justiça, afirmando ser “claro que estas duas filosofias de intervenção judicial nas relações de família são configuradas por diferentes concepções de família nos países Anglo-Saxões e Latinos”. O que nos parece mais importante, porém, é sua conclusão de que o que se coloca em questão, é “como um determinado grupo lida com a intimidade.” (ibid., p. 82)

¹²⁹ Seria o correlato das nossas Varas de Infância e Juventude.

paternalista o “controle social é feito judicialmente através da pessoa do juiz” (ibid., p. 78).

O modelo paternalista, portanto, “libera o juiz por permitir-lhe personalizar sua ação, enquanto o legalismo aprisiona o juiz com as paredes de procedimentos legais impermeáveis.” (ibid., p. 74)

Ao lado de serem analisadas a partir da concepção de justiça de Garapon, as referências dos nossos entrevistados também podem ser analisadas como sendo um exercício de autoridade fundamentado em aspectos mais próximos da legitimação carismática – como postura e personalidade – ou da legitimação do tipo tradicional – como a autoridade paterna.

De forma muito próxima à consideração realizada no parágrafo acima – de um exercício de autoridade menos legitimada pela racionalidade e mais próxima das autoridades do tipo carismática ou tradicional – acrescentaríamos a percepção de uma magistrada para quem, no que diz respeito a grande maioria das questões trazidas pelas famílias para o contexto judicial, a sua autoridade “não é pertinente por falta de critérios na definição de quem exercerá a magistratura de família.”(M2)

Se a autoridade a ser exercida for apenas ou fundamentalmente racionalmente legitimada, ela estará baseada na norma codificada, objeto da formação técnica-jurídica. Porém, ao se afastar da base racional, ela se configuraria de maneira “singular”, como destacou Vianna et al. (1996, p. 295), orientada pela personalidade do juiz, e fazendo dele um “personagem social dotado de carisma”.

Entre formação técnica-jurídica e uma intervenção auto-referenciada, próxima ao carisma, qual a qualificação necessária ao magistrado de família, na visão dele mesmo?

6.2 A formação para o exercício da judicatura de família

Para grande maioria dos nossos entrevistados a formação necessária ou desejável para exercício da judicatura de família transcenderia a formação jurídica em si mesma, no seu sentido técnico, e implicaria em outras habilidades inatas ou desenvolvidas.¹³⁰

¹³⁰ Lembrando que só um magistrado referiu a formação técnica.

Embora a expressão transcrita a seguir tenha sido explicitada por apenas uma magistrada, o sentido da maioria das respostas também foi de que outras habilidades necessária para judicatura de família seriam poder reconhecer e saber utilizar a “sua função criadora para além da lei.” (M2)

A análise do conjunto majoritário das respostas indica que a formação do magistrado de família deve, sobretudo, não ser centrada “tão somente na área jurídica” (M12), mas requer uma interface com a interdisciplinaridade (M1, M3 e M5), pois o “conhecimento de outras áreas” (M10) seria o pré-requisito para formação de magistrados com um “perfil” adequado à justiça de família, pois eles teriam como realizar um trabalho “mais aprofundado sobre os aspectos psico-emocionais e psíquicos.” (M12)

Nesse sentido, a percepção da maioria dos magistrados entrevistados é de que se a formação específica para judicatura de família incluísse múltiplos aspectos, isto é, desenvolvesse a capacidade de ter a “atenção voltada para outras questões” (M6) além das questões especificamente legais, o resultado seria não só um magistrado com maior compreensão de realidade (M2 e M6), mas também um magistrado com uma “formação mais humana” em contraposição a aqueles que “às vezes são muito matemáticos.” (M3)

As respostas dos entrevistados sobre a formação necessária ou desejável para judicatura de família indicam que a mesma não se restringiria a uma educação ou um treino específico envolvendo a interdisciplinariedade, mas contemplaria aspectos vinculados às características pessoais.

As características pessoais referidas podem ser agrupados genericamente sob duas rúbricas: (a) experiência e (b) características de personalidade.

No primeiro grupo se inserem as referências específicas à experiência e “vivência pessoal” (M4), que possibilitariam ao magistrado da área de família “conhecer a vida, conhecer os conflitos” (M16) e, a partir desses conhecimentos, ter uma intervenção mais adequada às demandas.

Embora nas nossas entrevistas as referências à experiência tenham sido feitas desvinculadas à questão da idade, não deixa de haver uma certa aproximação com o resultado da pesquisa de Santos et al. (1996, p. 630) sobre o contexto judicial português. Neste trabalho, quando fez a questão sobre a importância da delimitação de uma idade mínima para ser juiz, o grupo lusitano encontrou que

as imagens da função judicial continuam dominadas por requisitos experienciais, a maturidade e a experiência da vida, que se, por um lado permitem um conhecimento próximo dos problemas (“resolve coisas humanamente, sem ser só pelos livros”), por outro lado, criam um certo distanciamento em relação aos factores que podem enviesar as decisões (“antes é demasiado novo e, por isso, é muito influenciável”)

Mesmo mantendo proximidade com os resultados obtidos pelos investigadores portugueses, em nosso trabalho não encontramos nas respostas relação entre a experiência e a idade, a experiência e a imparcialidade, mas sim uma relação com a possibilidade de melhor desenvolvimento da função judicante.

Apesar das referências à experiência terem sido significativas, foram menos frequentes que as respostas onde características de personalidade foram os elementos preponderantes.

Neste segundo grupo – características de personalidade – as respostas que obtivemos se aproximaram mais às conclusões do grupo português: os magistrados por nós entrevistados massivamente identificaram a “sensibilidade” (M1, M2, M4, M6, M9, M10, M16) como um pré-requisito fundamental para o exercício da judicatura de família, e a população entrevistada em Portugal julgou que “ser de bons sentimentos” (SANTOS et al., 1996, p. 584) era o principal pré-requisito para um magistrado.

A “sensibilidade” no contexto de nossa pesquisa foi relacionada à capacidade de “se colocar no lugar do outro, mas ter condições de poder voltar para o seu”(M16), bem como se articulou a outras condições pessoais, como “bom senso” (M1 e M14), “tolerância” (M10 e M13) e “paciência.” (M5, M9, M10, M11, M15)

Paciência! A primeira virtude, vamos dizer assim, que tem que ter é a paciência, honestamente. E eu digo isso às vezes nas audiências. Quando até eu estou perto de perder a paciência, a eu digo para eles, para me lembrar que eu tenho que ter paciência. Porque... a compreensão do que é importante para as partes, às vezes é até difícil, porque o embate se dá por uma coisa que certa forma para quem é estranho à família deles é tão ínfima. [...] É uma jurisdição que exige paciência para lidar com os conflitos dos outros de forma compreender do menor ao maior conflito, e respeitar aquela situação, e tentar achar uma solução para ela. (M15)

A partir da importância dada à capacidade de ter paciência por parte dos magistrados gaúchos da área de família, parece-nos mais uma vez válida uma referência à pesquisa feita com usuários dos Tribunais portugueses, onde um atributo frequentemente referido como desejável para um juiz era “ter calma para atender as pessoas.” (SANTOS et al., 1996, p. 584)

Na pesquisa portuguesa a calma no atendimento se articula com um “bom coração para as julgar” (ibid., p. 584), mas é preciso registrar que o “bom coração” desta pesquisa, assim como a “sensibilidade” encontrada na nossa, não significa abrir mão da autoridade, mas ter a capacidade de utilizá-la de forma dosada,¹³¹ “na busca de um eixo comum.” (M6)

A paciência significa, sobretudo, ter “boa vontade para conversar” (M13), ou como concluíram os portugueses, “ser justo, ter os olhos bem aberto e deixar falar as pessoas à vontade.” (SANTOS et al., 1996, p. 584)

Se trata, portanto, do exercício da autoridade se dar fortemente vinculado à “estrutura interna”(M13) do magistrado, ao seu “equilíbrio” e “qualificação pessoal” (M11), assim como ser dependente do “perfil” (M13 e M16) do detentor do cargo.

Todas as respostas elencadas até agora nos levam a considerar que, como disseram explicitamente dois magistrados, a formação para judicatura de família está intimamente ligada à “vocação.” (M5 e M7)

A vocação deve ser entendida aqui no seu sentido de “profissão intramundana” em oposição à uma concepção tradicionalista e à busca de salvação religiosa.¹³² Nesta perspectiva, a vocação se apresenta como “missão” ou “tarefa íntima”, constituinte do “carisma puro” (WEBER, 1992, p. 196), etico-racionalmente realizada.

Fazendo um paralelo entre as três qualidade que Weber (ibid., p. 138) identificou no político vocacionado – “paixão, senso de responsabilidade e senso de proporção” – e o quadro geral respostas de nossos entrevistados, a vocação, mesmo que não presente de forma explícita na maioria das respostas, pode ser considerada como tendo estado implícita em muitas das manifestações de nossos entrevistados.¹³³

Portanto, acreditamos que analisar a percepção dos magistrados sobre a formação necessária ou desejável para a atuação na área de família deve levar a

¹³¹ Como disse um magistrado: “aí é um terreno assim muito difícil para gente, por vezes, não exorbitar dessa autoridade e quem sabe, até por contraditório que pareça, muitas vezes, até abdicar dessa autoridade. Então,... o ponto exato disso eu, eu confesso ..., estou sempre tentando me aprimorar, estou sempre pensando, discutindo, tentando acertar, discutindo com o pessoal do Ministério Público, os próprios advogados, com os técnicos.” (M9)

¹³² Ver, Weber, 1992, p. 489.

¹³³ Sem esquecer, ainda, que no mesmo texto (“A Política como Vocação” In Weber, 1992) ele relaciona os juristas como fazendo parte dos políticos profissionais.

uma aproximação indispensável com a concepção weberiana de vocação e à questão da dominação legitimada pelo carisma.

Weber, sempre é importante registrar, relaciona vocação e carisma não só quando trata do carisma puro¹³⁴, mas também ao tratar da política como vocação, onde afirma que “a raiz de uma vocação em sua expressão mais elevada” é o “domínio em virtude da dedicação, dos que obedecem, ao “carisma” exclusivamente pessoal do “líder”.” (WEBER, 1982, p. 99)

A vinculação entre vocação e carisma no contexto de nosso trabalho surge, ainda, considerando que se os fatores ligados à personalidade são os atributos fundamentais para qualificação do magistrado de família, em sua própria concepção, da mesma forma o predomínio da vocação é percebido como essencial. Consequentemente, a autoridade do magistrado de família não seria legitimada só racionalmente, mas também se fundamentaria carismaticamente, nos levando a trabalhar com a dominação legitimada pelo carisma.¹³⁵

A possibilidade de tratarmos da autoridade do magistrado como carismáticamente legitimada se apresenta com um pouco mais de validade quando nos reportamos à conclusão, já referida, de Vianna et al. (1996, p. 295) na pesquisa sobre a magistratura brasileira, ou seja, da auto-percepção do juiz como sendo “dotado de carisma”. Há, portanto, elementos não só em nosso trabalho a indicarem para possibilidade do exercício do magistrado ser, além de racionalmente, carismaticamente legitimada.

Na concepção weberiana, a dominação do tipo carismática (portanto, o reconhecimento de uma autoridade legitimada pelas características pessoais) é exercida por “portadores de dons especiais”, “não acessíveis a todos”. Trata-se de um tipo de dominação que “embora se expresse com freqüência de modo mais puro na esfera religiosa, se repete este fato em princípio idêntico em toda universalidade.” (ibid., p. 848)

No universo de atividades na qual há o predomínio da dominação carismática podem ser encontrados tanto “médicos e profetas” como “juizes, caudilhos militares

¹³⁴ Dentre outras passagens, no texto sobre Dominação Carismática (In Weber, 1992. p. 193-197)

¹³⁵ Lembrando que para Weber (1982, p. 99), as “concepções de legitimidade e suas justificações íntimas” são tipos puros que “raramente se encontram, na realidade”, sendo objeto da ciência política suas “variantes, transições, e combinações altamente complexas desses tipos puros.”

ou chefes de grandes expedições.” (ibid., p. 848 – grifos nossos)

Ao discorrer de forma detalhada sobre o predomínio do carisma como uma das formas de dominação, Weber (ibid., p. 847) opõe este tipo de dominação à burocrática e à patricial (antagônicas entre si mesma) pelo fato destas serem “organizações correntes”, e a carismática ser “em princípio, totalmente heterogênea”, bem como se opor à existência de “instituições independentes das pessoas e do estado de seu carisma puramente pessoal na forma das “magistraturas” burocráticas” (ibid., p. 848).

Os magistrados de família, portanto, mesmo tendo à princípio sua autoridade legitimada pela ordem legal-racional, quando distanciam o ideal da formação do estritamente formal, no sentido da norma legal, se afastam também da concepção do perfil típico de um profissional burocrata.¹³⁶

As respostas de nossos entrevistados, as conclusões de Santos et al. (1996) e de Vianna et al. (1997), podem ser articuladas à concepção weberiana de “justiça autenticamente carismática”. A articulação é possível porque, neste tipo de justiça, a solução de conflitos, “é tão independente da santidade da tradição como das deduções racionais procedentes de conceitos abstratos.” (WEBER, 1992, p. 851)¹³⁷

Da mesma forma como a racionalização burocrática, através da técnica, se opõe à tradição, e inicialmente transforma coisas e organizações, para depois o fazê-lo com relação aos homens, os adaptando “ao mundo externo, pelo estabelecimento de meios e fins racionais”, a força do carisma – como, por exemplo, a força implícita na “sabedoria judicial” – “transforma “internamente” aos homens.” (ibid., p. 852)

As características da dominação carismática descritas até este ponto são, como o próprio Weber (ibid., p. 856) definiu, “resultado de situações singularmente extremas.”

Se fizermos neste ponto um retorno às respostas de nossos entrevistados sobre aquilo que percebem como as novas demandas submetidas ao seu discernimento e decisão, bem como aos aspectos não jurídicos presentes nas demandas de regulação feitas à justiça de família, talvez pudéssemos considerar os

¹³⁶ Embora os trabalhos weberianos sobre a dominação carismática não tenham sido referidos por Vianna et al. (1996) (ver a nota 118), parece-nos que especialmente no texto sobre Dominação Carismática (WEBER, 1992, p. 193 – 197) se encontra uma explicação bastante adequada para autopercepção dos magistrados brasileiros.

¹³⁷ Weber (1992, p. 851) insiste, porém, que não se trata de uma justiça “irracional”.

conflitos de família que estão sendo levados ao contexto legal-racional como constituindo “situações singularmente extremas”.

Esta consideração poderia ser mais um elemento para justificar a existência de um exercício de autoridade carismaticamente legitimada, assim como podemos lembrar que

As normas jurídicas podem surgir, também, como regras “outorgadas”, derivadas de uma criação direta e consciente. Porém, isto só pode ocorrer através de uma nova “revelação” carismática. Pode tratar-se da revelação individual sobre o que em determinado caso concreto é justo. Isto é o que primitivamente ocorre. Ou então da revelação de uma norma geral que indica como devem julgar-se os casos futuros. Frente à instabilidade da tradição, a “revelação” jurídica é, nas duas formas assinaladas, um elemento revolucionário e, neste sentido, podemos chamá-la mãe de todo “estatuto” ou estabelecimento de regras. A inspiração de novas normas pode vir ao personagem carismaticamente qualificado com independência, real ou aparente, de uma determinada ocasião concreta, quer dizer, sem que as condições externas tenham qualquer modificação. (WEBER, 1992, p. 519)

O carisma seria, portanto, o elemento fundante do exercício da “função criadora para além da lei” (M2), mas, por sua própria característica, não se perpetuaria.

A perenidade da autoridade carismática não perdura porque, sendo “submetido a uma rotinização” (ibid., p. 856) ou articulada a outros elementos, “a revelação carismática se converte inevitavelmente em dogma, doutrina, teoria, em regulamento, jurisprudência ou conteúdo de uma tradição que vai se petrificando.” (ibid., p. 857) ¹³⁸

Independente de sua rotinização, a eficácia do carisma possivelmente prevalece nas decisões judiciais de família, pois ele – o carisma – é radicado “na fé dos dominados” (ibid., p. 860) e, como disse um dos magistrados que entrevistamos, os litigantes esperam e submetem àquilo “que o juiz decidiu.” (M13)

Fazendo um paralelo com as afirmações de Weber quando ele aborda a relação entre carisma e a organização dos partidos políticos, trata-se do “carisma da palavra”.

¹³⁸ Como exemplo poderíamos fazer aqui toda uma vasta referência de jurisprudência na área de família sobre o valor jurídico do afeto como forma de reconhecimento de relações familiares, mas parece que não vem ao caso. Aos interessados no assunto, recomendamos, dentre uma ampla gama de autores que tratam do tema, Fachin (1996) e Dias (2005, esp. p. 66-68).

Na análise weberiana, o “carisma da palavra” significa não necessariamente a importância do que é dito, mas do efeito “puramente emotivo” do discurso. (WEBER, 1992, p. 864)

Na nossa análise, talvez o mais importante não sejam os termos da decisão judicial, mas a palavra de um magistrado reconhecendo como legítimo o conflito familiar e, ao fazê-lo, dar-lhe uma visibilidade fora do espaço íntimo e privado.

Ao sair do íntimo e do privado, o conflito familiar passa a ser “situado fora do marco do cotidiano” e aquilo que se localiza fora do cotidiano, “faz surgir forças carismáticas; toda capacidade fora do comum faz brotar uma crença carismática.” (ibid., p. 867)

A legitimidade da decisão judicial vem, portanto, do carisma do magistrado e mesmo que este carisma “logo volte a dissolver-se no cotidiano”, não perde sua característica fundamental, isto é, o fato de estar atrelado “a uma pessoa concreta.” (ibid., p. 868)

Esta possivelmente é uma explicação para a preponderância das respostas que obtivemos onde são referidos aspectos da personalidade do magistrado como sendo fundamentais na formação necessária ou desejada para o exercício da judicatura de família.

Ao se referirem aos aspectos de personalidade como um dos elementos essenciais para o desempenho da judicatura de família, nossos entrevistados afastam da primazia da legitimação legal-racional a fundamentação da autoridade que exercem, e aproximam essa fundamentação da legitimação carismática.

A autoridade do magistrado pode ser considerada ainda em sua dimensão carismática quando, independente das características referidas serem personalizadas, elas podem se converter em uma qualidade:

1) transferível, 2) adquirível, ou 3) não vinculada a uma pessoa enquanto tal, mas ao titular de um cargo ou a um substituto sem ter em conta a pessoa. O fato de que se continue a falar neste caso de carisma é justificado por que segue conservando o caráter do extraordinário, do não acessível a todos, do que é em princípio proeminente frente às qualidades dos dominados pelo carisma; por tanto ainda então resulta útil para aquela função social a qual se aplica. (WEBER, 1992, p. 869)

Esta conversão, relacionada à rotinização do carisma, faz com que “a capacidade carismática” se transforme “em um objeto possível da educação.” (ibid., p. 876)

Ao ser passível de ser transmitido pela educação, o carisma pode se converter também em um objetivo da formação para o exercício de uma determinada função (no caso, a magistratura), inclusive se o “sentido autêntico” desta educação carismática for “o desenvolvimento da capacidade carismática, a prova, corroboração e seleção do homem qualificado.” (ibid., p. 876) ¹³⁹

Independente do fato do carisma ser ou não objeto da formação ou da pré-qualificação do magistrado de família, o certo é que se sua autoridade for plena ou primordialmente legitimada pela racionalidade, ela se aproximara do “desencantamento” do mundo preconizado por Weber, pois perde toda sua ligação com a tradição e o sagrado. Portanto, ao serem submetidos a autoridade racional, o íntimo e o privado das relações familiares perdem sua transcendência, como diria Arendt (2003).

Mas, por outro lado, se a formação do magistrado envolver o desenvolvimento da personalidade carismática, e se sua autoridade for exercida sobre uma base carismática, haveria um retorno a alguma transcendência, a um “re-encantamento” do mundo?

Quando os conflitos familiares encontram no contexto judicial um espaço para expressão e reconhecimento, bem como quando este contexto os acolhe e lhes acena com a possibilidade de encaminhamento e solução através da intervenção de uma autoridade também carismática, estariam as relações familiares encontrando uma outra transcendência, para além da racionalização?

É a partir desta questão que elaboramos as conclusões finais deste trabalho.

¹³⁹ Não deixa de ser o processo de socialização da magistratura descrito por Bonelli (2001) e que envolve uma auto-imagem de “porta-voz do bem comum” (p. 260), ou seja, de portador de características incomuns. Devemos, ainda, considerar que Weber (1992, p. 877) afirma que a educação encaminhada para o desenvolvimento do carisma implica no “transformação do modo de viver interno e externo”. Este nos parece ser o sentido no qual Bonelli analisa a socialização dos magistrados paulistas.

7 CONCLUSÕES: JURISDICIONALIZAÇÃO, RACIONALIZAÇÃO E CARISMA

A questão chave do nosso trabalho é a expressão no espaço judicial – cristalização e espaço da primazia do direito racional – de demandas para solução ou encaminhamento de conflitos familiares, portanto, de conflitos oriundos de relações íntimas, privadas, e que se configuram num espaço onde prevalecia a autoridade legitimada pela tradição.

Quando esses conflitos se inserem no Poder Judiciário, provocando aquilo que denominamos de racionalização da intimidade, a autoridade que *a priori* se espera que os solucione é, em termos weberianos, a do tipo racional.

Weber destaca em diversas passagens de sua obra, que os tipos não são encontrados em sua forma ideal na realidade, sendo basicamente construções analíticas¹⁴⁰.

Sempre tendo claro a ressalva weberiana, e tomando as inúmeras referências feitas por nossos entrevistados, pudemos identificar que, mesmo que *à priori*, quando há a racionalização dos conflitos familiares e se espere para os mesmos uma resposta estritamente fundamentada e legitimada pela ordem legal racional, a personalidade do magistrado tem um papel significativo neste processo, configurando o que podemos chamar de autoridade bi-facetada: tanto legitimada racionalmente, quanto carismaticamente.

A relação entre, por um lado (a) uma demanda pelo direito racional, instrumento essencial da atividade do Poder Judiciário, e por outro (b) o exercício da autoridade bi-facetada de seus agentes privilegiados – os magistrados – é o que entendemos poder chamar de movimento paradoxal e que conclui a análise até aqui realizada.

A opção por concluirmos este trabalho com o que chamamos de movimento paradoxal entre a racionalização da intimidade – resultante do submetimento cada vez mais amplo e intenso dos conflitos de família ao contexto judicial – e a intervenção de uma autoridade tanto racional quanto carismaticamente legitimada nestes conflitos, foi tomada a partir da percepção de ser este o movimento que confirma tanto nossas hipóteses quanto pode ser tomado como exemplo

¹⁴⁰ Ver, a este respeito o item 11 dos conceitos sociológicos fundamentais em Weber (1992, p. 16 e seguintes).

emblemático do processo de jurisdicionalização das relações sociais.

Começemos por nossas hipóteses.

A primeira hipótese utilizada como guia para nossa pesquisa, argumentava que as relações familiares menos patriarcais, normas legais sobre família menos hierárquicas e a maior presença do Poder Judiciário na sociedade produzem, a partir da década de 90, o aumento e a diversificação das demandas às varas de família, jurisdicionalizando conflitos antes resolvidos pelos detentores de autoridade do tipo tradicional.

Acreditamos ter podido demonstrar a confirmação desta hipótese quando, sob a denominação de racionalização da intimidade, elencamos as diferentes situações presentes nos relatos de casos julgados pelos nossos entrevistados e suas percepções quanto aos novos conflitos que lhes são submetidos. Os relatos e as referências indicaram que, de fato, houve se não um aumento, pelo menos uma diversificação significativa das demandas às Varas (e, conseqüentemente, às Câmaras) de Família.

A diversificação se deu no que diz respeito aos novos sujeitos de direitos (mulheres, jovens e idosos), à busca de visibilidade para questões antes não transcendentais dos limites do espaço privado-familiar, e à avaliação dos magistrados de que inúmeras dimensões das relações familiares que extrapolam o legal *strito sensu* passaram a ser submetidas à uma decisão judicial e que a sua atuação, muitas vezes, se dá em substituição a outras instituições e à família ampliada.

Estes elementos estão presentes na maioria dos estudos sobre a expansão do Poder Judiciário – geralmente definido pelas expressões judicialização ou jurisdicionalização (como nossa opção) – e são utilizados exatamente para caracterizar este fenômeno.

Portanto, já confirmada a primeira hipótese, poderíamos tratar das demandas de família ao Poder Judiciário como exemplo de jurisdicionalização das relações sociais. Mas, nos parece que a confirmação das duas outras hipóteses, e a articulação da confirmação das três, é que pode reafirmar que de fato essas demandas representam um processo de jurisdicionalização das relações sociais em sua dimensão mais ampla.

A nossa segunda hipótese não dizia respeito especificamente à expansão do

Poder Judiciário, mas sim à forma de atuação dos magistrados nos conflitos de família.¹⁴¹

A segunda hipótese foi confirmada tanto com os dois últimos dados mencionados na confirmação da primeira hipótese – inúmeras dimensões das relações familiares que extrapolam o legal *strito sensu* passam a ser submetidas à uma decisão judicial e a atuação dos magistrados se dá de forma a substituir outras instituições – quanto na utilização que os magistrados referiram fazer dos serviços que denominamos “outras formas de racionalidade” e quando nossos entrevistados avaliaram que, a maioria daquilo por nós identificado sob a rubrica de “dilemas fundamentais da existência humana”, se constituem em questões para as quais o Poder Judiciário não pode se furtar de responder, no todo ou em parte.

Finalmente, a terceira hipótese, também se referia à intervenção dos magistrados no contexto de maior presença do Judiciário na sociedade. Nesta hipótese levantamos a possibilidade do magistrado de família se adequar à concepção de “magistratura do sujeito” de Garapon (1996).

A hipótese se confirmou não só com os elementos referidos na confirmação da hipótese anterior, quanto na complexidade que os magistrados percebem como inerente ao exercício de sua autoridade, na crença da necessidade de uma qualificação mais pessoal e menos técnica para este exercício, e quando se percebem atuando de forma mais tutelar e mais arbitral.

Confirmadas as três hipóteses do trabalho, passemos à articulação das mesmas, ou melhor, a articulação dos elementos que as corroboram em um contexto mais homogêneo.

A confirmação das três hipóteses, que se articulam quando há a aproximação de todos os elementos analisados, sugere que, ao se expressarem no contexto judicial, os conflitos de família estão não apenas se institucionalizando – pelo submissão de suas demandas à autoridade dos magistrados – mas também se des-institucionalizando, pois, como indicam as respostas dos magistrados, a solução e o encaminhamento desses conflitos se dá não apenas pela intervenção da

¹⁴¹ Lembrando que a hipótese 2 referia-se à possibilidade da complexidade dos conflitos de família na década de 90 apresentar para os magistrados questões que ultrapassam os limites do ordenamento legal-racional, sobre as quais eles entendem que deveriam intervir. Neste sentido, sua maior intervenção nas demandas de família lhes parece imposta e eles utilizam-se de múltiplos recursos para solucioná-los.

autoridade racional, mas também da autoridade carismática.

A des-institucionalização, caracterizada pelo exercício bi-facetário da autoridade do magistrado – racional e carismática – faz com que este exercício aconteça “de forma diferente daquela que tradicionalmente concebemos” (CAMPILONGO, 1995, p.15), possibilitando ao Judiciário “oferecer novas respostas a essa conflituosidade”, a encaminhando ou resolvendo de forma “diferente do direito tradicional.” (ibid., p. 17)

A resolução pode ser “diferente do direito tradicional” como se refere Campilongo, mas não foge do contexto identificado por Rojo (2003 e 2004) da busca de formas adjudicatórias de resolução de conflitos, inerente ao processo de jurisdicionalização.

O duplo movimento – institucionalização e des-institucionalização – é justamente o que Rojo (2003 e 2004) trata de dar conta com o conceito de jurisdicionalização, ao se referir tanto à judicialização quanto a desjudicialização como sendo movimentos que definem uma mesma demanda de uma instância simbólica chamada a dizer o que é justo.

Na verdade, a jurisdicionalização, no que diz respeito ao submetimento dos conflitos de família às Varas (e Câmaras) especializadas, significa uma re-institucionalização no sentido utilizado por Falcão (1995, p. 21), ou seja, um “ajuste processual”, uma “nova legalidade” (ibid., p. 29) que rompe com a perspectiva dogmática da ordem jurídica e “ao invés de trabalhar com o conceito da lei geral, universal e abstrata, trabalha-se com uma lei específica, aplicável ao caso concreto[...] numa perspectiva promocional.”

As considerações de Falcão (1995, p. 29) são feitas focando-se basicamente nas reivindicações de institucionalização de direitos feitas por alguns movimentos sociais, que se dão “de uma maneira em boa medida antagônica com a concepção tradicional de legalidade”, mas mesmo assim visam o reconhecimento de direitos no plano da processualidade jurídica.

Confirma-se, portanto, o conceito de “*jurisdicionalização dos conflitos sociais*” de Rojo (2003 e 2004): um processo que não significa apenas o submetimento de um conflito ao Poder Judiciário, mas trata sim fato de indivíduos ou grupos que, identificando-se como sujeitos de direito, submetem suas demandas aos tribunais e outras instâncias adjudicatórias.

No caso dos conflitos de família, são, portanto, relações que procuram outra forma de autoridade, e os tribunais as acolhem e as reconhecem. Mas, quando seus agentes privilegiados nelas intervêm, o fazem da forma paradoxal que procuramos demonstrar, as racionalizando e des-racionalizando.

As racionaliza quando as acolhe. Na acolhida pode se perceber um ápice de racionalidade, pois, como diria Poggi (2005, p. 61), “a racionalização de origem e marca ocidental não parece haver esgotado de nenhuma maneira seus efeitos, e ainda mais, continuamente, os amplia e os elabora”.

A ampliação e re-elaboração do processo de racionalização da sociedade ocidental se percebe com a racionalização da intimidade, demonstrada com a diversificação das demandas de conflitos familiares ao contexto judicial.

Esta diversificação indica que, para além do predomínio da Razão na economia, na política, na religião e no direito, a Razão também passa a dominar na solução dos conflitos existentes nas relações íntimas.

O processo de racionalização, assim, não se restringe às áreas já tratadas por Weber, mas se estende aos limites do privado e do íntimo.

Mas, tudo indica ser possível haver (e em muitas situações há) uma ruptura neste processo de racionalização das relações familiares.

A ruptura se dá quando a autoridade do magistrado, ao aplicar a norma legal – dizer o direito – se legitima tanto a partir da regra formal-racional, quanto a partir de elementos ligados à sua personalidade, legitimando carismaticamente sua autoridade.

Ao fazê-lo, o magistrado “pode interromper ou inverter de um momento a outro” (POGGI, 2005, p. 61) o processo de racionalização e esta é a possibilidade que “está no centro da temática weberiana do carisma.” (ibid., p. 62)

É, portanto, possivelmente no contexto das Varas de Família onde se dá a síntese entre a racionalização da intimidade e a intervenção de uma autoridade bifacetada – racional e carismaticamente legitimada – a autoridade da palavra e de quem diz a palavra – que se encontra a maior expressão da jurisdicionalização das relações sociais.

Se esta jurisdicionalização expressa o des-encanto das relações familiares, com a perda de sua fundamentação tradicional, pode também significar a possibilidade de re-encanto, se a vocação dos magistrados os levarem a

desenvolver a personalidade carismática. Assim fazendo, os magistrados podem interromper ou inverter, a qualquer momento, a “mercantilização dos afetos” (racionalização da intimidade), expressão que designa de forma exemplar o processo de racionalização moderna no contexto das relações familiares e da jurisdição de família.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Apresentação realizada na Sessão “O Judiciário e o acesso à Justiça”. In SADEK. Maria Tereza (org.). **O Judiciário em Debate**. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995. p. 9 - 30

ADORNO, Sérgio. Apresentação. In **Revista USP** - Dossiê Judiciário, São Paulo, USP, n. 21, p. 6 – 11, março/ abril/ maio 1994.

ANTUNES, Jeanete Holst. O Conflito social segundo Marx, Durkheim e Weber. **Enfoque**, Bento Gonçalves: Fundação Educação da Região dos Vinhedos, n. 6, p. 3 – 37, agosto de 1978.

ARANTES, Rogério Bastos. Apresentação realizada na Sessão “Organização e funcionamento do Poder Judiciário”. In SADEK. Maria Tereza (org.). **O Judiciário em Debate**. São Paulo: Idesp- Editora Sumaré, 1995. p. 31 - 50

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1997.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ARENDT, Hannah. **Entre Passado e Futuro**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003.

ARGÜELLO, Katie. O Mundo Perfeito: Nem Possível, Nem Desejável. Ética e Racionalidade na Sociologia Jurídica de Max Weber. In ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org). **Max Weber: Direito e Modernidade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas. 1996. p. 73 - 107

BENDIX, Reinhard. **Max Weber-** um perfil intelectual. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

Boletim do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, n. 25, ano 4, março-abril de 2004.

BONELLI, Maria da Glória. Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista. **Sociologias**. Porto Alegre: IFCH/UFRGS, ano 7, n. 13, p. 110 – 135, jan/jun 2005.

BONELLI, Maria da Glória. Os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Construção do Profissionalismo, 1873 – 1997. **Dados- Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 44, n. 2, p. 249 – 290, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988/ organização do texto, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira, 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

BRASIL. **DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940** – Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 10-maio-2006.

BRASIL. **Lei n.10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.presidencia republica.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 abr. 2003.

BRETON, Philippe. Apprendre la parole. In GARAPON, Antoine e PERDRIOLLE, Sylvie, (org.). **Quelle Autorité?**. Paris: Hachette Littératures, 2003. p. 110 - 131

BROUWER, P. W. On the objectivity of judicial decision. In HARSKAMP, Anton van (ed.) **Conflicts in Social Science** London/ New York: Routledge, 1996. p. 123 –142

BRUNO, Denise Duarte. Cidadania Concedida – Uma possibilidade de se pensar sob o Enfoque Social do Vampirismo Emocional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese- IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 36 - 49, jun-jul de 2004.

BRUNO, Denise Duarte. **Mulher e Família no Processo Constituinte de 1988**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1995.

CAMBI, Accacio. Especializado em Justiça - entrevista publicada no **Boletim do IBDFAM**, op. cit., p. 4

CAMPILONGO, Celso. Apresentação realizada na Sessão “O Judiciário e o acesso à Justiça”, In SADEK, Maria Tereza (org.). **O Judiciário em Debate**. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995. p. 9 - 30

CANEVACCI, Massimo. **Dialética da Família**: Gênese, estrutura e dinâmica de uma instituição repressiva. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **The Expansion and Legitimacy of Judicial Review**. Oxford: Clarendon Press, 1989.

CÁRCOVA, Carlos Maria. Los jueces en la encrucijada. Entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. In CÁRCOVA, Carlos Maria (org.). **Derecho, política y magistratura**. Buenos Aires: Ed. Biblos, 1996. p. 135 - 149

CARDOSO, Iredé e CARDOZO, José Eduardo Martins. **O Direito da Mulher na Nova Constituição**: Caminhos da Constituinte. São Paulo: Global Editora, 1986.

CARNEIRO, Sueli. Apresentação realizada na Sessão “O Judiciário e o acesso à Justiça”. In SADEK, Maria Tereza (org.). **O Judiciário em Debate**. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995. p. 9 - 30

CARVALHO, José Murilo de. **Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1995.

CASEY, James. **A História da Família**. São Paulo: Ática, 1992.

CASTELAIN-MEUNIER, Christine. **La Paternité**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. Sociedad, democracia y justicia. **Jueces para la Democracia** – Información y Debate, n. 21, Madrid, p. 19 – 24, 1994.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. **Estas somos nós**, Brasília, s/d.

COUTU, Michel et al. Introduction. In WEBER, Max. **Rudolf Stammler et le matérialisme historique** – Aux origines de la sociologie wébérienne. Quebec: Le Presses de l'Université Laval, 2001. p. 1 – 89

COUTU, Michel. **Max Weber et les rationalités du droit**. Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 1995.

DE MUNCK, Jean. Les métamorphoses de l'autorité. In GARAPON, Antoine e PERDRIOLLE, Sylvie, (org.). **Quelle Autorité?**. Paris: Hachette Littératures, 2003. p. 24 – 50

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

D'INCAO, Maria Ângela. **Amor e Família no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1989. p. 57-71

DRAÏ, Raphael. Anamnèse et horizons. In GARAPON, Antoine e PERDRIOLLE, Sylvie, (org.). **Quelle Autorité?**. Paris: Hachette Littératures, 2003. p. 84 - 109

DUBET, François. Une juste obéissance. In GARAPON, Antoine e PERDRIOLLE, Sylvie, (org.). **Quelle Autorité?**. Paris: Hachette Littératures, 2003. p. 163 - 179

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade – relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FALCÃO, Joaquim. Apresentação realizada na Sessão “O Judiciário e o acesso à Justiça”, In SADEK, Maria Tereza (org.). **O Judiciário em Debate**. São Paulo: Idesp- Editora Sumaré, 1995. p. 9 - 30

FLAQUER, Luís. **El destino de la familia**. Barcelona: Editora Ariel, 1998.

FONSECA, Cláudia. A História Social no Estudo da Família: Uma Excursão Interdisciplinar. **Boletim Informativo Bibliográfico**, Rio de Janeiro – São Paulo: ANPOCS-Vértice, n. 27, p. 51-73, 1989.

FONSECA, Cláudia. **Caminhos da Adoção**. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

GARAPON, Antoine. “Choosing between Paternalism and Legalism in Juvenile Justice”. In BLANKENBURG, Erhard, COMMAILLE, Jacques & GALANTER, Marc (ed.). **Disputes and Litigation**. Oñati: Oñati International Institute for Sociology of Law, 1991. p. 71-92

GARAPON, Antoine. **Le Gardien des Promesses**. Justice et Démocratie. Paris: Éditions Odile Jacob, 1996.

GARAPON, Antoine. Le nouvel âge de l'autorité. In GARAPON, Antoine e PERDRIOLLE, Sylvie, (org.). **Quelle Autorité?**. Paris: Hachette Littératures, 2003. p. 11 - 17

GIDDENS, Anthony. Entrevista, Disponível em <http://www.lse.ac.uk/Giddens/FAQs.htm#Modernity>. Acesso em: 13 set. 2003.

GINER, Salvador. **Sociología**. Barcelona: Ediciones Península, 1997.

HANEGRAFF, Wouter J. How magic survive the disenchantment of the worlf. **Religion**, v. 33, Issue 4, october, 2003. p. 357 – 380. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science>. Acesso em: 08 ago. 06.

HARSKAMP, Anton van. Conflicts in Social Science. In HARSKAMP, Anton van (ed.) **Conflicts in Social Science** London/ New York: Routledge, 1996. p. 1 – 21

HOLMSTRÖM, Barry. Swuden. In TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p. 345- 367

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP** - Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n. 21, p. 22 – 33, março- abril- maio 1994.

MACIEL, Débora Alves e KOENER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova** – Revista de Cultura e Política. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 52, p. 113- 133, 2002.

NEGRÃO, Lísias Nogueira. Nem “Jardim Encantado”, nem “Clube dos Intelectuais Desencantados”. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo: ANPOCS, v. 20, n. 59, p. 23-36, out. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.org>. Acesso em: 11 jul. 2006.

OKIN, Suzan Moller. **Justice, Gender and the Family**. New York: Basic Books, 1989.

OLIVEIRA, María José Sarrabayrouse. Los juicios orales y la construcción del "objeto" judicial. Disponível em: <http://www.antropologia.com.ar/articulos/politica02.htm>. Acesso em: 13 set. 2003.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma *Judicialização da Política?* **Dados-** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 48, n. 3, p. 559 – 587, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.org>. Acesso em: 11 jul. 2006.

PADIS. Marc- Olivier. La république des faibles? In GARAPON, Antoine e PERDRIOLLE, Sylvie, (org.). **Quelle Autorité?**. Paris: Hachette Littératures, 2003. p. 132 - 138

PERDRIOLLE, Sylvie. Arguments pour une réflexion. In GARAPON, Antoine e PERDRIOLLE, Sylvie, (org.). **Quelle Autorité?**. Paris: Hachette Littératures, 2003. p. 19 - 22

PIERUCCI, Antônio Flávio. **O desencantamento do mundo:** todos os passos do conceito em Max Weber, 2. ed. São Paulo: USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia: Editora 34, 2005.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização segundo Max Weber – Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido. In SOUZA, Jessé de (org.). **A atualidade de Max Weber**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 105 – 162

PIMENTEL, Sílvia. **A Mulher e a Constituinte:** uma contribuição para o debate. 2. ed. São Paulo: Cortez/EDUC, 1987.

POGGI, Gianfranco. **Encuentro con Max Weber**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2005.

PRIORE, Mary Del. **História do Amor no Brasil**. São Paulo, Contexto, 2005

QUIVY, Raymond e VAN CAMPENHOUDT, Luc. **Manuel de Recherche en Sciences Sociales**. Paris: Dunod, 1995.

RAYNAUD, Philippe. **Max Weber et les dilemmes de la raison moderne**. 1Paris, Quadriga; PUF, 1996

Revista USP - Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n. 21, março-abril-maio 1994.

RIBEIRO, Hécio. **Justiça e democracia: judicialização da política e controle externo da magistratura**. Porto Alegre: Síntese, 2001.

ROJO, Raúl Enrique. El Sistema Político Argentino. In TAVARES, José Antônio Giusti e ROJO, Raúl Enrique (org.). **Instituições políticas comparadas dos países do Mercosul**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 115 – 126

ROJO, Raúl Enrique. Jurisdição e Civismo: a criação de instâncias para dirimir conflitos sociais no Brasil e no Québec. In ROJO, Raúl Enrique (org.) **Sociedade e Direito no Quebec e no Brasil**. Porto Alegre: PPG Sociologia- PPG Direito, 2003. p. 21- 42

ROJO, Raúl Enrique. Justice et citoyenneté. La *juridictionnalisation* des conflits sociaux au Brésil et au Québec. **Revue Juridique Thémis**, Montreal, v. 38, n. 1, p. 125- 189, 2004.

ROJO, Raúl Enrique. La justicia en democracia. In **Sociologias**. Porto Alegre: IFCH/UFRGS, ano 2, n. 3, p. 94 – 125, jan-jun. 2000.

ROJO, Raúl Enrique. Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. **Sociologias**. Porto Alegre: IFCH/UFRGS, ano 6, n. 13, p. 36 – 81, jan/jun. 2005.

SADEK, Maria Tereza e ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juizes. **Revista USP** - Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n. 21, p.34 – 45, março- abril- maio 1994.

SADEK. Maria Tereza (org.). **O Judiciário em Debate**. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995.

SADEK. Maria Tereza. Apresentação. In SADEK. Maria Tereza (org.). **O Judiciário em Debate**. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré, 1995. p. 7

SANTOS, Boaventura de Souza et al. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o Caso Português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SHAPIRO, Martin. The United States. I In TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p. 43- 66.

SIFUENTES, Mônica. Judicialização dos conflitos familiares. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4242>. Acesso em: 20 ago. 2004.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n. 45. São Paulo: ANPOCS, p. 127 – 144, fevereiro de 2001.

SOUZA, Jessé (org.). **A atualidade de Max Weber**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

STEFANELLO, Osvaldo. Na vanguarda - entrevista publicada no **Boletim do IBDFAM**, op. cit., p. 3

SUNKIN, Maurice. The United Kingdom. In TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p. 67 - 78

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995a.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995b. p. 1- 10.

TATE, C. Neal. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn (Ed.). op. cit., p. 27- 37

TAYLOR, S. J. e BOGDAN, R. **Introducción a los métodos cualitativos de investigación**. La búsqueda de significados. Barcelona: Paidós, 1996.

THERBORN, Göran. **Sexo e poder: a família no mundo, 1900 - 2000**. São Paulo: Contexto, 2006.

TOURAINÉ, Alain e KHOSROKHAVAR, Farhad. **A busca de si: diálogo sobre o sujeito**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TREIBER, Hubert. La place de Max Weber dans la sociologie du droit allemande contemporaine. **Droit et Société**, Paris, n. 9, p. 211 – 267, 1998.

VAITSMAN, Jeni. Indivíduo, Casamento e Família em Circunstâncias Pós-Modernas, **Dados** - Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 38, n. 2, p. 329 - 352, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: IUPERJ e Editora Revan, 1997.

VIEIRA, Judivan J. **Ministério Público: o quarto poder**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Revisão técnica, edição de texto, apresentação, glossário, correspondência vocabular e índice remissivo Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Esbozo de sociología comprensiva. México, Fondo de Cultura Económica: 1992.

WEBER, Max. **Ensayos sobre metodología sociológica**. Buenos Aires: Amorrortu, 2001a.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Organização e Introdução H.H. Gerth e C. Wright Mills, 5. ed. Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1982.

WEBER, Max. **Rudolf Stammler et le matérialisme historique – Aux origines de la sociologie wébérienne**. Quebec: Les Presses de l’Université Laval. 2001b.

WEBER, Max. **Sociología de la Religión**. Buenos Aires: Editorial Leviatan, 2001c.

WINCKELMANN, Johannes. Prólogo a la cuarta edición alemana. In WEBER, Max. op. cit., 1992

APÊNDICE

Roteiro para entrevistas com os magistrados

Um relato

Considerando os estudos que indicam que a família mudou em termos de hierarquia e na forma como a autoridade se exerce e incide sobre ela, sem qualquer juízo de valor quanto à estas mudanças, o(a) sr(a) poderia fazer o relato de um litígio que julgou e no qual entenda que o fator causal da situação conflituosa foram as mudanças na hierarquia familiar e na reconfiguração da autoridade.

Entrevista semidiretiva - questões guias

- 1) seriam menores as ações judiciais caso a família tivesse se mantido em sua forma mais tradicional – patriarcal?
- 2) o(a) sr(a) percebe demandas recentes significativas nos conflitos de família? de que tipo?
- 3) qual percepção quanto à pertinência do Judiciário em intervir nessas novas demandas
- 4) qualificação necessária ao Magistrado de família, sob a ótica dos mesmos
- 5) adequação da legislação (constitucional e ordinária), bem como jurisprudência, à realidade das demandas familiares no contexto do Poder Judiciário
- 6) estas ações judiciais poderiam ser evitadas caso instituições sociais outras – de orientação, assistência, atenção – existissem e/ou agissem para solução de conflitos familiares
- 7) quais os aspectos que os magistrados entendem como “não jurídicos” e que estão presentes nos conflitos de família nos quais é solicitada sua intervenção
- 8) quais aspectos são levados ao contexto da justiça de família e que dizem respeito à intimidade das famílias e dos indivíduos
- 9) pertinência ou não dos magistrados em se manifestarem sobre os estes aspectos “não - jurídicos” dos conflitos judiciais de família
- 10) como entendem a autoridade do Magistrado nos conflitos caracterizados mais pelas questões “não- jurídicas”
- 11) a pertinência dos serviços criados ou a necessidade de criação de outros – dentro e fora do Poder Judiciário

12) quais os recursos devem ser utilizados e/ou para onde os envolvidos devem ser encaminhados para solucionarem as questões referidas acima:

- (a) utilização de fontes de informações
- (b) conhecimento e utilização de técnicas de conciliação ou mediação visando à realização de acordos
- (c) busca de assessoria de outros profissionais com qualificação não jurídica para esclarecimento do conflito bem como delegação de intervenção sobre os mesmos.

Entrevista centrada - pontos “abordados imperativamente”:

Considerando o direito como uma norma racionalmente elaborada e o(a) Magistrado(a) como detendo uma autoridade delegada e legitimada pela mesma racionalidade, como o(a) sr(a) avalia as seguintes questões quando elas se apresentam ao Poder Judiciário. São questões para o Poder Judiciário ou deveriam ser encaminhadas por outro tipo de autoridade?

- (a) direitos dos membros da família individualmente
- (b) homossexualismo e transexualismo
- (c) AIDS
- (d) abuso sexual - incesto
- (e) reprodução assistida
- (f) direito de morrer com dignidade
- (g) aborto terapêutico.