

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

**A JUSTIÇA E A VIDA. UM ESTUDO SOCIOLÓGICO DA
JUDICIALIZAÇÃO DO ABORTO PREVENTIVO NO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA GAÚCHO**

Dissertação de Mestrado

Paula Deconto

Porto Alegre

2013

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

PAULA DECONTO

**A JUSTIÇA E A VIDA. UM ESTUDO SOCIOLÓGICO DA
JUDICIALIZAÇÃO DO ABORTO PREVENTIVO NO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA GAÚCHO**

Dissertação apresentada como
requisito para obtenção do título de
Mestre em Sociologia

Orientador: Prof. Dr. RAÚL ENRIQUE ROJO

Porto Alegre
2013

Banca Examinadora

Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo

PPGS da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof^a. Dr^a. Maíra Baumgarten Corrêa

PPGS da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof^a. Dr^a. Ligia Mori Madeira

PPGCP da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha

PPGCCRIM da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Ao meu pai, Ely Antonio
Deconto (*in memoriam*), pelo
exemplo de homem público e pai
amoroso.

Ao Cândido, por ter sempre
acreditado em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo, pelas aulas de Sociologia Jurídica que instigaram os meus primeiros passos nesta seara, bem como pelo auxílio na tarefa de lapidar esta nova forma de caminhar intelectualmente.

Agradeço a todos aqueles que, de algum modo, contribuíram para a realização deste trabalho: Jean-Pierre Vernant, Jorge Worm, Sidnei, *in memoriam*, e Gustavo Nakle, Analice Palombini, Ângela Ceccon, Gabriel Eidelwein Silveira, Bonina, Luis Carlos Andrade da Silva, Regiane (PPGS), Denise Bruno, Guisela.

*Los psicoanalistas consideran
que la verdad primera del hombre es
su relación con su propio cuerpo y el
de sus semejantes en el seno de la
sociedad.*

(Simone de Beauvoir – *El segundo sexo* – Debolsillo, 2011, p. 50)

RESUMO

A jurisdicionalização das demandas sociais e políticas acontece nas sociedades democráticas ocidentais a partir do segundo pós-guerra. Tal fenômeno encontra-se estampado nas causas submetidas ao julgamento dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que versam sobre o aborto preventivo. Nas referidas demandas, o magistrado é instado a se pronunciar sobre tema de grande relevância social, muitas vezes em face da omissão da lei, valendo-se de conceitos de outras áreas do conhecimento para amparar o seu julgamento. Questiona-se de que forma as suas convicções pessoais, filosóficas, religiosas e, de formação, influenciam, ou não, nestas decisões. A perda da autoridade é apontada como uma das causas da jurisdicionalização, tendo em vista que nas sociedades tradicionais o conselheiro espiritual, o chefe de família, o médico ou o sacerdote, decidiam questões vinculadas à tomada de decisões éticas, religiosas e políticas. Os juízes, frente à perda de autoridade das magistraturas sociais, se comportam como últimos guardiões da democracia em nossas sociedades contemporâneas. O trabalho demonstra de que forma os desembargadores gaúchos, enquanto atores sociais, interpretam este papel, esclarecendo a existência, ou não, de algum desconforto ao tomarem tais decisões. O lugar em que é cumprido seu papel é aquele próprio de uma estrutura burocrática do Estado racional, com as consequências que decorrem de tal situação. A decisão judicial e a decisão médica, ainda que possuindo semelhanças, se diferenciam, porquanto esta última se funda em uma relação de confiança, enquanto a outra gera uma desconfiança. O trabalho comprova que nas demandas que versam sobre o aborto preventivo surge a temática da lógica dos problemas do corpo, que aflige o cidadão contemporâneo, em sua crise de identidade. Neste contexto, a sociedade de hoje não requer tão somente o conselho do sacerdote ou a prescrição do médico de família, mas também a decisão do magistrado, que deve pronunciar-se quando ocorrerem dúvidas a respeito desse assunto.

PALAVRAS-CHAVE: JURISDICIONALIZAÇÃO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA GAÚCHO. ABORTO PREVENTIVO. CRISE DE AUTORIDADE. LÓGICA DOS PROBLEMAS DO CORPO.

ABSTRACT

The jurisdictionalization of the social and political pleas happens in the western democratic societies from the second post-war period on. Such phenomenon is clear in the causes submitted to the Court judges' trial of the Rio Grande do Sul State Court of Justice, that deals with preventive abortion. In the above mentioned pleas, the magistrate is urged to assert about a theme of great social importance, many times due to the law omission, using other areas knowledge concepts to support their trial. It is questioned in what way the magistrate personal, philosophical, religious and of formation convictions influence or not, on these decisions. The loss of authority is pointed as one of the causes of the jurisdictionalization, having in mind that in the traditional families, the spiritual counselor, the family head, the doctor or the priest, used to decide the issues linked to the ethical, religious and political decisions. The judges, considering the loss of authority of the social magistracies, behave as the last democracy guardians in our contemporary societies. This study demonstrates in what way the Rio Grande do Sul magistrates, as social actors, interpret this role, clarifying the existence or not of some discomfort in taking that decisions. The place where the magistrates fulfill their role is the own bureaucratic structure of the rational State, with the consequences that result from this situation. The judicial decision and the medical decision, although having similarities, differentiate themselves, inasmuch as the latter is established in a reliable relation, whereas the other generates a distrust. This research proves that in the pleas that deals with preventive abortion it emerges the theme of the reasoning of the body problems, that afflicts the contemporary citizen, in his/her identity crisis. In this context, today's society not only needs the advice of the priest or a prescription of a doctor of the family, but also the decision of the magistrate, who should express his/her opinion when doubts occur about this matter.

KEYWORDS: JURISDICTIONALIZATION, RIO GRANDE DO SUL STATE COURT OF JUSTICE, PREVENTIVE ABORTION, AUTHORITY CRISIS, REASONING OF THE BODY PROBLEMS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A JURISDICIONALIZAÇÃO.....	19
1.1 O FENÔMENO DA JURISDICIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS.....	19
1.2 O PERFIL DO MAGISTRADO BRASILEIRO E DO MAGISTRADO GAÚCHO.....	33
1.3 A QUESTÃO DA INDEPENDÊNCIA DO JUIZ.....	40
1.4 O ASPECTO POLÍTICO DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA.....	46
1.5 A OPINIÃO PÚBLICA COMO UM LIMITE GERAL AO EXERCÍCIO DO PODER JUDICIÁRIO.....	49
2 A PERDA DA AUTORIDADE E A JUSTIÇA.....	52
2.1 O PARADOXO DA AUTORIDADE.....	68
3 A LÓGICA DOS PROBLEMAS DO CORPO.....	90
CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS	128

INTRODUÇÃO

Este estudo pretende problematizar o fenômeno da judicialização no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a partir de demandas que versam sobre o aborto preventivo. Parte-se do conceito de “jurisdicionalização dos conflitos sociais”, como o processo que se manifesta quando atores sociais, reconhecendo-se como sujeitos de direitos, “tomam a decisão de submeter a definição de suas demandas ao procedimento dos tribunais, ou de um terceiro (proveniente do âmbito administrativo ou ainda da esfera privada) que aja seguindo formas adjudicatórias” (ROJO, 2003, p. 24). A jurisdicionalização, que aparece no contexto das sociedades ocidentais a partir do segundo pós-guerra, tem como característica, ainda, a submissão de demandas aos tribunais, ou a terceiros, quanto a conflitos que, nas sociedades tradicionais, eram solucionados pelas magistraturas sociais. É com o advento da crise de autoridade em nossas sociedades, portanto, que muitos desses conflitos são direcionados ao Poder Judiciário.

A nossa motivação para efetuar a presente pesquisa partiu do fato de ter exercido a função de Oficial de Gabinete na Justiça Federal de 1º Grau da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul por mais de sete anos, e ter-nos deparado com certa dificuldade em minutar decisões nas quais o tipo legal era aberto, ou se apresentava a lacuna da lei no caso respectivo. Surpreendia-nos a constatação de que a norma jurídica não trazia a resposta para o caso concreto (ao contrário do que esperávamos quando iniciantes na carreira, recém oriundos dos bancos universitários), e nos sentíamos como que movidos na busca da decisão mais justa, mais prudente, a ser tomada.

Pensamos, assim, que buscar a justa medida nas decisões que versam sobre o aborto preventivo, nas quais está em jogo o direito à vida (quase um “supradireito” em nosso ordenamento jurídico) da gestante e do nascituro, em face do tipo legal aberto quanto à definição do que seja o “risco de vida da mãe”, deve ser difícil para os magistrados. Ao mesmo tempo, tais demandas

serviriam como “reveladoras” do “perfil” e da natureza do engajamento dos desembargadores chamados a decidi-las.

O direito brasileiro¹ prevê que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”, além de ressaltar que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Fica claro, na norma legal referida, o tênue liame que separa os fundamentos jurídicos daqueles sociológicos quando o magistrado, ao decidir, soluciona o conflito entre as partes no caso concreto, principalmente quando se depara com a omissão da lei, prestando, assim, a função jurisdicional que lhe é própria.

Partindo desta ideia central, acreditamos que se torna relevante estudar quais pressões sociais, crenças, valores, ideologias, influenciam os magistrados quando decidem demandas nas quais são discutidos o aborto preventivo, circunstâncias nas quais, muitas vezes a omissão da lei exige do julgador que volte seu olhar sobre o contexto social em que estas demandas são formuladas. Pensa-se que, nos julgamentos que envolvem o tema em questão, decidido nas sociedades tradicionais pelo sacerdote, ou pelo médico de família, permeiam-se convicções religiosas e filosóficas, exigindo-se do magistrado o cumprimento de um papel social para o qual a academia não o preparou.

Mostra-se, assim, desafiante, compreender o processo de judicialização no Tribunal de Justiça do RS, quanto às demandas que versam sobre o aborto preventivo, pois se entende que, ao decidir questões sobre as quais, muitas vezes, não existem soluções específicas nos dispositivos legais a respeito, o magistrado é influenciado por questões culturais e sociais de seu meio: classe social, educação, religião, experiência profissional, formação universitária, entre outras.

Quanto ao perfil desses desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho como um todo, podemos dizer que: do total de 112 desembargadores

¹ Especificamente, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

ativos, 83 são homens e apenas 29 são mulheres; 67 nasceram no interior do Estado, 42 na Capital, e três nasceram em outros Estados da federação; 64 se formaram em universidades públicas e 48 em universidades particulares; a idade dos desembargadores se situa entre 40 e 60 anos; todos iniciaram a sua carreira no interior do Estado, e depois foram promovidos à Capital; 44 ingressaram diretamente na carreira de juiz de direito, 36 foram, inicialmente, pretores, 19 são representantes do quinto constitucional (nove da OAB e 10 do Ministério Público), e três foram defensores públicos.

O objetivo desta pesquisa, portanto, é comprovar como e porque o fenômeno da judicialização afeta ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos casos de aborto preventivo, e estudar os fatores sociológicos, extralegais, que influenciam a tomada de decisão dos magistrados desse tribunal quando defrontados a esses casos.

A pesquisa pretende, assim, esclarecer as razões que levam os juízes a tomar determinado tipo de decisão nos casos referidos, quando chamados a agir como novos “magistrados sociais”, propiciando uma reflexão mais abrangente sobre o papel desempenhado pelo juiz na sociedade contemporânea, quando decide sobre questões que tradicionalmente eram encaminhadas a figuras de autoridade hoje em crise.

Pensa-se, ainda, que a delegação referida gera nos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho um notório desconforto vinculado à obrigação de cumprir um papel que não lhes cabia nas sociedades tradicionais. Também se parte do pressuposto de que os juízes assumem com frequência o papel de última figura de autoridade legítima em nossas democracias, e que o Direito, nesses casos, se converte na última moral compartilhada pelos cidadãos de democracias secularizadas, como a nossa.

Utilizaremos como método de pesquisa a análise documental, mediante o estudo de acórdãos constantes do banco de dados virtual do Tribunal de Justiça gaúcho, e a análise de conteúdo, mediante a realização de entrevistas semiestruturadas, com questões abertas, buscando-se uma análise mais qualitativa que quantitativa das referidas decisões.

Importante ressaltar que, conforme lembrado por Quivy, “os métodos de entrevista e de observação” serão frequentemente acompanhados “pela análise de documentos relativos aos grupos e fenômenos estudados” (QUIVY, 2008 p. 204). Tal será o método empregado nesse trabalho investigativo, eis que comparar-se-á o conteúdo dos acórdãos com o das entrevistas, a fim de identificar-se o fenômeno da jurisdicionalização no contexto especificado.

Dos cem acórdãos disponíveis no banco de dados do Tribunal de Justiça gaúcho sobre o tema de aborto, apanhou-se para análise cinquenta deles (decisões proferidas no período de 2001 a 2012) que tratavam, efetivamente, sobre o aborto preventivo, e que também não versavam apenas sobre questões de competência do juízo. Estas decisões foram proferidas por aproximadamente vinte e sete desembargadores distintos, tendo três deles se aposentado. As entrevistas foram efetuadas com um terço desta amostra (oito desembargadores), preferencialmente com os Relatores dos acórdãos analisados (cinco dos oito entrevistados foram Relatores). Ressalta-se, ainda, que no decorrer da pesquisa efetuada junto ao tribunal respectivo, e tendo em vista a sua repercussão no âmbito daquela corte, tivemos a oportunidade de entrevistar uma desembargadora que se ofereceu para fazer parte da pesquisa, face à relevância do tema (no seu entender), e ao fato de que, na perspectiva de seus colegas, teria muito a contribuir para o trabalho. Pois, além de ter especialização em Psicologia, atuou por muito tempo em Varas de família, conhecendo a lógica dos problemas do corpo no contexto familiar, que se relaciona com as demandas de aborto preventivo, aqui estudadas.

Seguindo a sugestão de nosso professor-orientador, inovamos no que tange ao método, fazendo dialogar ao longo de toda a dissertação a teoria com a empiria, de forma que se fazem escutar polifonicamente as vozes dos autores que têm fornecido as categorias sociológicas a partir das quais tratamos nosso material empírico, com as vozes dos nossos entrevistados e o resultado de seu labor jurisdicional. A fim de preservar o anonimato dos entrevistados, utilizamos nomes fictícios em língua inglesa para designar os desembargadores respectivos e dificultar a coincidência (mesmo por acaso) com pessoas reais.

Entendemos que o presente estudo se justifica pelo fato de que assistimos, hoje, a um deslocamento do “espaço” da democracia. Uma nova representação da política substitui a antiga. A Justiça toma, muitas vezes, o lugar da administração e do governo (que não desaparecem, porém) como espaço em que a democracia se constrói.

O aborto preventivo, como todos os institutos jurídicos, obtêm eficácia última na medida de sua legitimidade sociológica, isto é, de sua aceitação social. Destarte, sua percepção e acolhimento social sofreu diferentes avatares, que aparecem hoje nos fundamentos das decisões judiciais que procuram dar soluções a certas demandas. Pensa-se que o juiz, como membro da sociedade, não fica alheio ao contexto sociopolítico em que vive. E que, como ator social, interpreta o seu agir (lhe dá um significado), e age também em relação aos demais atores sociais.

A relevância social desta pesquisa é reforçada pelo espaço que a Bioética tem conquistado no mundo contemporâneo e pela valorização do direito à vida digna e do direito à saúde, consagrados na Constituição Federal de 1988. Por sua vez, o avanço tecnológico na área da Medicina tem permitido a realização de diagnósticos cada vez mais detalhados sobre a saúde da gestante e do nascituro, colocando em foco o tema do aborto preventivo.

Procurar-se-á, neste trabalho, dividir o tema a ser estudado em três tópicos principais, muito antes para efeitos expositivos do que em função de um rigor na separação teórica. Em um primeiro momento, trataremos de explanar sobre a jurisdicionalização, abordando-se, em tal capítulo preambular, cinco aspectos deste fenômeno: a jurisdicionalização das demandas sociais e políticas, o perfil do magistrado brasileiro e do magistrado gaúcho, a questão da independência do juiz, o aspecto político da atividade judiciária e a opinião pública como um limite geral ao exercício do Poder Judiciário. Nesta primeira parte do trabalho, abordaremos as ideias do cientista social e magistrado francês Antoine Garapon, bem como de Luiz Wernnek Vianna, Boaventura de Sousa Santos e Carlo Guarnieri, entre outros autores que dialogam entre si.

No capítulo dois, por sua vez, trataremos da perda da autoridade relacionada ao novo papel atribuído aos juízes, iniciando-se pelo conceito desenvolvido pela filósofa Hannah Arendt, a partir do estudo dos filósofos gregos, e da experiência romana. Em seguida, passaremos à análise da autoridade em Weber, tendo em vista que, para estudar-se a perda de autoridade em nossas sociedades contemporâneas, como propõe Arendt, é preciso compreender-se de que forma ela está estruturada. Pensa-se que a noção de burocracia trazida por Weber é fundamental para delinear os contornos da autoridade, e o seu declínio na modernidade tardia, que ele não chegou a conhecer. Também será efetuada, neste capítulo, uma comparação entre a decisão médica e a decisão judicial, conforme proposto por um autor de nossos dias, Paul Ricoeur, que dialoga com as ideias de Arendt, Garapon e Weber.

No terceiro capítulo deste estudo abordaremos a lógica dos problemas do corpo, a partir das obras mais recentes de Alain Touraine, como “A Procura de Si”, “Um Novo Paradigma”, “Um Mundo de Mulheres” e “Pensar Outramente”. Pensa-se que a tomada de decisão dos desembargadores do Tribunal de Justiça de nosso estado quanto às demandas de aborto preventivo, a ser por nós analisada, está permeada pela lógica dos problemas do corpo apontada por Touraine. Segundo o sociólogo francês, o corpo humano, hoje, cumpre o papel de um dos últimos redutos da identidade, para o sujeito de nossas sociedades fragmentadas. Desta forma, os temas da Bioética, relacionados ao início e ao fim da vida, estão cada vez mais presentes no debate social, na mídia, e nas esferas governamentais. As demandas sobre o aborto preventivo, a serem aqui analisadas, trazem à lume este tema, pois nelas se coloca em questão, além do corpo da gestante (que sofre o conhecido processo de transformação durante o período gestacional) e do nascituro, uma vida a ser iniciada, muitas vezes, com o risco da outra.

Como antes referido, a divisão do presente trabalho em três capítulos tem um objetivo muito antes expositivo do que teórico, pois, na realidade, a perda da autoridade (capítulo dois) e a lógica dos problemas do corpo (capítulo

três) estão inseridas na jurisdicionalização, podendo-se dizer, segundo o marco teórico acima referido, que são uns de seus fatores causais (entre outros).

Prosseguindo-se, assim, o nosso raciocínio, podemos dizer que o presente trabalho traz em seu bojo o debate sobre um momento fundamental da existência humana - o nascimento – que sofre ameaça de morte. Além do fato de que, com o advento da psicanálise os conceitos de morte e nascimento sofreram mutação de significado, simbolizando os períodos de transformação que ocorrem na existência humana, o nascimento e a morte físicas são acontecimentos que, apesar de todo o avanço tecnológico e transformações da humanidade, exigem que o homem se sujeite inexoravelmente a uma lei que foge ao seu controle racional. Talvez por esta razão cada vez mais são debatidos em nossa sociedade temas que aludem ao momento em que se inicia a existência humana; momento, este, a partir do qual o feto mereceria a proteção social, por já ser titular de direitos.

O foco principal do debate aqui trazido trata do fato de que a sociedade de hoje nos deixa perplexos com o direcionamento, de questões tão cruciais como estas, aos magistrados, que devem, em última instância, dizer qual o momento exato do início da vida de determinado ser humano. É, por exemplo, o caso da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, permitindo a pesquisa com embriões humanos, já que, no seu entender, o início da vida se daria tão somente a partir do momento da nidação, quando o óvulo se prende à parede intra-uterina.

Temas, assim, antes submetidos à decisão dos conselheiros espirituais, mestres, notáveis do lugar, são submetidas a agentes públicos, que dotados de poder político pela Constituição Federal, têm o poder-dever de decidir qual a melhor solução ao caso concreto que lhe é apresentado. E, o que é muito relevante, não podem alegar a falta de norma escrita como argumento para deixarem de decidir a questão que lhes é posta. Circunstância, esta, advertida pelos cidadãos que têm convertido o Tribunal em seu novo espaço de debate social.

Antoine Garapon tem abordado a questão acima explanada com a maestria de um bom sociólogo, e a experiência que lhe oferece a sua prática de magistrado na sociedade atual. Discorrendo sobre o sistema judiciário francês, o qual é oriundo da família romano-germânica assim como o brasileiro (embora tenhamos, hoje, um sistema híbrido em nosso país), aponta que esta expectativa da sociedade em relação ao juiz para decidir tais matérias de ordem simbólica, esperando uma solução quase que "milagrosa", decorre da origem latina de nossa cultura (GARAPON, 2001). Ao invés de buscar dentre várias soluções plausíveis a mais aplicável ao caso concreto - como ocorre nos países da *Common Law* - busca-se que o "juiz-salvador" traga a solução pronta, e milagrosa, que faria cessar o desconforto do conflito instalado.

A mídia também surge como um novo ator no contexto sócio-jurídico contemporâneo, com suas benesses e malefícios. No caso de o juiz ir perdendo espaço e autoridade na hierarquia interna do Poder Judiciário, poderá utilizar-se da mídia para protegê-lo em suas decisões que afrontarem o *status quo*, ou poderá auxiliá-lo nas promoções da carreira. Por outro lado, se a hierarquia interna da instituição for acentuada, e ele se sentir protegido para decidir, a mídia não terá tanta influência em sua decisão.

Vale mencionar, por fim, que o tema escolhido para este trabalho detém, ao nosso ver, um simbolismo religioso, pois a vida e a morte sempre foram objeto das religiões da humanidade, que têm uma cerimônia (o batismo) para receber o recém-nascido, e um ritual para a despedida do falecido (como a extrema unção, no catolicismo).

Neste momento significativo e simbólico em que se dá o nascimento, ou em que se quer evitá-lo, a sociedade de hoje parece não requerer tão somente o conselho do sacerdote ou a prescrição do médico de família, mas também a decisão do magistrado, que deve pronunciar-se quando ocorrerem dúvidas a respeito desse assunto.

Sabemos que o trabalho não esgotará as possibilidades de abordagem do tema, tendo em vista o seu amplo espectro e as constantes inovações sociais que exigem das autoridades judiciárias novas soluções para os casos

concretos apresentados. Mas o trabalho, como se verá, procura demonstrar de que forma ocorre a jurisdicionalização no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, utilizando, como pano de fundo, as demandas sobre aborto preventivo, face à omissão da lei quanto a este tema que, pensamos, levaria os desembargadores a se sentirem compelidos a expressar suas convicções filosóficas, religiosas, entre outras, ao decidirem tais ações judiciais. Apressamo-nos a salientar, assim, que os limites impostos ao presente estudo impediram que fossem abordados todos os aspectos controvertidos em relação ao assunto, em que pese sua natureza tão instigante.

1 A JURISDICIONALIZAÇÃO

1.1 O FENÔMENO DA JURISDICIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS

O fenômeno da judicialização das demandas sociais e políticas nas sociedades democráticas ocidentais passou a acontecer pelo mundo afora a partir do segundo pós-guerra. Antoine Garapon afirma que a extensão do controle do juiz procede quase sempre de “uma delegação do próprio poder político” (GARAPON, 1999, p. 46), que o investiu, de fato, com algumas de suas competências. A promoção política do juiz traduz menos, porém, uma troca dos titulares da soberania, que uma evolução da referência da ação política; menos uma rivalidade que uma influência recíproca.

Os magistrados são perfeitamente conscientes disso. Assim, o desembargador Adam, por nós entrevistado, explica que o Judiciário intervém em decisões de vários órgãos estaduais e federais: processo administrativo fiscal; direitos dos servidores; decisões do Ministério Público sobre direito ambiental. Há, segundo ele, compromissos entre o Estado do RS e a União; há uma composição de atuação. Para ele, o Judiciário intervir nestas demandas é natural. O que importa, para ele, é que os três Poderes tenham qualidade na prestação do serviço. Exemplifica com a questão da saúde, mas ressalta, entretanto, que o cidadão que reclama que os outros que estão na fila demoram muito dentro do consultório do SUS, quando ele é atendido quer a maior demora possível. Por isto, ressalta que, socialmente, a seu juízo, o importante é a questão da “fraternidade”. Considera muito importante o problema da entrega da prestação do serviço; se o médico vai atender o paciente, não pode apenas dizer que vai morrer daqui a dois meses, e que pode sair do consultório para que atenda a outro paciente; não é uma questão de produção. Afirma que, no Judiciário, também a parte não quer saber se houve seiscentos julgados: ela quer o dele, embora possa sentir-se injustiçada. O importante, para o desembargador citado é que a decisão esteja bem fundamentada, até para permitir que, no caso de a parte não se convencer, possa continuar o litígio, buscando a qualidade da prestação do serviço.

O fenômeno da delegação do poder político aos magistrados não é, todavia, pacificamente aceito. C. (Chester) Neal Tate, professor catedrático da Faculdade de Ciências Políticas na Universidade do Norte do Texas, EUA, relata que muitos autores criticam a ingerência da justiça no campo da política. Pensam que as questões políticas de maior importância não deveriam ser decididas por instituições de fraca legitimidade majoritária, como, a seu juízo, seriam os tribunais, porque poderia ser “antidemocrático e prejudicial à legitimidade e à eficácia das instituições majoritárias, como são o Poder Legislativo e Executivo, livremente eleitos” (TATE, 1997, p. 310). Alguns autores descrevem, segundo Tate, tal incremento da importância política dos tribunais, como consequência de uma incipiente derrocada da democracia. Entretanto, na visão do autor, a contribuição das instâncias judiciais à queda da democracia depende da medida em que os juízes decidem acerca dos conflitos que lhe são submetidos, e até que ponto suas decisões são acatadas. Além disto, Tate ressalta que a escassez de trabalhos teóricos sobre o papel dos tribunais em um processo de democratização da sociedade não reflete a sua importância em tal processo, pois o Poder Judiciário sempre teve papel fundamental no desaparecimento, na restauração e na manutenção da democracia e dos direitos liberais a ela associados. Frisa, ainda, que a proteção e o desenvolvimento de tais direitos, está “entre as funções mais importantes que os tribunais desempenham ou deveriam desempenhar” (TATE, 1997, p. 310).

Garapon mantém a mesma linha de raciocínio ao frisar que os magistrados, nas sociedades democráticas ocidentais contemporâneas, se têm convertido nos últimos fiadores da promessa democrática que teriam formulado os assinantes do pacto fundador, do contrato social mítico que está em nossas origens (GARAPON, 1999). Segundo ele, ocorre um fenômeno de influência recíproca entre a justiça e a política, como antes referido: uma politização do raciocínio judicial (os direitos individuais e formais suplantam os direitos coletivos e substanciais), ao mesmo tempo que uma judicialização do discurso político (pois as reivindicações políticas se expressam cada vez mais em termos jurídicos que ideológicos). O centro de gravidade da democracia,

portanto, parece deslocar-se, aos poucos, do “Capitólio ao Foro”, como diz Raúl Enrique Rojo (2003, p. 28). A sociedade requer uma ação coletiva justa, que seja legítima porque tem obtido a chancela de uma autoridade reconhecida, dando corpo, assim, a uma nova ética da deliberação coletiva. Passa-se a valorizar mais uma instância neutra e imparcial, com transparência e regularidade processual, do que o exercício solitário de uma vontade política, fruto muitas vezes de uma delegação e que escapa a toda forma de “accountability”² (O’DONNELL, 1998). Rojo afirma que o processo se transforma, desta sorte, no novo paradigma da ação política, dando origem a toda uma série de significantes inéditos: “mais que o juiz, é o processo que se encontra no centro deste novo imaginário” (ROJO, 2003, p. 22).

O juiz passa a encarnar, para Garapon, o espírito público desinteressado. Segundo ele, não há, entretanto, uma transferência da soberania do povo para o juiz, mas sim, uma metamorfose do sentimento de justiça. Pois, para ele, a transformação do papel do juiz corresponde às novas feições da própria democracia. A Justiça ocupa, hoje, assim, um “lugar simbólico”, devido à possibilidade da intervenção dos magistrados para dirimir diversas demandas sociais que vão muito além dos conflitos jurídicos. O direito passa a ser não apenas expressão da obrigatoriedade da lei, mas também a representação da possibilidade de se submeter um comportamento ao exame de terceiros. Rojo insiste, neste sentido, que “se o interesse geral não tem mais servidores, ele procede de uma lógica de guerra fria, na qual todos se respeitam por juristas interpostos” (ROJO, 2003, p. 22).

Concordante com este parecer, o desembargador John afirma que, no Brasil, a questão se encaminha, um pouco, no sentido de o Direito ser a última moral compartilhada, tendo em vista que não se encontra soluções na área política. Exemplifica com as ações de massa contra os bancos; afirma que “em um país no qual há maior noção ética, uma vez definidos os padrões dos juros, os bancos cumprem tal obrigação antecipadamente”, sem a necessidade do ajuizamento de demandas. Assim se manifesta: “aqui no Brasil, a norma não se

² Verifica-se, pois, que a ideia contida na palavra *accountability* traz implicitamente a responsabilização pessoal pelos atos praticados e explicitamente a exigente prontidão para a prestação de contas, seja no âmbito público ou no privado (O’DONNELL, 1998).

cumpre”.

Vários dos magistrados por nós entrevistados percebem no seu dia a dia estas mudanças, que atribuem a distintas causas. Assim, o desembargador Gregory referiu, a sua vez, que uma causa do aumento das demandas no Poder Judiciário decorre do fato de que o entendimento nos tribunais não ser pacífico. É o exemplo, segundo ele, da prisão domiciliar: “ se todas as Câmaras Criminais a admittissem, o MP não recorreria”. Por isto, afirma ser favorável à uniformização da jurisprudência, que, para ele, seria a salvação do Judiciário. O problema disto, segundo o desembargador entrevistado, “é que tal uniformização mexe com o ego dos juízes, pois os obriga a aceitar uma decisão superior, baixar a cabeça e cumprir”. Ressalta que os tribunais superiores (como é o caso do STJ) não cumprem a sua função uniformizadora; que, aliás, é a sua única função: “lá há muita divergência”. Frisa que a súmula vinculante não resolve o problema, pois “há uma cultura da discussão no Poder Judiciário”, e até o momento, em matéria criminal, existem apenas três súmulas vinculantes no STF.

Para a desembargadora Nancy é fundamental o juiz investir na solução do problema; não apenas se fixar na sentença, e em acabar logo com o processo. E acrescenta: “estatística não é resolver o problema; embora o caminho mais fácil seja resolver o processo”. Explica, a desembargadora, que o juiz julga pela prova trazida ao processo, e que, nem sempre, as partes têm a dita prova, porque as demandas são complexas. Seria preciso, portanto, chamar à atenção para a responsabilidade e honestidade do magistrado quanto à “causa” do litígio, a fim de buscar a melhor solução. Segundo ela, para isso, a formação do magistrado é fundamental. “Se não por experiência de vida, deve buscar estudos técnicos” - salienta. E continua: “ precisa de leituras e cursos que não sejam da área jurídica. Pois a academia não prepara para tais decisões”.

Aliás, o termo “judicialização” dos conflitos só dá conta de uma parte (muito importante, com certeza) do fenômeno: quando o terceiro procurado para solucionar a demanda é um juiz. Por isso, Rojo o tem substituído pelo

termo “jurisdicionalização” das demandas sociais e políticas. Com efeito, se há uma propensão crescente a encomendar a solução de alguns conflitos a uma instância simbólica, que deveria proporcionar referências coletivas, tal demanda pode ser dirigida tanto a um tribunal judicial, quanto a uma instância administrativa ou privada, que “diga o que é justo”, que se erija em uma “jurisdição” que pronuncie o direito³. Nós falaremos, então, de “judicialização” no seio do Tribunal de Justiça gaúcho, mas sem esquecer que seu agir faz parte de um fenômeno social mais largo, o da “jurisdicionalização” (ao qual aludiremos cada vez que nos referirmos ao processo adjudicatório dentro e fora do tribunal).

Rojo afirma que mesmo se este recurso à lei e seus juízes pode permitir acabar com um impasse político e obrigar o Estado a tomar certas decisões, pode também surtir o efeito contrário e transformar-se em um mecanismo que postergue as decisões, submetendo-as a um espaço técnico e expert longe das ruas e seus militantes. Por isso, deve lembrar-se que toda vez que se jurisdicionaliza um conflito, se o dessocializa, pois se coloca os atores sociais no papel de cidadãos atomizados (titulares de direitos e obrigações), já que a Justiça introduz uma relação de individuação no campo social. Não nega o autor, porém, que tal estratégia pode permitir “passar por cima de alguns dos obstáculos encontrados pela ação coletiva para articular e adicionar vontades políticas” (ROJO, 2003, p. 25), a tal ponto que conclui seu raciocínio afirmando que as demandas de controle jurisdicional e de funcionamento em um Estado de direito podem ser cruciais para o processo de consolidação das instituições democráticas, vindo ao encontro do pensamento desenvolvido por Tate e Garapon.

Garapon, por sua parte, refere, ainda, que nesse novo papel, o Judiciário e o direito passam, muitas vezes, a organizar a ação administrativa. Comenta que tal progressão da justiça permite que queiram ser transpostos perante uma jurisdição boa parte das reivindicações e dos problemas. Ressalta, entretanto, que nem sempre o debate acerca dos temas socialmente relevantes avança

³ Sublinhe-se que adotamos o termo jurisdicionalização, e, não, judicialização, no presente capítulo, devido a tal entendimento.

quando alçados ao meio jurídico, mesmo que colocados em termos constitucionais (transformados em direitos fundamentais).

Alerta para o fato de que a modernidade “mudou subitamente de escala as questões apresentadas à justiça” (GARAPON, 1999, p. 155), como acontece nos casos de bioética (relacionados a este estudo). Tais temas facilitam a compreensão do novo papel da justiça, na judicialização das demandas sociais e políticas. Como o progresso da ciência e das biotecnologias coloca questões muito novas que os próprios cientistas não sabem resolver, a justiça é convocada a dar solução a questões relativas à identidade do homem: Quando ele começa a ser tal? Um embrião é uma pessoa humana?⁴ Quando acaba a vida? São casos que remetem ao juiz problemas metafísicos – afirma Garapon – para cuja solução o direito positivo oferece pouco auxílio.

Estas circunstâncias não têm passado evidentemente despercebidas para seus principais atores, os magistrados. O desembargador Henry do Tribunal de Justiça do RS, por nós entrevistado, lembra que dentre os casos de jurisdicionalização dos conflitos sociais e políticos que chegaram às suas mãos para julgar, encontravam-se os que versam sobre o aborto preventivo. Ressalta que como o STF proferiu decisão liminar permitindo o aborto do anencéfalo, estes casos serão, agora, regulados pelo Conselho Federal de Medicina, restando decididos apenas na instância médica. Entretanto, tal se dá apenas neste caso (anencefalia total), existindo, todavia, muitos outros problemas do feto que ensejam decisão judicial.

O desembargador Jeremy menciona como exemplos de demandas nas quais a crise das figuras de autoridade civil delegou aos magistrados a solução de demandas polêmicas, as que tratam sobre criminalidade viária e sobre o direito à saúde. Indagado se sente algum desconforto em julgar demandas nas quais as decisões fáticas não estão previstas em lei, como ocorre no exemplo do aborto preventivo do feto anencéfalo, inclusive no caso de a decisão ser

⁴ Em 29/05/2008 seis dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal votaram a favor do uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas, julgando improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles (ADI 3510), contra o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105, de 25/03/2005).

contrária ao parecer do perito médico ou de outro *expert*, responde negativamente. Ressalta, entretanto, que o julgamento de demanda na qual foi solicitada autorização para interrupção da gravidez de feto anencéfalo foi o caso que lhe marcou sobre este assunto.

O desembargador Gregory lembrou que, quando julgou tais demandas de aborto preventivo, um Procurador de Justiça era contrário ao aborto preventivo pelo fato de ser espírita, e outro, por questões pessoais. Mas – ressalta ele – “o fato de o MP – Ministério Público ou o Procurador de Justiça ser contrário ao aborto nunca me causou pressão”. Ressalta que o TJ gaúcho sempre foi muito inovador em suas decisões.

O desembargador Antony, a seu turno, ressalta ser inegável a influência de crenças, valores e ideologias próprias do juiz, bem como de seu meio profissional, nos acórdãos em que deve decidir devido à ausência de regramento legal a respeito. “Isto faz parte da natureza humana e, sendo assim, não seria diferente com o magistrado, o que, a meu sentir, não importa em prejuízo às partes”. Ressalta, entretanto, que isto não tem que confundir-se com a “parcialidade” do julgador, “essa, sim, prejudicial à prestação jurisdicional e vedada pelo ordenamento jurídico”.

O desembargador Jeremy também entende que as crenças, valores e ideologias do magistrado e do seu meio profissional influenciam de alguma forma nas decisões. Da mesma forma pensa o desembargador Gregory, tendo acrescentado este que, no seu entender, tal ocorre porque “a visão de mundo influencia quem quer que seja: mas isto é limitado por lei, o que é bom.” Afirma que, no caso concreto do aborto, este envolve mais as ideologias do que outras matérias, além de envolver a religião, as pessoas não são indiferentes às experiências pessoais (ou de suas famílias) quanto ao assunto.

Indagado, ainda, o desembargador Antony, sobre o eventual desconforto na obrigação de decidir demandas em situações fáticas não previstas em lei, como no exemplo da anencefalia, cumprindo um papel que não cabia aos magistrados judiciais nas sociedades tradicionais, e se tal desconforto é acentuado no caso de a decisão ser contrária ao parecer do perito médico ou

de outra autoridade social, o mencionado desembargador respondeu que, em ambas as situações, não sentia qualquer desconforto, pois o princípio do livre convencimento motivado do juiz, ao analisar a prova dos autos, permite que ele tenha a liberdade de decidir acerca do conteúdo delas, desde que decida em respeito aos limites da lei e da Constituição. Lembra de um caso que lhe marcou sobre tal aspecto: o pedido de habilitação à adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, em que a Câmara do Tribunal de Justiça, a despeito de não haver previsão legal a respeito, decidiu por acolher a pretensão. Tal decisão baseou-se na prova dos autos, e em especial no estudo social apresentado, que evidenciava estar-se diante de um núcleo familiar regularmente constituído, e que inexistia qualquer óbice à habilitação. Lembra, também, de um caso em que foi autorizada a mudança de sexo no registro civil, sem a necessidade de o autor do pedido submeter-se à cirurgia prévia.

O desembargador Adam, nesta ordem de ideias, lembrou que o homem é um ser político, e que por isso traz uma carga cultural. Portanto, como o Judiciário é um Poder que provê os seus cargos com pessoas da população em geral, provenientes inclusive das camadas mais humildes, é um Poder que tem representação direta da população. Para ele, assim, não se trata de ideologismos, mas de uma questão cultural, de berço, de uma nação. “Há uma história dos antepassados, e uma carga. Pois o magistrado não decide só a questão individual, mas também a sua repercussão social”.

Interessante anotar que este mesmo desembargador faz sua a ideia de Garapon quanto ao ideal latino de proteção por parte das autoridades, que, segundo o autor referido, ocasiona, também, a jurisdicionalização das demandas sociais e políticas.

Anotemos que este entendimento tem-se concretizado em decisões reais. Por exemplo, o desembargador Gregory, ao proferir voto em favor do aborto preventivo, em decorrência do fato de o feto ser anencéfalo, se pronunciou sobre a questão nestes termos:

A questão posta nos presentes autos – pedido de autorização para interrupção da gravidez do feto anencéfalo – tem apontado com frequência a este Tribunal, e julgo poder afirmar com segurança que,

em nenhuma outra questão de direito, grassa tanta dissensão entre os magistrados, assim como entre os membros do Ministério Público, mesmo porque a matéria, além de seu conteúdo jurídico, é permeada por fatores emocionais e por conceitos filosóficos, morais e sobretudo religiosos.

Referiu nesta ordem de ideias, a desembargadora Nancy, que “há, em nossa cultura latina, a espera de um juiz salvador”, para resolver tais demandas. Segundo ela, a sociedade vê, muitas vezes, o magistrado como um ser superior, mágico, que resolve todos os problemas. Por outro lado, muitos magistrados se veem como “grandes derrubadores de pilhas (de processos), mas felizmente, muitos ainda veem muitas pessoas nestas pilhas”. Acrescentou que as situações do dia a dia afetam o juiz, e ele tem que controlar-se muito para não ser levado pela pena em relação à parte, ou pela raiva. Afirmando, assim: “ Tem que ver o outro lado, o ser humano. Ver quem é o réu, sua história; colocar-se no lugar dele, e das experiências que vivenciou. As situações que se julga são muito complexas. O juiz tem um espaço para agir como ator social, muito grande”.

A este respeito, resultam interessantes os questionamentos que Garapon (1999) traz sobre o tema deste trabalho, que versa sobre o início da vida, e sua eventual interrupção, ressaltando a função quase sacerdotal exigida do magistrado, quando decide tais demandas. No caso específico do aborto preventivo, pergunta-se: Em um caso de gravidez de gêmeos, quando apenas um dos fetos pode ser salvo, qual deles o médico deve escolher? E se eles forem de sexos diferentes? Caberia aos pais escolher? Seria melhor deixar ao acaso a resolução do evento? Garapon afirma que os médicos não se sentem mais capazes de assumir tais decisões sozinhos.

Os cidadãos de nossas sociedades confiam, assim, aos magistrados, últimos fiadores do Estado Democrático de Direito, questões que antes eram decididas no âmbito familiar, na relação médico-paciente, ou na privada intimidade do aconselhamento religioso.

O desembargador Jeremy traz como exemplo de demandas nas quais um motivo social prevaleceu sobre a norma jurídica para fundamentar a

decisão, o acolhimento do princípio da insignificância e o reconhecimento da prescrição antecipada.

O desembargador Gregory, por sua vez, ao referir decisão judicial na qual concedeu o aborto preventivo solicitado por um casal, em decorrência de doenças que adviriam ao nascituro (já tinham um filho com retardo mental e dificuldade motora por agenesia de corpo caloso), afirma que ampliou a interpretação da norma legal, a fim de preservar não só a saúde física da gestante, mas também a mental. Pois, segundo sua interpretação extensiva à lei, não é só a vida física que deve ser preservada, mas também a vida “digna”. Refere que o feto não sobreviveria, pois o cérebro é essencial à vida: mais que o coração.

Garapon lembra que em muitos países existe uma certa relutância do poder político em votar leis nesta área. E, por outra parte, tais conflitos seriam preferentemente direcionados aos juízes porque assim os políticos se livrariam de decidir questões provocados por questões morais, e politicamente difíceis, que transcendem as identidades políticas tradicionais. A desculpa do meio político para a extrema prudência quanto a tais temas, é a sua complexidade. Conclui, assim, seu raciocínio, afirmando que em relação a tais assuntos, paradoxalmente “aqueles que compreendem não podem julgar, e os que devem julgar não conseguem dominar sua complexidade” (GARAPON, 1999, p. 158).

Em tal ordem de ideias parece interessante a sistemática desenvolvida pela rede hospitalar em Porto Alegre, tal como referido pelo desembargador Henry, nos casos de gravidez de anencéfalos. Afirma que dois hospitais da Capital tinham uma estrutura organizada para tais casos: já orientavam a mãe a procurar a Defensoria Pública, para que ela desencadeasse o processo judicial. Pensa-se que como tal assunto foi um tabu por muito tempo, a sociedade criou um sistema criativo para resolvê-lo, que ocasionou a jurisdicionalização de tais demandas. Como referido acima, para tal tema sagrado, apenas o magistrado foi visto com autoridade bastante para decidi-lo.

Mas tal circunstância, às vezes, provoca certo mal-estar nos magistrados. Assim, quando entrevistado, o desembargador Henry afirmou

que, no seu entender, o Estado é laico, não podendo a religião do juiz pautar o mundo, de modo que, certos casos como os das Testemunhas de Jeová, que não querem receber transfusão de sangue, devem ser resolvidos respeitando-se a sua vontade. E não apenas para acatar seu parecer, mas porque se morrerem em decorrência da transfusão de sangue, a família ainda vai achar que foi um castigo, pela violação de tal lei religiosa.

Luiz Werneck Vianna (1999), a seu tempo, afirma que a invasão do direito no mundo contemporâneo vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas que são tradicionalmente de natureza privada, e que eram impermeáveis à ação do Estado (por exemplo, as relações de gênero no ambiente familiar e o tratamento dispensado às crianças por seus responsáveis). Esse novo panorama mundial – refere o autor – decorre da incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça, inclusive pela crise do *Welfare State*. Para Vianna, a emergência do Judiciário acontece em um contexto de ausência do Estado, das ideologias, e da religião, no qual se confere ao magistrado um papel que nas sociedades tradicionais era outorgado ao sacerdote ou ao conselheiro espiritual. Também fazem parte desse contexto, segundo o autor, a desorganização das estruturas familiares e associativas que continuamente permitem que o social “se identifique com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade” (VIANNA, 1999, p. 149).

Vale referir, a este respeito, a fala do desembargador Antony, por nós entrevistado, quando afirma que “em algumas situações submetidas ao Poder Judiciário, o julgador assume o papel de última figura de autoridade, tendo em vista que o contexto retratado nos autos deixa transparecer que o declínio das figuras de autoridade civil foi a causa principal da controvérsia instaurada”. Exigindo, assim, que o Poder Judiciário intervenha, para pôr fim ao conflito. Prosseguindo no seu raciocínio, o mesmo magistrado refere que “as significativas mudanças na organização da família, com redefinição dos papéis do homem e da mulher, e a conseqüente desintegração dos modelos

tradicionais, inclusive no que diz com a criação e educação dos filhos, trouxe fortes repercussões no exercício dos papéis parentais”. Explanando-se, assim, sobre a perda da autoridade do pai de família em nossas sociedades contemporâneas, o desembargador referido afirma que tais alterações estão aliadas “à desagregação própria dos centros urbanos, nos quais está inserida a família nuclear”. Tal fato, segundo o nosso entrevistado, “trouxe grande sensação de desamparo e de isolamento, de modo que muitos pais não sabem mais como educar os filhos e tentam compensar sua ausência com excesso de tolerância e total ausência de limites, que, não raras vezes, repercute nas relações dos filhos em sociedade”. Confirma, assim, a ideia exposta por Vianna, de que as estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas permitem que o social busque guarida no Poder Judiciário, para que este, mediante as decisões proferidas pelos magistrados, cumpra o papel de último guardião da democracia.

Neste sentido, Vianna ressalta que a judicialização das demandas sociais e políticas ocorre, ainda, pela busca de uma regulação de comportamentos e reconhecimento de identidades, mesmo que em um plano exclusivamente simbólico. Pensa-se no exemplo referido anteriormente (na nota nº 4), quanto à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro admitindo a pesquisa com células-tronco, julgamento este que obrigou à Justiça se pronunciar também acerca do início da vida, pois restou decidido que o embrião ainda não é um ser humano, ilustrando, assim, a dimensão metafísica de certas resoluções judiciais.

Vianna tem analisado o processo de jurisdicionalização que conduz a obtê-las entre nós. Lembra que nossa sociedade é caracterizada por “um capitalismo retardatário e uma democracia política incipiente” (VIANNA, 1999, p. 150), na qual a presença do direito decorre da expansão da agenda igualitária, pois não conheceu, como o Primeiro Mundo, as instituições fruto do Estado de bem-estar. Frisa, o autor, que décadas de autoritarismo desorganizaram a vida social, desestimulando a participação, a ideia de cidadania e de bem comum, valorizando o “individualismo selvagem” (VIANNA, 199, p. 151). Conclui, assim, este autor, que, face a esta realidade, a

intervenção normativa e a constituição de uma esfera pública representada pelo Judiciário, pode constituir-se em um exercício pedagógico para a prática das virtudes cívicas, partindo da defesa de interesses particulares, “trânsito necessário para a percepção do bem comum” (VIANNA, 1999, p. 151). Afinal – lembra Vianna – “o civismo é a ação de um ser livre e autônomo em suas decisões, cultura inacessível a homens e mulheres à mercê do favor pessoal, sujeitos à dependência patrimonial e às políticas de clientela” (VIANNA, 1999, p. 150).

Não se acredite, porém, que este individualismo, característico da sociedade brasileira, seja apenas fruto da organização urbano-industrial moderna, senão bem mais de uma lógica que, a partir de 1964, separou drasticamente as esferas do público e do privado, gerando uma cultura política e uma ética social “em que o indivíduo via com estranheza o que não fosse o seu interesse particular imediato” (VIANNA, 1999, p. 152). Tal perversão individualista, segundo ele, dificultou a passagem do indivíduo ao cidadão, especialmente nos setores subalternos do campo, que chegaram aos polos industriais destituídos de direitos e de proteção das políticas públicas. No final dos anos 80, com a abertura democrática, chegou-se, destarte, a uma democracia política sem cultura cívica, salienta Vianna, sem vida associativa enraizada, sem partidos de massa, e ainda sem normas e instituições confiáveis para a garantia da reprodução de um sistema democrático.

O autor menciona, por fim, que a expansão do direito e do Poder Judiciário em uma sociedade com essas características, apresenta uma dupla inspiração. De um lado (como ocorre em outras democracias ocidentais contemporâneas), nasce da ocupação de um vazio deixado pela crise das ideologias, da família, do Estado e do sistema da representação; de outro, retoma a prática brasileira de colocar o direito a serviço da construção da cidadania e da animação da vida republicana.

Esta situação não é apenas o objeto de estudo de numerosos autores, distintos membros da Academia, mas importa também a quem, como os magistrados, devem defrontar-se com ela cotidianamente em seus gabinetes. Assim, o desembargador Adam afirmou que é da natureza humana a busca

por um melhor posicionamento social e econômico. Portanto, após alcançar o bem-estar social, começou a normatizar para o bem comum, acima do indivíduo; pois, em caso contrário, a vida social seria inviável. Fazem parte da evolução referida, segundo ele, as dificuldades encontradas pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário para atender ao excesso de demandas, mais que a uma crise de autoridade de um Poder que não cumpre seus deveres. Ressalta, destarte, que se exige dos três Poderes que se unam para resolver conjuntamente os problemas sociais, pois a Constituição Federal prevê os três como Poderes da República.

O desembargador referiu, ainda, que “não há lei que resolva tudo”. O fato acontece e, às vezes, a norma não está regulamentada. O legislador não prevê tudo, e se multiplicam as demandas sociais: do idoso, via Lei Maria da Penha, do Código de Defesa do Consumidor, dos problemas derivados do agir dos torcedores de estádio de futebol, entre outros. Neste aspecto, o magistrado confirma a opinião de Garapon de que, nas matérias em que não há disposição legal, se produz uma jurisdicionalização das demandas sociais. Para o desembargador, a crise de autoridade pode resultar não tanto um problema social, mas da qualidade da norma, e do volume de trabalho direcionado aos três Poderes do Estado (que se expressa no labor das Comissões Parlamentares de Inquérito, no número crescente de Medidas Provisórias e de sentenças).

A seu turno, desembargadores como o Gregory, acham-se perplexos diante da própria diversidade de suas decisões. A seu juízo, o grande problema do Poder Judiciário é “o fato de a decisão ser uma loteria”, pois “dentro de uma mesma Câmara do Tribunal de Justiça existem divergências, e, hoje, no STJ – Superior Tribunal de Justiça, também”.

Para alguns magistrados, como a desembargadora Nancy, as novas funções do juiz têm trazido um peso de trabalho difícil de levar a cabo, devido ao número de processos judiciais e inquéritos, que se agregam à pressão por resultados estatísticos e responsabilidades cobradas pelo CNJ. “Prima-se, hoje, a quantidade, e não a qualidade”, disse. Pois, para haver uma escuta mais qualificada nos casos referidos, é preciso tempo. “Nunca se pode

esquecer que, em cada processo, alguém espera por nós”, comenta, e “o número estatístico cobrado pelo CNJ não auxilia nisto”.

1.2 O PERFIL DO MAGISTRADO BRASILEIRO E DO MAGISTRADO GAÚCHO

Pensamos, portanto, a esta altura do nosso trabalho que para compreender o fenômeno da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é necessário que se tenha uma percepção do perfil do magistrado brasileiro, e gaúcho, em particular, a quem se dirigem essas demandas que versam sobre o aborto preventivo.

Entendemos que, ao decidir questões cuja regulação muitas vezes escapa a dispositivos legais precisos, sobre as quais não existem dispositivos legais a respeito, o magistrado será influenciado pelas questões culturais e sociais do seu meio: classe, educação, religião, experiência profissional, entre outras.

O grupo de pesquisadores (então no IUPERJ) que trabalhou na década de 1990 sob a direção de Luiz Werneck Vianna, tentando descobrir o “corpo e alma” do magistrado brasileiro, ressalta que é preciso compreender para isso que os magistrados fazem parte das elites, e é importante levar em conta o fenômeno da intensa mobilidade social que se manifesta entre eles, já que nenhuma sociedade pode ser ingênua quanto à forma de recrutamento de suas elites.

As elites brasileiras (e a magistratura entre elas), segundo os autores, têm um caráter *sui generis*, que é a sua segmentação em torno de dois eixos - Estado e mercado - favorecendo a inscrição do indivíduo delas provenientes em um ou outro. Tal especialização decorreria das culturas familiares, de corte público e privado. Nessa ordem de ideias, é digno de menção o fato de que “cinquenta por cento dos juízes são originários de famílias com ocupação no setor público, e que, no processo de transição à democracia, houve um deslocamento da elite da corporação militar para outros segmentos da vida

pública” (VIANNA, 1997, p. 9).

Assim sendo, o novo ordenamento institucional definido pela Constituição de 1988, daria conta da difícil composição política entre elites valorizadas da dimensão pública e elites orientadas pela dimensão do mercado (estas últimas voltadas para a lógica da eficiência e da racionalização da vida social, e aquelas atentas aos temas do direito, à justiça, à tradição e à nação). A heterogeneidade das elites brasileiras, conforme Vianna e seus colaboradores, decorre, igualmente, da forma como se deu a modernização capitalista no país: estimulada mais pelo Estado do que pela iniciativa privada. Ou seja, foi promovida pela esfera do público, e por uma fração das elites formada na tradição ibérica de precedência do Estado sobre a sociedade civil. Ocorreu, assim, uma emancipação tardia da dimensão do privado em termos políticos-culturais, coincidente com a transição do autoritarismo para a democracia, sem deslocar inteiramente a maneira ibérica de fazer política que fundou o Estado nacional, sob a influência particular da ideologia de um Estado. Tal Estado, no pensamento de Alain Touraine (1999), é onipresente, mas paradoxalmente fraco.

A heterogeneidade de nossas elites, desta sorte, não decorre apenas da “origem social”, mas também do padrão de mudança verificado nas atuais relações entre o Estado e a sociedade civil. No caso das elites profissionais, tal variação depende, entre outros fatores, “do modo como suas corporações exercem controle sobre a seleção e o processo de socialização dos seus novos membros” (VIANNA et al., 1997, p. 10).

A burocracia do Itamarati e a corporação militar têm conseguido preservar sua identidade; entretanto, tal não ocorre com os magistrados, cujas linhas de descontinuidade são mais profundas. De elite político-administrativa estes passaram a um papel técnico-perito no ajustamento da lei ao fato social, garantindo a “certeza jurídica” indispensável à expansão da vida mercantil. Antes, provinham das elites proprietárias, mas agora, das camadas médias da sociedade, e dos setores sociais subalternos. Outro fator que parece prejudicial à preservação da identidade na magistratura é o fato de que (ao contrário do

caso do Itamarati e dos militares, em que o ingresso por concurso sempre foi acompanhado de um intenso processo de socialização) os juízes passam ao exercício da função em caráter vitalício, logo após a aprovação no concurso público. Não existem, assim, recursos formais que exponham o novo juiz à cultura de sua instituição. Desta forma, a magistratura se torna bastante “permeável às correntes de opinião que se expressam na sociedade (VIANNA et al., 1997, p. 11).

Fazendo nossa a apreciação de Werneck Vianna, portanto, podemos afirmar que a magistratura permaneceu no papel tão somente de arbitragem e resolução de conflitos durante o regime autoritário do país, enquanto no processo de transição à democracia, com a crise do modelo “nacional popular” de inclusão ao que tinha posto fim o Estado burocrático autoritário e o esgotamento do processo de modernização autoritária que este tinha ensaiado, foi envolvida na disputa entre diferentes setores das elites brasileiras acerca da relação que deveria prevalecer entre as dimensões do público e do privado. Produzida a redemocratização, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi ressaltado o papel republicano do Poder Judiciário, abarcando uma nova “clientela” até então distante. O regime presidencialista instalado, com instituições de caráter parlamentarista, exigiu do Judiciário que resolvesse os impasses institucionais entre o Executivo e o Legislativo. Além disto, o intervencionismo do Estado na vida econômica caracterizou o Judiciário como um lugar de referência para a defesa das empresas e do cidadão (VIANNA et al., 1997, p. 13).

Os magistrados, uma vez mais, são conscientes das novas demandas e da existência de uma nova “clientela”. Assim, o desembargador Henry referiu, quando entrevistado, que o maior “cliente” do Tribunal de Justiça gaúcho é o Poder Executivo, que não cumpre as suas obrigações legais (como, por exemplo, as ações da antiga companhia de telefonia estatal), o que tem dado lugar a uma crescente demanda de intervenção do Poder Judiciário. Tal afirmação reforça a ideia de Garapon e Vianna de que o Judiciário interfere no impasse entre o Executivo e o Legislativo. Lembrou outros casos de jurisdicionalização das demandas sociais (entre eles, os originados dos antigos

contratos de leasing para compra de carros), nos quais, segundo ele, “os advogados dos órgãos públicos tomam uma posição parecida com a do médico no caso do aborto preventivo: querem ir até a última instância”. Apontou, portanto, o desembargador referido, uma causa de jurisdicionalização das demandas, oriunda do próprio sistema processual, derivado do uso do sistema recursal de forma abusiva, pelos representantes das partes. Segundo ele, nos contratos de *leasing*, já havia jurisprudência dominante do STF, determinando que as empresas adaptassem seus contratos aos juros legais. Entretanto, continuavam as demandas propostas pelas empresas neste sentido, que acabavam com a decisão referida do STF.

Mas essas novas demandas – ressalta Vianna – surgiram em um cenário no qual o Judiciário estava sob a influência do princípio da separação dos Poderes e de uma adesão ao direito sob a forma de códigos, ocasionando, assim, uma crise deste Poder. Tanto pelo aspecto da questão institucional, quanto pelo da afirmação de novos direitos se produz, assim, uma sobrecarga do Judiciário, que carece de meios e de pessoal para fazer face às novas demandas. Por acréscimo, o sistema de orientação normativista passou a ser inadequado ao novo ambiente que se apresentou.

Indagado sobre o fato de que o Poder Judiciário deve se pronunciar, muitas vezes, em demandas que se referem a tipos penais abertos, ou nas quais há ausência da lei na regulação de tal matéria, o desembargador John afirmou que chegam ao Judiciário muitos assuntos que estão “na moda”. Exemplificou com o “princípio da insignificância”⁵, que está gerando muitas controvérsias, apesar de estar previsto na doutrina do Direito e nos tribunais superiores há muitos anos.

O desembargador acima referido pensa que, no Brasil, o Judiciário está obrigado a intervir, “porque o político falhou, ou foi insuficiente, principalmente na área da saúde, ou da reforma agrária”. Muitas dessas demandas deveriam ter sido solucionadas pelo poder político, pelo Poder Executivo, e vêm muitas vezes até o Judiciário por omissão daquele Poder. Exemplifica com a situação

⁵ Princípio segundo o qual não se deve penalizar, por exemplo, o acusado que furtou um pão para comer.

dos presídios no Estado do Rio Grande do Sul, que está ocasionando a concessão de prisão domiciliar (que ele afirma conceder). Frisa que os presos se revoltam, e todos querem prisão domiciliar; então, “buscando-se resolver um problema, criou-se outro”.

Quem são, pois, estes juízes que têm que solucionar tais demandas renovadas de justiça? Se nos limitarmos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, podemos dizer que do total de 112 desembargadores ativos, 83 são homens e apenas 29 são mulheres; 67 nasceram no interior do Estado, 42 na Capital, e só três nasceram em outros Estados da federação; 64 se formaram em universidades públicas e 48 em universidades particulares; a idade dos desembargadores se situa entre 40 e 60 anos; todos iniciaram a sua carreira no interior do Estado, e depois foram promovidos à Capital; 44 ingressaram diretamente na carreira de juiz de direito, 36 foram, inicialmente, pretores, 19 são representantes do quinto constitucional (nove da OAB e dez do Ministério Público), três foram defensores públicos, dois foram assessores jurídicos e apenas um foi oficial distrital⁶.

Estes desembargadores devem defrontar-se a, como vimos, “um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário” (SANTOS, 2011, p. 30). Tal deslocamento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do Judiciário, de tal forma que se exige deles que solucionem tudo aquilo que o sistema político não consegue resolver. E, conforme a altura de tal expectativa, maior será a frustração quando aquela não chega a cumprir-se.

Consequentemente – como refere Boaventura de Sousa Santos (2011) - a maior visibilidade do Poder Judiciário alterou o seu lugar na sociedade, tornando-o muitas vezes alvo dos meios de comunicação social. Raul Enrique Rojo (2003), ao abordar este tema, refere que a mídia descobriu a justiça, e os cidadãos descobriram o poder do jornalismo investigativo, para mediatizar suas reclamações de direito e para apressar decisões e/ou condenar transgressores imaginários ou reais.

⁶ Dados obtidos pela dissertante de fontes oficiais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Santos (2011) comenta que na transição de regimes autoritários para regimes democráticos, as sociedades periféricas e semiperiféricas passaram a consagrar constitucionalmente direitos que nos países centrais tinham sido conquistados num longo processo histórico. Tornou-se difícil, assim, a efetivação desses direitos, que não tinham respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, mas ao mesmo tempo abriu-se espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário. Muitas das decisões judiciais de destaque consagram princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do que está estabelecido na lei ordinária.

No caso específico deste trabalho, veremos que, no momento de um casal decidir acerca da realização, ou não, do aborto preventivo, em decorrência do risco de vida da mãe, e apesar de existir norma que permite ao médico efetuar-lo, vê-se compelido a submeter tais questões ao Judiciário (muitas vezes, a instância do próprio profissional interveniente ou do Hospital requerido, assim têm agido), a fim de que a decisão final seja tomada pelo Poder do Estado que, socialmente, se considera que “tem a última palavra”. Os profissionais da saúde não querem tomar sozinhos decisões de alto conteúdo ético e solução moral duvidosa, a seus olhos. Os argumentos de tais decisões, apesar de serem embasados em princípios constitucionais e princípios gerais do direito que estão, muitas vezes, acima da norma ordinária, exigem, pois, do magistrado uma decisão moral e ética, sobre questões que, de jurídico, têm amiúde bastante pouco. Tais decisões, em outras épocas, eram tomadas por figuras de autoridade próprias da sociedade tradicional (o médico de família, por exemplo, ou um conselheiro espiritual) que desempenhavam uma sorte de magistratura social⁷, que hoje se acha vacante e é atribuída aos juízes.

Vianna et al. (1997) ressaltam a delegação de responsabilidade do Poder Legislativo ao Judiciário em matérias altamente controversas, como parte do processo de judicialização da política, exemplificando com a disciplinarização do aborto, objeto do presente estudo. Pensamos, neste

⁷ Entende-se como “magistratura social” a figura de autoridade a quem se demanda a solução de um conflito, para que, na qualidade de terceiro, diga o que é justo e pronuncie o direito (podendo, inclusive, ser privada).

sentido, que o Código Penal de 1940 já não traz as respostas demandadas pela sociedade contemporânea acerca do tema, frente às novas tecnologias que detectam os fetos com problemas físicos e mentais antes não averiguados anteriormente ao parto, entre outros aspectos sociais e políticos que refletiram na maternidade como um todo.

Opinião, esta, que o desembargador Henry fez sua quando, entrevistado, afirmou que a realidade social da década de 1940, quando editado o Código Penal, era muito diferente. Não havia ecografia para diagnosticar fetos com deficiências físicas e mentais, que só eram sabidos após o parto. Assim sendo, para ele, com o progresso da Medicina, hoje já existe quase “certeza de morte”, em determinados casos, remetendo-se, na espécie, ao acórdão por ele proferido:

Na época em que o Código Penal foi feito, ainda valia aquele ditado de que em urna de eleição, cabeça de juiz e barriga de mulher grávida não se sabia o que vinha, não se tinha conhecimento do conteúdo. O avanço tecnológico da medicina mudou esta última parte do dito, pois é possível saber, desde a fase inicial da gravidez, os detalhes do feto em gestão, como sexo, posição, presença ou ausência de anomalias, etc. Nos dias de hoje, diante de tal avanço, é perfeitamente possível prever a situação, de modo antecipado, qual seja a morte do concepto portador de anencefalia.

Este recurso à Justiça viu-se favorecido no Brasil por uma estrutura típica (e diferenciada de alguns dos países da região) do Poder Judiciário, que responde a um recrutamento burocrático por meio de concursos públicos e gerou uma corporação insulada do ambiente externo.

Entretanto, este isolamento da magistratura em relação ao ambiente externo, em nosso país, é apenas parcial, em face dos critérios políticos para o recrutamento dos notáveis das profissões jurídicas – o Quinto dos Tribunais Estaduais e o Terço do Superior Tribunal de Justiça (vagas preenchidas por membros da OAB e do Ministério Público), além da nomeação política pelo Presidente da República dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (após prévia aprovação, pelo Senado, dos nomes respectivos). Com isto, observa Vianna, quanto mais próximo ao vértice da pirâmide, maior é a exposição do magistrado ao ambiente político. Aliás, vale referir, que é típico da burocracia que as decisões políticas sejam tomadas por quem está no topo da escala

hierárquica, conforme ressaltava, já, Max Weber (2009), a começos do século XX.

Pode-se ver, assim, que o Judiciário brasileiro adotou um sistema misto, empregando algumas características do sistema continental (concurso público) e outras do *common law* (nomeação por critério político), sujeitando-se, destarte, a “múltiplas e plurais influências” como reconhece Vianna (1997, p. 44), referindo, ainda, que tais influências se intensificam à medida que não existem em nosso país mecanismos de socialização interna da corporação, como ocorre na Alemanha e na França (onde há escolas especializadas na formação de magistrados)⁸.

1.3 A QUESTÃO DA INDEPENDÊNCIA DO JUIZ

Neste momento, acreditamos ser importante nos determos, dentro do contexto da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas, no tema da independência do juiz.

O autor italiano Carlo Guarnieri (1993), ao tratar deste tema que dá conta da relação da magistratura de seu país com a política, explica que, para entender a lógica que a magistratura assume nos regimes democráticos ocidentais, deve-se partir da compreensão das características fundamentais do processo judiciário enquanto procedimento de resolução de controvérsias, mediante a intervenção de um terceiro.

No procedimento judiciário, conforme Guarnieri, visualizamos uma tríade caracterizada pela presença de duas partes e um juiz, imposto pela lei em função de diversos critérios (jurisdição territorial, competência pela matéria, etc), circunstância que limita a liberdade das partes, que também se acham sujeitas a outro constrangimento: estas não podem normalmente escolhê-lo, pois ele é imposto pelo sistema político do Estado.

⁸ Nesse aspecto, em particular, lembra-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde estão lotados os magistrados que colaboraram com a presente pesquisa, caracteriza-se por ter uma Escola Superior da Magistratura de qualidade, e a primeira associação de magistrados do país (criada em 1944). Entretanto, não há uma escola de graduação, mas sim, de especialização na área do Direito.

Busca-se, através deste procedimento, a imparcialidade do terceiro julgante, e um tratamento imparcial das partes no curso do julgamento, para alcançar uma resolução eficaz da controvérsia. As normas pré-existentes ao julgamento (normas procedimentais) existem a fim de absorver a decepção do perdedor para o conteúdo da decisão que o derrotou, evitando que o juiz possa parecer pessoalmente responsável pela decisão.

Consequentemente, atendendo ao sistema de normas postas pelo sistema político na resolução das controvérsias, o magistrado imprime uma imediata relevância política à sua atividade. Por sua vez, a exigência de sua imparcialidade no procedimento judiciário, requer a sua independência em relação às partes. Entretanto, continua Guarnieri (1993), a incorporação do juiz ao aparato estatal impõe uma redefinição da sua independência, para não se colocar a imagem de sua imparcialidade em risco; ou seja, o juiz deve ser independente também em relação ao Estado (que, por acréscimo, muitas vezes é uma das partes do processo judicial). Esta independência significa, portanto, não temer sanções à sua atuação, mas também não esperar recompensas: é a chamada independência substantiva, ou material do magistrado (Ibid, p. 7-9).

É o caso de trazer, então, à baila, a diferenciação entre independência externa dos juízes (a respeito de outras autoridades políticas) e interna (entre juízes de hierarquia diversa). Esta última é mais importante nas magistraturas de orientação burocrática⁹, onde há uma carreira estruturada em graus hierárquicos e relativos mecanismos de promoção. Fala-se, neste caso, de independência estrutural ou institucional. Interessante o alerta do autor quanto ao fato de que uma excessiva independência institucional torna os juízes menos independentes em relação às partes privadas, principalmente quando estas representam grupos dotados de importantes recursos (materiais ou simbólicos).

Nesta ordem de ideias, indagado se existe alguma pressão do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para

⁹ É o caso da magistratura brasileira, conforme a LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei Complementar nº 35/79. *In* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm. Consulta em 16/01/2012.

que os desembargadores julguem as causas de acordo com os precedentes por eles proferidos, o desembargador Henry exemplificou com a decisão do STF a respeito do aborto do anencéfalo, proferida recentemente¹⁰. Segundo o desembargador, “não há, propriamente, uma pressão, mas uma vontade da sociedade para que as decisões sejam tomadas neste sentido”.

Indagado se existe pressão para aplicar os precedentes dos tribunais superiores dentro do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o desembargador referido afirmou que sempre tiveram liberdade de decidir. Entretanto, a partir do instituto jurídico da “repercussão geral”¹¹, tal liberdade resta limitada. Frisou, ainda, que nunca houve orientação uniforme quanto ao aborto preventivo no Tribunal de Justiça gaúcho, pois as ações e recursos eram propostos em Varas de competência diversa. Finalmente, quando perguntado se o referido tribunal sofre influência de ideologias nas decisões dos magistrados, o desembargador John afirmou que, por mais que se polície, pensa que esta questão tem alguma influência na decisão.

Antoine Garapon (1999), por sua parte, também aborda a questão da independência externa e interna da magistratura nos países com tradição da *civil law* e da *common law*, referindo como exemplo desta última a sociedade inglesa, na qual a independência externa está bem garantida, mas a interna é muito fraca. Ou seja, há independência da magistratura, em detrimento da independência do juiz. Refere que a homogeneidade do direito é assegurada pela homogeneidade do corpo de juízes e uma centralização judiciária muito forte. Ao passo que, na Europa continental, o juiz é mais livre e tem mais poderes, apesar de gozar de um prestígio menor. Comenta o autor que, na França, não há uma unidade sociológica na magistratura, em face da seleção

¹⁰ Conforme noticiado pelo Jornal de Comércio de Porto Alegre, RS, na data de 13 de abril de 2012, , p. 23, o STF aprovou o direito de interromper a gravidez nos casos em que há fetos anencéfalos (malformação do tubo neural), com oito votos a favor, e dois contra (dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso).

¹¹ “A repercussão geral apresenta o chamado efeito multiplicador, ou seja, o de possibilitar que o Supremo Tribunal Federal decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos seja atingida. O Tribunal, dessa forma, delibera apenas uma vez e tal decisão é multiplicada para todas as causas iguais”. In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168512>. Consulta em 16/09/2012.

por concurso público de um corpo muito grande de magistrados (como ocorre no Brasil¹²). Para o autor, tais disparidades sociais, ideológicas e geográficas – que são evidentes – devem ser compensadas por uma hierarquia forte e um controle interno rigoroso da magistratura.

Destaquemos que o controle interno da magistratura brasileira está sendo matéria de debate atual em nossa sociedade, tendo este chegado aos meios de comunicação de massa¹³.

Luiz Wernneck Vianna (1997) explica que o Poder Judiciário brasileiro, apesar da comentada presença do “quinto constitucional”¹⁴ e do critério político na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, é unânime na defesa de sua autonomia. Segundo o autor, estes mesmos juízes que não são favoráveis ao controle externo do Judiciário, nem por isso concordam com a organização interna deste Poder marcadamente hierárquico-burocrática, e preferem, assim, ser representados pelas associações de magistrados do que pelos seus superiores hierárquicos. Conclui, o autor, que o magistrado brasileiro não se sente parte de uma corporação autônoma, que seria resultante de um processo de democratização interna e de negociação política com o ambiente externo (à diferença do que acontece com o paradigma italiano). Portanto, a sua ideia de autonomia estaria a serviço do juiz singular mais que da corporação .

Se compararmos as regiões e os Estados brasileiros, a fim de diferenciar as atitudes dos magistrados em face do Poder Judiciário, quanto à sua

¹² Conforme já referido em menção à obra **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**, de VIANNA, Luiz Wernneck e outros, Rio de Janeiro: Revam, 1997, 3. ed.

¹³ Veja-se a repercussão da decisão recente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (ratificada por decisão do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, tomada no dia 02 de fevereiro de 2012) de investigar magistrados sem ter que esperar pela ação das corregedorias locais. *In* <http://www.conjur.com.br/2012-fev-02/cnj-abrir-processos-juizes-fundamentar-decisao>. Consulta em 04/02/2012.

É importante referir, ainda, que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979) prevê várias sanções disciplinares a serem aplicadas pelos Tribunais e Conselhos (advertência, censura, remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e demissão), garantindo, entretanto, a independência do magistrado (art. 40).

¹⁴ Membros da OAB e do Ministério Público que integram os tribunais à proporção de 1/5 de seus membros.

autonomia e intervenção, bem como, quanto à soberania do juiz, valendo-nos do trabalho de Vianna (1997), podemos sinalar que é nos Estados da região Sudeste por ele analisados (São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais) onde a defesa da neutralidade do Judiciário diante dos processos de mudança social é a mais expressiva, enquanto o Estado do Rio Grande do Sul apresenta o índice mais elevado de juízes favoráveis a uma intervenção maior do Judiciário nos processos de mudança social, correspondendo-lhe o segundo mais baixo índice de neutralidade (só perdendo, neste aspecto, para o Estado de Pernambuco). Explica, nosso autor, que tal fato se deve ao peso da esfera pública em nosso Estado, e a especificidade da formação de suas elites (nas quais há uma prevalência da esfera pública sobre a privada), influenciando na recusa à certeza jurídica, e refletindo, na atitude dos magistrados, uma cultura política que tradicionalmente enfatizou a substância em detrimento da forma. Frisa, Werneck Vianna, que há uma nítida associação entre os magistrados favoráveis à intervenção alta do Judiciário, e sua origem familiar no setor público. A neutralidade, por sua vez, tem expressão entre os juízes de origem familiar associada ao mercado, que são a minoria.

Vianna ressalta que este perfil “é tipicamente gaúcho, não se reproduzindo em nenhum outro dos cinco estados analisados¹⁵” (VIANNA, 1997, p. 308). O fato de um importante contingente de magistrados ser, como este, favorável a um alto padrão de intervenção do Judiciário parece, assim, estar associado a uma abertura da administração do Judiciário à sociedade civil.

O Rio Grande do Sul apresenta, portanto, o mais elevado índice de adesão à ideia de soberania do juiz, em relação aos cinco Estados analisados por Vianna. Verificando-se, assim, que na magistratura gaúcha há uma visível associação entre a defesa da autonomia do Poder Judiciário e a atribuição a este Poder de um papel ativo na redução das desigualdades sociais e, de outro lado, a soberania do juiz. Em nosso Estado, pois, a noção de intervenção parece estar associada a mudanças institucionais na conformação desse Poder, “estando a reclamar a constituição de uma magistratura que, tendo por

¹⁵ São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco e Rio Grande do Sul. *Op. cit.*, p. 305.

base a soberania do juiz, recrie o Judiciário como um ator coletivo em favor da mudança social” (VIANNA, 1997, p. 314). Além disto, o Rio Grande do Sul é o Estado com maior número de demandas, dos cinco estudados por Vianna e seus colaboradores.

O que é ressentido pelos magistrados gaúchos. O desembargador Henry se queixa de que a carga de trabalho no Tribunal de Justiça é “desumana”. Afirma que, em 2002, havia trinta processos por sessão (semanal) para julgar, e que agora são trezentos. A única solução, segundo ele, seria aumentar o número de desembargadores. Mas isto não é possível, devido ao limite de orçamento do Estado destinado ao Tribunal de Justiça (apenas seis por cento da arrecadação). Nota-se, aqui, o fenômeno descrito por Vianna, do aumento do número de demandas encaminhadas ao Judiciário, em um período curto de tempo: dez anos. Segundo o desembargador, este aumento do número de demandas decorre da crescente jurisdicionalização das demandas sociais e políticas.

O magistrado afirma estar preocupado com esta elevação do número de demandas no Poder Judiciário. Lembra que o Ministro Maurício Correa declarou publicamente, à época em que era Presidente do STF, que “preferia julgar mal, mas rápido.” O desembargador ressalta a gravidade de tal afirmação, tendo em vista que os Ministros do STF têm a última palavra do Poder Judiciário a respeito das demandas dos cidadãos. Assim refere: “está transpondo-se para o Poder Judiciário o valor social da rapidez, não importando a má qualidade da informação”, acrescentando: “o ritmo de montagem que existe lá fora não pode ser imposto aos desembargadores”. E continua: “em cada um dos processos que se julga, está uma pessoa”.

Este mesmo desembargador Henry lembrou, durante a entrevista, da frase de um colega seu: “os Juizados Especiais Cíveis e Criminais são a morfina para tirar a dor, e aliviar a situação dos magistrados”, em decorrência do aumento da demanda. O desembargador ressalta que, no início, funcionou tal estratégia, só que agora, com o aumento desta demanda específica, os Juizados Especiais ficaram mais morosos do que a justiça comum. Pois, embora o acordo aconteça nos processos que lá tramitam de forma rápida, a

execução dos acordos é retardada, tendo em vista a falta de uma força, de um poder de polícia, que obrigue à parte condenada pagar, a fazê-lo.

Lembra-se que, no caso do presente estudo, em que são analisadas decisões sobre o aborto preventivo, o entendimento da sociedade civil poderá influenciar nos julgamentos respectivos, pois ao juiz é vedado não se pronunciar, mesmo quando não exista dispositivo legal quanto ao objeto da ação judicial proposta, conforme já anteriormente referido.

1.4 O ASPECTO POLÍTICO DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA

Devemos destacar, ainda, uma característica fundamental da atividade judiciária: sua função política fundamental de decidir conforme os valores, ou seja, a sua “politização” (no melhor sentido da palavra). Esta decorre do fato de que o magistrado é partícipe da aplicação das normas jurídicas ditadas pelo Poder Legislativo, mas também goza de uma certa autonomia em relação a este, face à criatividade jurisprudencial (GUARNIERI, 1993, p. 12).

Apesar da visão tradicional, no vigente Estado democrático de direito, no sentido de que o juiz deve se sujeitar à lei, temos que ressaltar que tal pressuposto vem acompanhado sempre do reconhecimento de certo grau de criatividade no processo de interpretação das normas pelo magistrado. Tal interpretação busca o significado verdadeiro das normas, que está pré-constituído. É a partir dessa interpretação, que se abre o caminho do reconhecimento da discricionariedade da atividade judiciária, que difere do arbítrio; pois o juiz apenas escolhe entre alternativas interpretativas possíveis. Entretanto, a incerteza das partes em relação à escolha interpretativa força-nos a admitir que o magistrado adquira poder político, principalmente nos tribunais revisores ou de alçada, já que elabora “verdadeiras normas de caráter geral” (GUARNIERI, 1993, p. 13). Tal fato acentuou-se a partir do moderno constitucionalismo, e da difusão dos direitos fundamentais do homem, ao afirmar-se o Estado interventor¹⁶, que trouxe acarretado o gigantismo das

¹⁶ Que corresponde ao Estado de bem-estar nos países centrais e ao Estado Nacional – popular – em muitos países da periferia e semiperiferia.

grandes organizações econômicas e sociais e, com ele, o acréscimo dos conflitos entre os cidadãos e o Estado.

Mas, como já temos dito mais acima, este labor jurisdicional requer um tempo sempre expressivo para quem aguarda a solução de um conflito em que questões transcendentais podem estar em jogo. O desembargador John refere que, hoje, existe uma crítica social à demora do magistrado na tomada de decisão. Afirma que um colega seu, em uma entrevista à imprensa, mencionou que “o processo é rápido: o que é demorado é a decisão, porque são poucos juizes para o número da demanda”. Assim se manifesta, também, o desembargador John: “julgar, demora; a sociedade vê o juiz como claudicante, mas ainda o vê como último recurso democrático”.

Porém, a inegável tensão entre o Poder Judiciário e a democracia não pode ser afastada. Lembramos que um número variado de autores tem defendido o dever do juiz, em uma democracia constitucional, de opor-se, ao menos em determinados casos, às orientações prevalentes na comunidade política, a fim de cumprir o papel de guardião dos direitos fundamentais do cidadão. O papel principal do juiz seria “contramajoritário” (GARGARELLA, 1996), isto é, a ele cabe defender os direitos dos indivíduos, das minorias, dos potenciais abusos das instituições político-representativas, e das majorias que as controlam institucionalmente ou de fato. Tal necessidade decorre da circunstância de que as normas constitucionais explicitam uma clara referência a valores nem sempre suscetíveis de interpretação unívoca. Portanto, em tais decisões, como as evocadas neste trabalho, pensa-se haver a necessidade de uma manifestação ética, moral, e valorativa do magistrado, a fim de optar por uma das alternativas interpretativas referidas por Guarnieri, caracterizando-se, assim, uma decisão “política judicializada” (GUARNIERI, 1993, p. 12). E, não apenas isso, pois nos casos referidos, é exigido dos magistrados ir além, já que muitas vezes são defrontados com a ausência de norma específica para a situação concreta apresentada, ou com os chamados “tipos legais abertos” (que exigem do intérprete a definição e a extensão do seu significado).

A necessidade da criatividade jurisprudencial é salientada pelos autores que se referem a esta matéria, inclusive, para salvaguardar o princípio

democrático, já que uma observância servil do princípio majoritário pode levar (como tem, infelizmente, ocorrido) à abolição da democracia, talvez com o consenso da maioria. Não olvidemos que “a liberdade só para os que apoiam o governo, só para os membros de um partido (por numerosos que estes sejam), não é liberdade em absoluto. A liberdade é sempre e exclusivamente liberdade para aquele que pensa diferente” (LUXEMBURGO, 1975, p. 209-210). E, para alguns desses autores – refere Guarnieri – o dever do juiz é dar aplicação a uma série de direitos que derivam dos valores fundamentais que não necessariamente são evocados no texto da Constituição. Desta forma, o critério da legitimação das decisões judiciais consiste no alcance de objetivos moralmente justos (GUARNIERI, 1993, p. 14).

Existe, entretanto, um ponto comum a quase todos os autores que tratam do assunto da independência dos magistrados e da criatividade jurisprudencial: “os juízes se autolimitam, adequando-se às prescrições do papel que lhes são propostas, graças a um adequado processo de socialização profissional” (Ibid, p. 29). Há um limite à discricionariedade conferida a eles, a fim de que não resulte “um governo dos juízes”. Além disto, os juízes estão sujeitos a intervenções externas, e formas de responsabilidade, ao menos no caso em que o magistrado se mostre profissionalmente incapaz, ou viole gravemente as regras que caracterizam o procedimento judiciário (especialmente no tocante aos direitos das partes e à imparcialidade do terceiro judicante). Este controle da atividade judiciária é necessário, mesmo para assegurar a receptividade do sistema judiciário em relação à comunidade na qual atua. É importante lembrar que também existem limites estruturais do sistema judiciário, como em particular o da colegiabilidade nos tribunais¹⁷, além do conhecido fato de a nomeação dos Ministros para os tribunais superiores depender de nomeação do Presidente da República, após aprovação no Senado¹⁸.

¹⁷ Exigência de que uma decisão seja aprovada pela maioria dos juízes do colegiado.

¹⁸ Assim dispõe a Constituição Federal Brasileira: “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada..... Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Indagado sobre o papel do magistrado na sociedade contemporânea, o desembargador John afirma que em alguns países só se chega ao cargo depois de muita experiência de vida, e que no Brasil, ao contrário, os magistrados são nomeados frequentemente muito jovens. Refere que, para muitos, “a magistratura é o primeiro emprego; ou seja, sai da casa dos pais para virar autoridade”. Alerta que, apesar de tudo, não se tem conhecimento de muitos problemas decorrentes disto. Mas que “a magistratura lida com sentimentos, com a liberdade, a vida das pessoas; o que requer muita vivência, para tomar uma decisão a respeito”.

Guarnieri conclui, quanto à tensão inevitável entre a magistratura e a democracia, que:

(...) os resultados destes estudos nos recordam que, se, a nível de princípios, é impossível conciliar a necessidade de independência e imparcialidade de quem resolve uma disputa, com o princípio que exige que seja democraticamente responsável quem toma decisões, na realidade, pode-se efetuar ajustes na metade do caminho (e até mesmo legítimos), se lembramos que os regimes democrático-constitucionais são regimes caracterizados pela contínua tentativa de conciliar exigências em abstrato inconciliáveis especificamente¹⁹ (GUARNIERI, 1993, p.31).

1.5 A OPINIÃO PÚBLICA COMO UM LIMITE GERAL AO EXERCÍCIO DO PODER JUDICIÁRIO

Nesta ordem de ideias, qual o papel da opinião pública como limite ao agir do Poder Judiciário?

Guarnieri (1993, p. 26) acredita que a “opinião pública” exerce um salutar limite geral ao exercício do poder judiciário. Pensamos, porém, que tal assertiva, se admitida sem nuances, poderia resultar perigosa, em face da

In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Consulta em 18/01/2012.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 28.

indefinição e generalidade desta figura abstrata (opinião pública), conforme alertado por Antoine Garapon (1999), máxime à vista do papel que em sua formação (quando não em sua manipulação) exerce a mídia. Ao abordar a questão da opinião pública, Guarnieri (1993) ressalta que a mídia porta uma autoridade pelo poder que possui de representar a realidade. Assim como a justiça, a mídia encarna o lugar de “visibilidade” da democracia. Entretanto, considerando a ideia de Garapon de que a mídia mascara a origem do seu poder, e “o sagrado é sempre mais opressivo quando invisível” (GARAPON, 1999, p. 93), a opinião pública que ela pretende exteriorizar pode se tornar perniciosa, porque se faz crer, amiúde, que ela é mais acertada em seus juízos do que o próprio juiz. Ressalta, assim, Garapon, que a opinião pública não pode substituir-se aos juízes, que agem (tácita ou ostensivamente) em nome do povo, de quem provêm seu poder. Não esqueçamos que o enfraquecimento das autoridades instituídas corresponde, via de regra, à perda da soberania da democracia. Lembremos, também, junto com Garapon, que o passado já demonstrou o perigo das decisões tomadas pela opinião pública, pois “a multidão sempre escolhe um Barrabás” (Ibid, p. 93)²⁰.

Não esqueçamos que, enquanto os discursos comercial, político e da mídia baseiam-se na sedução (sendo a única sanção temida, pela última, a do mercado), o discurso da lei está nas antípodas daquela, já que enfatiza a ordem e não teme a frustração da condenação. A dinâmica da mídia seria, segundo Garapon (1999), uma dinâmica própria construída a partir da autorreferência e da sedução. Segundo ele, a mídia, quando liberada de todo controle e sanções, pode nos conduzir a uma sorte de estado natural, no qual se proporia uma harmonização espontânea dos interesses de cada um, sob o olhar da opinião pública. Mas esta, afirma o autor, é uma democracia sem amarras simbólicas e sem liderança; ou seja, sem autoridade referenciada e eficaz (Ibid, p. 94). E alerta para os perigos da mídia, no sentido de que esta pode acelerar a invasão da emoção na democracia, propagar um sentimento de medo e vitimização, e “reintroduzir no coração do individualismo moderno o

²⁰ De qualquer forma, o tema da perda da autoridade nas sociedades democráticas ocidentais será objeto de capítulo próprio, no qual aprofundaremos este tema.

mecanismo do bode expiatório que acreditávamos ter sido rejeitado para bem longe do tempo” (Ibid, p. 96).

Finalmente, mesmo sem negar o importante papel da mídia nos regimes democráticos²¹, tal papel é o resultado de uma lógica distinta daquela da Justiça (que é política). Por isso, pensamos que ao invés de lamentar o desaparecimento da autoridade simbólica na atualidade, deveria ser buscada uma nova consistência simbólica, própria da sociedade democrática de nossos dias.

²¹ Tendo, inclusive, um papel de contrapoder que se revelou essencial em casos como o da operação *mani pulite* na Itália, e no caso *Watergate* nos Estados Unidos da América, entre outros.

2 A PERDA DA AUTORIDADE E A JUSTIÇA

Cabe dissertarmos sobre a perda da autoridade nas sociedades democráticas ocidentais contemporâneas, tendo em vista que ela é tida como uma das causas da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas.

Indagamos, assim, até que ponto a crise das figuras de autoridade sociais levam à jurisdicionalização das demandas referidas, e, ao mesmo tempo, até que ponto os magistrados da atualidade são vistos, efetivamente, como os últimos guardiões dos valores democráticos, inclusive por eles mesmos. Também paira a pergunta se estes sentem um desconforto em cumprir este papel que a sociedade parece esperar deles, de pronunciar uma verdade quase redentora, principalmente nas sociedades de cultura latina, como a nossa (GARAPON, 1999).

Partimos do pressuposto teórico de que se espera dos magistrados a decisão final sobre os dilemas da atualidade, dentre eles, a crise de identidade que leva o cidadão a buscar, na palavra pronunciada pelo Judiciário (a jurisdição), um resgate de si mesmo (como no caso de ações que versam sobre o início e o fim da vida humana, sobre as relações entre pais e filhos, sobre a relação amorosa entre casais, entre outras).

Conforme já analisado no capítulo anterior, o magistrado exerce uma função política sem ter sido eleito pelo voto da maioria da população, e controla a legalidade e legitimidade dos atos dos demais Poderes do Estado. Há quem defenda um grande controle da atividade jurisdicional, e outros que pregam a independência dos juízes, como fundamental à concepção de democracia. Sem querer retornar aos discursos de Guarnieri e demais autores sobre o assunto, já anteriormente abordados, lembramos que Garapon afirma que, para muitos homens políticos (e não poucos juízes) não é concebível “nenhuma acomodação entre a sacralização do ofício do juiz e sua submissão ao poder executivo” (GARAPON, 1999, p. 170).

Pensamos ser importante não negar o papel político do juiz em nossas sociedades²². O grande desafio, portanto, é estabelecer uma complementaridade entre justiça e democracia, já que governo e jurisdição são duas faces de intervenção no espaço público que buscam um objetivo comum; a última através do poder, e a primeira através da autoridade.

Nas sociedades dessacralizadas da atualidade, nas quais os ritos foram abolidos, a justiça recebe demandas anteriormente encaminhadas às magistraturas sociais: autoridades religiosas, médicos de família, chefe da família, entre outras. Um grande desafio se impõe ao julgador de hoje: passa, este, a ser destinatário de demandas motivadas pela ausência de outros referenciais. Nas demandas que versam sobre o aborto preventivo, encaminhadas aos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, nota-se que a família ou o próprio médico submete ao juiz a decisão final sobre a vida ou a morte do feto, cujo julgamento, nas sociedades tradicionais, era submetido ao sacerdote ou ao médico da família. O aspecto religioso de tal decisão, aliado ao conhecimento médico, não pode ser negado, apesar das demandas acontecerem no contexto contemporâneo. Como se sentirá o magistrado, ao decidir tais demandas? A academia o preparou para tanto? Estará isento de suas convicções filosóficas, religiosas, políticas, ao proferir tal decisão?

Não podemos esquecer que nas sociedades democráticas, que são eminentemente políticas, as escolhas parecem cada vez mais restritas, já que os problemas são naturalizados: a economia é resolvida pelo mercado, as proibições justificadas pela saúde pública, o sujeito explicado pela psicologia e o consenso social é buscado na mídia (GARAPON, 1999). A desmobilização acontece, portanto, porque o sujeito foi privado da tradição, e deve assumir mais do que nunca suas responsabilidades. Esta decorre, portanto, do desaparecimento da autoridade antes sustentada pelo Estado, pela tradição e pelos costumes. Nossa sociedade se tornou, assim, órfã de valores e de

²² Importante referir que em palestra proferida na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na data de 30 de novembro de 2012, o ex-ministro da Justiça e ex-presidente do STF, Nelson Jobim, ressaltou o aspecto político da atividade judiciária como propulsor do controle difuso e concentrado da constitucionalidade em nosso país, impulsionada pelos fatos históricos ocorridos no Brasil desde o momento anterior à Promulgação da República.

ideologias, transformando o combate político em combate processual. A justiça aparece, neste contexto, como o último recurso contra a implosão da democracia. Ela é “a última instância moral no momento em que a religião desaparece no horizonte democrático; o último palco de uma sociedade sem projetos” (Ibid, p. 174).

Precisamos lembrar que, quando a justiça se manifesta em nome dos direitos humanos, combate os particularismos culturais e religiosos; ou seja, assume um valor simbólico de última figura de autoridade em substituição às antigas magistraturas sociais, e, ao mesmo tempo, destrói os simbolismos antigos. É uma figura de autoridade que destitui qualquer autoridade.

O regime democrático, apesar de ter destituído as antigas magistraturas sociais, não dispensa a figura de autoridade (Garapon aborda esta ideia, referindo-se a Paul Ricoeur), pois o governo da maioria não significa que todos mandem ou quem ninguém receba ordens, mas que as ordens sejam dadas por seus pares.

Outro aspecto relevante, que a autoridade traz às nossas democracias, é a dificuldade da obediência. A filosofia tem tratado muito mais da liberdade do que da obediência, e esta última provavelmente é mais difícil de ser cogitada. Garapon lembra o discurso de Hannah Arendt quanto à diferenciação entre obediência e força (GARAPON, 1999, p. 176).

Tendo em vista que a crise de autoridade nas sociedades democráticas ocidentais é apontada como um dos fatores causadores da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas, bem como os magistrados são considerados a sua última figura de autoridade, cabe analisarmos, a estas alturas do trabalho, de que autoridade se está tratando.

A filósofa Hannah Arendt, mencionada por Garapon, aborda com maestria a evolução do conceito de autoridade, afirmando que a autoridade que perdemos no mundo moderno não é a “autoridade em geral”, mas aquela autoridade que vigorou no mundo ocidental durante um longo período de tempo, propondo o estudo do conceito partindo-se da delimitação do que “não é” autoridade (ARENDR, 2009).

A autora referida afirma que uma das fontes dos aspectos de nosso conceito de autoridade é de origem platônica. Segundo ela, quando Platão tentou introduzir a autoridade nos assuntos políticos da *polis*, buscava uma alternativa diferente da persuasão (utilizada nos assuntos domésticos) e da força (utilizada nos assuntos estrangeiros).

Interessante trazer, aqui, a diferenciação entre obediência hierárquica (a qual sempre é pressuposta na autoridade) e violência ou utilização de meios de coerção, pois “onde a força é usada, a autoridade fracassou” (ARENDDT, 2009, p. 129). Tampouco se deve confundir autoridade com persuasão, pois esta última pressupõe uma relação de igualdade. A relação de autoridade, portanto, se assenta na hierarquia, cujo direito e legitimidade é reconhecido pelo que manda e pelo que obedece, ambos com um lugar estável predeterminado.

Cabe ressaltar, neste sentido, que a figura da autoridade judicial tem um papel definido em nossas sociedades, cujo cargo, uma vez provido mediante concurso público, lhe dá legitimidade para decidir sobre as questões que o Estado democrático de direito coloca à Justiça. A obediência às ordens judiciais, por outro lado, é garantida em última instância pelo poder de polícia do Estado, que apenas é utilizado nos casos em que a autoridade da decisão não é reconhecida espontaneamente pelos seus destinatários.

Desde uma perspectiva histórica, a perda da autoridade é a fase final de um processo de séculos, antecedida pela perda da religião e da tradição: a autoridade jurisdicional foi a que se mostrou mais estável com a “dúvida geral” da época moderna que invadiu também o domínio político, de forma que a perda da tradição e da religião “se tornaram acontecimentos políticos de primeira ordem” (Ibid, p. 130).

Interessante trazer à tona, quanto ao peso da religião e da autoridade, dois casos concretos nos que intervieram os desembargadores Gregory e Henry.

No primeiro, o desembargador Gregory concedeu o aborto preventivo em decorrência de o feto ser portador da síndrome de *Patau* (e apesar de o

laudo médico não diagnosticar risco de vida da mãe, mas apenas complicações de saúde do nascituro), conforme segue:

A corriqueira resistência ao tema repousa, geralmente, em convicções religiosas. Todavia, não se pode confundir religião e direito. Respondam os peticionários, se for o caso, no foro da espiritualidade. Aos aplicadores da lei impõe-se, tão só, atestar a ausência de óbice jurídico ao pleito, sem impor crenças pessoais aos que dela não compartilham.

No segundo caso, submetido ao julgamento do desembargador Henry, uma moradora do interior do Estado solicitava aborto de feto com má formação cerebral (diferente da anencefalia), e que viveria por pouco tempo, sendo que a decisão do juiz de primeira instância foi de procedência do pedido, autorizando-se o aborto preventivo. Entretanto, foi impetrado *habeas corpus* pela Cúria Metropolitana, a fim de defender a vida do nascituro. Este recurso foi impetrado tendo em vista reportagem em jornal da Capital, na qual aparecia o caso em questão. O desembargador entrevistado disse que leu, logo após de impetrado o *habeas*, reportagem no mesmo jornal, afirmando que “a mãe havia desistido de efetuar o aborto, pese a autorização judicial”. No entender do desembargador, “a Igreja a convenceu”. Este caso, em particular, mostra-se bastante interessante para ilustrar a relação entre a autoridade social da Igreja, e da própria mídia (antes referida por Garapon), contrapondo-se à autoridade judiciária. A decisão de primeiro grau, proferida pelo juiz singular, já havia sido tomada, e autorizava o aborto. Entretanto, em face da atuação da mídia e da Igreja, ela se tornou sem efeito social algum. Pois a mãe desistiu do pedido judicial, e o recurso da Mitra Diocesana nem chegou a ser julgado pelo órgão colegiado de juízes (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

Pensa-se, assim, que talvez não haja propriamente uma perda de autoridade, como refere Arendt, mas uma crise. Talvez ainda persistam grupos sociais com autoridade legitimada por seus integrantes, apesar de existir a crise da autoridade tradicional como um todo, conforme mencionado pela autora. Não se pode esquecer, entretanto, neste caso específico, o papel fundamental da mídia, que movimentou a autoridade da Igreja.

Este tema da “crise da autoridade” foi um dos que menos indiferentes deixou os magistrados por nós entrevistados. Para o desembargador Adam, a

crise de autoridade derivaria da posição pouco ética dos ocupantes dos cargos públicos; da escassa credibilidade de quem exerce a função pública. Lembra que isto ocorre no mundo inteiro (como a operação “mãos limpas” demonstrou na Itália).

A seu turno, o desembargador John afirmou que, “posteriormente ao processo de redemocratização do país, ainda vivemos uma crise de autoridade”. Lembrou do problema dos sem-terra, que, segundo ele, é estimulado pelo Governo, devido à crise de autoridade nesta área. O desembargador ressaltou que, se fosse tomada a medida administrativa autorizada legalmente, logo que invadida a área, não se precisaria de ação judicial.

O desembargador Jeremy acredita que os juízes assumem a figura de última figura de autoridade e o Direito se erige na última moral compartilhada, em nossas atuais democracias. Para ele, “o magistrado é o garante da cidadania; ele é visto como uma possibilidade de resposta aos anseios da sociedade”.

É digno de lembrar aqui, junto a Arendt, que a autoridade representou, no passado, uma sorte de alicerce social e político, com função de pedra angular inabalável, concedendo ao mundo a permanência e a estabilidade buscada pelos seres humanos, na condição de mortais. Conforme a autora referida, a perda da autoridade arrasta consigo o fundamento do mundo, como se estivéssemos em um universo proteico, onde qualquer coisa, a qualquer momento, poderia se tornar qualquer outra coisa.

Não é estranha a dificuldade que experimentamos para explicar o que é, ou não, autoridade, já que os autores (desde o século XIX) preocuparam-se mais com o progresso da liberdade do que com as formas de governo, ignorando que o governo “autoritativo” pode restringir a liberdade, mesmo se permanece sempre ligado aos direitos civis.

Garapon (1999), ao mencionar o discurso de Arendt sobre a autoridade, lembra que a autoridade implica uma obediência na qual os homens conservam a sua liberdade. Segundo ele, a autoridade marca a disposição do

poder, dos vínculos sociais e do sujeito, num espaço comum. Alertamos, junto a Garapon, que a autoridade de hoje já não é mais a autoridade indiscutível da tradição, mas sim, a autoridade sempre subordinada à discussão, que caracteriza as sociedades democráticas. É um debate permanente sobre legitimidade. Ela é orientadora do debate democrático, e se situa antes da troca política e da relação de forças. Concordamos com o autor citado quando afirma que “não pode haver debate, por exemplo, se nenhuma autoridade é constituída para dar um fim à argumentação que, sem isso, seria infundável” (Ibid, p. 176-7). É necessária, portanto, uma referência simbólica no espaço democrático, representada pela autoridade.

Com base nisto, levanta Arendt (2009) diversas questões; dentre elas, quais foram as experiências políticas que corresponderam ao conceito de autoridade e das quais ele brotou, bem como qual é a natureza de um mundo público-político constituído pela autoridade.

Respondendo às duas questões acima mencionadas, com amparo na autora citada, podemos dizer que autoridade, como fator decisivo nas comunidades humanas, não existiu sempre e não se encontra, necessariamente, em todos os organismos políticos. A palavra e o conceito, segundo Arendt, são de origem romana, não fazendo parte da língua e nem da experiência política da história grega. Porém, a filosofia política de Platão e Aristóteles é, com certeza, o parâmetro teórico de análise necessária. Segundo a referida autora, com efeito, os dois filósofos tentaram introduzir algo parecido à autoridade na vida pública da *polis* (que não fosse o governo tirânico, que privava os cidadãos da faculdade política) e também se considerando que as ideias de ambos dominaram todo o pensamento subsequente, inclusive o dos romanos. Ressaltamos que as ideias de Platão e Aristóteles partiam de duas dimensões de governo vigentes, à época, na *polis*: uma público-política, e outra da esfera privada (administração doméstica).

É importante lembrar, com Arendt, que Platão sentia a sua vida ameaçada após o julgamento e morte de Sócrates, e talvez por isto tenha proposto um governo de filósofos. E, também provavelmente em decorrência de tal momento histórico, Platão começou a descrever da persuasão para guiar

os homens, já que o resultado da coerção pela razão é o de que somente a minoria se sujeita a ela²³. Partindo deste raciocínio é que o filósofo busca outro meio de coerção, que não a violência, para sustentar a vida política grega. Conjugamos da ideia de Arendt quando afirma que, na alegoria da caverna, o problema da coerção encontra uma solução nova, mas que está distante da maioria dos gregos, pois apenas uma minoria estaria à altura da verdade filosófica.

Apontamos, ainda, a solução encontrada por Platão, nas *Leis*, ao indicar estas como substitutas da persuasão como meio coercitivo, as quais deveriam ser explicadas aos cidadãos, conforme referido pela autora mencionada. Na busca de um princípio legítimo de coerção, Platão baseou-se nos modelos de seu tempo: a relação entre o pastor e suas ovelhas, entre o médico e o paciente, entre outros. A confiança, nesses casos, ou vem do conhecimento especializado, ou da relação de implicação de um sujeito ao outro por pertencerem a categorias completamente diferentes. Todos os modelos, extraídos da esfera privada da vida. A plausibilidade desses modelos residia na natural desigualdade entre o governante e o governado, pois somente na flagrante desigualdade o governo poderia se exercer sem a tomada do poder e a posse dos meios de violência (AREN, 2009). Portanto, nessas relações, o elemento coercitivo repousava na relação mesma e era anterior à efetiva emissão de ordens: o paciente tornava-se sujeito à autoridade do médico quando se sentia doente.

O poder coercitivo demonstrado na alegoria da caverna, entretanto, não advém da desigualdade, conforme refere Arendt, mas das ideias que são percebidas apenas pelo rei-filósofo, e que podem ser utilizadas como normas de comportamento humano (o céu das ideias está acima da caverna da existência humana, e serve como padrão).

Aristóteles, por seu turno, em seu primeiro *Diálogo*, compara a lei o mais próximo possível com a ideia de prumo, o compasso e a régua, os mais

²³ Lembra-se, neste sentido, que no Diálogo "Protágoras", segundo ressalta o historiador Werner Jaeger (JAEGER, 2003, p. 650), Sócrates duvida da força da palavra utilizada pelos sofistas e pelos retóricos, como meio de ensinar a virtude política.

notáveis entre os instrumentos. Tal raciocínio seguiu a filosofia de Platão, na qual as ideias são apresentadas como guias das artes e ofícios, que as reproduzem na realidade através da imitação, ao mesmo tempo em que elas se tornam padrões constantes e absolutos para o comportamento e o juízo moral e político (ARENDDT, 2009). Concluimos, assim, que a analogia às artes e ofícios, na filosofia de Platão, remete à noção, na esfera política, de que o estadista é o especialista, o perito competente para lidar com os assuntos humanos.

É a partir da *República*, de Platão, que a ideia do “bem” dá-se em um contexto estritamente político, e não mais em busca do “ser verdadeiro das coisas”, como refere Arendt (Ibid, p. 153). O filósofo resgatou, então, a ideia de “bem” que no vocabulário grego sempre significou “bom para” ou “adequado”. Desta forma, a ideia máxima de qual derivam todas as outras ideias é o “bem”, que, partindo do raciocínio de adequação, torna as ideias “leis”. E Aristóteles, tomando por base tal raciocínio, conclui que nem o homem e nem um deus são a medida de todas as coisas, mas sim, o próprio bem, em um de seus primeiros *Diálogos*.

Na parábola da caverna, quando Platão estabeleceu seu domínio sobre as vidas do vulgo, estas eram constituídas não só pela contemplação, mas pela fala (*léksis*) e ação (*práksis*), e os habitantes foram retratados como se também eles quisessem ver a verdade em si, embora iludidos por sombras e imagens. Portanto, o governo do rei filósofo também deveria partir desta pressuposição de que “o que faz dos homens humanos é o anseio de ver” (ARENDDT, 2009, p. 155).

Finaliza-se, assim, nosso raciocínio, com fundamento em Hannah Arendt:

Portanto, o interesse do homem filósofo e o interesse do homem *qua* homem coincidem: ambos exigem que os negócios humanos, os resultados da fala e da ação, não devam adquirir uma dignidade advinda de si próprios, mas se sujeitem ao domínio de algo exterior ao seu âmbito (Ibid, p. 156).

Ao delinear os contornos da ideia de autoridade nas sociedades ocidentais, trazemos à tona conceitos essenciais à compreensão da autoridade

no mundo contemporâneo. Assinalamos a importância da noção de hierarquia como elemento caracterizador da autoridade (algo que está “acima”), bem como a relevância do papel do especialista, definições, estas, previstas por Weber (2009) na organização burocrática do Estado moderno.

Passaremos a efetuar, portanto, uma breve análise da teoria weberiana da autoridade, considerando-se que os magistrados estão inseridos em uma burocracia do Estado racional, no qual vige o princípio constitucional da legalidade.

A noção de “Estado racional” é basilar para a compreensão weberiana de autoridade. Segundo Max Weber, “o Estado, no sentido do Estado racional, somente se deu no Ocidente” (WEBER, 2009, vol. 2, p. 517), e fundamenta-se em um funcionalismo especializado, bem como em um direito racional. Tal direito racional tem origem formal (embora não de conteúdo) no direito romano. O antigo processo germânico, também formal, foi submetido a uma releitura a partir do direito romano, ocorrendo tal mudança mediante a participação da monarquia francesa, que criou a instituição dos intercessores (advogados), incumbidos de falar corretamente as fórmulas judiciais, contribuindo também o direito canônico com tal mudança de paradigma. “Esta dupla racionalização do processo, por parte secular e eclesiástica, estendeu-se sobre todo o mundo ocidental” (Ibid, p. 519). Lembramos, com fundamento na obra de Weber, que a Inglaterra, embora berço do capitalismo, não participou de tal processo, já que um estamento de advogados mantinha uma conexão com o tribunal real, e não deixava ninguém tocar nas instituições jurídicas nacionais. Lá dominava o ensino jurídico, e era através deste que se recrutavam e recrutam os juízes²⁴.

Ressaltamos como característica do direito romano a de privilegiar um direito previsível, decorrente da aliança entre Estado moderno e juristas, para impor suas pretensões de poder. Tal direito, formalmente aperfeiçoado, faz com que os funcionários nele formados sejam superiores a todos os demais como técnicos administrativos.

²⁴ Conforme referido no capítulo sobre a jurisdicionalização das demandas sociais e políticas, os países que adotam o sistema da *common law* (dentre eles, a Inglaterra) diferenciam-se até hoje dos países da família romano-germânica, e os membros da sua magistratura são oriundos das grandes corporações jurídicas (*the Inns of Court*).

O Brasil, como já visto, apresenta um sistema misto, sofrendo influências do regime romano-germânico e do *common law*, mas com tendência mais acentuada para o primeiro. Os desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, portanto, cumprem o papel de especialistas em grau de alçada na área do direito dentro do Estado do Rio Grande do Sul.

A superioridade do funcionário formado em direito sobre os demais técnicos administrativos também acontece nas demais carreiras auxiliares da Justiça, como é o caso da Defensoria Pública. Tal constatação aparece na fala do desembargador Henry, quando afirma que uma das causas da jurisdicionalização das demandas é o fato de haver uma defensoria pública muito atuante em nosso Estado. Ele afirma que, “como a defensoria é a área técnica, a sua vontade prevalece sobre a do réu”. Segundo ele, algumas vezes o réu deseja a condenação, até por um fator psicanalítico, de pagar pelo que fez; mas a defensoria não o deixa optar. Nota-se, neste caso em particular, que é apontada uma jurisdicionalização decorrente da própria atividade estatal.

Continuando o nosso raciocínio, assinala-se que o Estado “é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território (...), reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita” (WEBER, 2009, vol. 2, p. 525-6). O Estado, assim, é considerado a única fonte do “direito” que garante (coercitivamente, se necessário) seu cumprimento.

Portanto, afirmamos com Weber, que é condição para a subsistência do Estado o submetimento das pessoas dominadas à autoridade dos agentes que dominam no momento dado. Para explicar as razões de tal submetimento, invocam-se os fundamentos justificativos internos e os meios externos nos quais se apoia a dominação. Para o autor referido, são três as justificações internas (fundamentos da legitimidade) de uma dominação: o costume (dominação tradicional), um dom de graça pessoal, extracotidiano (dominação carismática) e a crença na validade de estatutos legais e da competência objetiva (dominação legal). Indica como meios externos, nos quais se apoia a

autoridade, o quadro administrativo pessoal e os recursos administrativos materiais. O quadro administrativo está ligado à recompensa material e à honra social – ambas relacionadas ao interesse pessoal; o medo de perdê-los, segundo Weber, “é o último fundamento decisivo da solidariedade do quadro administrativo com o detentor do poder” (Ibid, p. 527).

A noção de autoridade em Weber, portanto, parte da ideia de hierarquia - termo utilizado por Arendt em sua argumentação – presente em um Estado racional, que valoriza os seus especialistas. A autoridade, para esse autor, fundamenta-se em razões internas e externas que explicam a dominação, como antes referido. Mas há outro elemento fundamental, em sua teoria, para compreender-se o Estado racional moderno: a sua burocratização crescente. E, como consequência desta, Weber já vislumbrava profeticamente, à época em que escreveu a obra então referida²⁵, uma crise de autoridade, que poderia dar lugar ao surgimento de um pretendido líder carismático “salvador”.

Não sempre, porém, os Estados modernos agem em termos técnicos e burocrático-legais. O desembargador Henry, por nós entrevistado, relatou um fato que assim o demonstra. Segundo ele, o fato de o Estado pagar um valor menor do que o exarado em alguns precatórios, para que a parte desista da ação, significa “que a pilantragem, o cambalacho, foram absorvidos pelo Estado”. Afirma que Executivo não repassa a verba para os pagamentos de maior valor (paga só os pequenos), e o Judiciário perde, desta sorte, autoridade, em decorrência de tal atitude do Executivo. Outro fator que provoca a perda da autoridade do Judiciário, ao nosso ver, e que é trazido pelo magistrado referido, são as decisões judiciais conflitantes, que permitem que duas pessoas, na mesma situação, obtenham decisões contraditórias.

Prosseguindo-se, ainda, na análise da perda da autoridade, refere-se relato do desembargador Henry, de que antigamente, noventa por cento das causas não passavam do juiz singular (esclareceu que tal era a situação no ano de 2002, por exemplo). Além disto, os recursos não iam além do Tribunal de Justiça. E, agora, todas as ações vão para apreciação do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Hoje, qualquer causa vai para o STF apreciar, já que a

²⁵ Durante os anos de 1911 a 1913, conforme o prólogo à quarta edição alemã.

Constituição Federal prevê muitas matérias que não seriam da sua competência (direitos trabalhistas, da empregada doméstica, entre outros), enquanto cabe ao STF apreciar “apenas” matéria constitucional. Ou seja, tem-se hoje quatro graus de jurisdição para praticamente todas as demandas. Interessante a frase do desembargador quanto ao sentimento desiludido do magistrado em geral frente ao quadro referido: “hoje, a sentença do juiz e o acórdão do TJ não vale mais nada”. Notamos, aqui, o sentimento de perda da autoridade, referido por Arendt.

Nessa linha de raciocínio, aparece na fala do desembargador Henry que, atualmente, não interessaria o resultado da ação, mas sim que a decisão seja proferida o quanto antes, a fim de encaminhar o recurso às instâncias superiores. Pensamos, a partir deste relato, que o sentido da ação do juiz enquanto magistrado social, em relação aos outros atores sociais influenciados por sua decisão, parece vazio. Assim prossegue: “o sentido do trabalho mudou, com o maior número de recursos; antigamente, o juiz tinha autoridade”. Notamos que o desembargador expressa claramente, aqui, sua percepção da perda da autoridade. Acreditamos que é importante ressaltar que a crise de autoridade relatada não é aquela decorrente do âmbito social, que remete a última decisão ao magistrado, mas, sim, uma crise de autoridade dentro do próprio Poder Judiciário. E, tomando por base a entrevista efetuada com o desembargador Henry, esta crise ocorreria pelo sistema recursal implementado. Pela fala do desembargador, o sistema burocrático processual teria engessado a autoridade do magistrado singular e dos tribunais estaduais.

Finalizamos nosso raciocínio com a afirmação do desembargador Henry:

Como o juiz é desdito pelos tribunais superiores, houve uma perda da autoridade das decisões inferiores. Às vezes me pergunto: para que estou aqui? Pois uma simples liminar de um tribunal superior derruba uma decisão muito bem fundamentada da instância inferior.

Vemos, assim, como, para estudar-se a perda de autoridade, presente em nossa sociedade contemporânea, é preciso compreender-se de que forma ela está estruturada; motivo pelo qual, a noção de burocracia construída por Weber é fundamental para delinear os seus contornos, e o seu declínio. Vale

lembrar que, como já referido, a jurisdicionalização das demandas sociais e políticas – objeto deste estudo – tem como uma de suas origens este fenômeno (a perda da autoridade, ou a crise das magistraturas sociais que encarnavam “naturalmente” esta²⁶).

O Estado moderno, na perspectiva sociológica weberiana, é uma “empresa. Esta, para Weber, é a sua qualidade historicamente específica. No Estado ocorre a “separação” do trabalhador dos meios materiais do empreendimento (meios administrativos materiais da administração pública) como na indústria. A disposição sobre esses meios está nas mãos do poder “ao qual obedece diretamente o aparato da burocracia (juízes, funcionários, oficiais, capatazes, funcionários de escritório, sargentos) ou a cuja disposição este se coloca ao ser chamado”. Ou seja, “socialização crescente significa hoje também burocratização crescente” (WEBER, 2009, vol. 2, p. 530)²⁷.

Weber nos convence quando afirma que, sem o racionalismo jurídico, são inimagináveis o nascimento do Estado absoluto, bem como a Revolução que acaba com o Ancien *Régime*, ressaltando que, a partir desta última, o advogado moderno e a democracia moderna são inseparáveis. Afirma que o ofício do advogado é a representação eficaz de uma causa em nome de interessados, e, nisto, é superior a todo “funcionário” (WEBER, 2009, vol. 2, p. 534). Somente ele – segundo o autor – pode defender com êxito uma causa apoiada em argumentos logicamente fortes e bons.

²⁶ Esta “naturalização” da autoridade é apenas ilusória, pois nada nas relações sociais de dominação é “natural”, e sim, fruto de um “arbitrário cultural” que, quando objeto de uma socialização bem sucedida, pode ser vivenciada como natural por quem se submete a ele.

²⁷ Mesmo que não se possa falar, no caso, de “burocracia” no sentido weberiano do termo, é curioso registrar a figura do “escriba do presídio”, conforme relatado pelo desembargador Henry. Os referidos “escribas” impetram *habeas corpus* em favor de todos os colegas presos que o solicitam (geralmente, têm uma letra bonita). O desembargador mencionado disse que ele, e os demais colegas, já conhecem a letra quando chega o *habeas*, pois é sempre a mesma. Já sabem que foi o escriba quem redigiu. Pensa-se, assim como o magistrado, que o escriba deve ganhar algo em troca para fazer isto. “Não é de graça”, referiu. Interessante, ainda, neste sentido, a constatação de que existem réus que orientam legalmente as pessoas que vão prendê-los, pois conhecem a legislação com maior acuidade do que as autoridades, segundo relato do desembargador Henry. Este presenciou um assalto em uma loja no centro da Capital, no qual a funcionária estava ligando para a Brigada Militar, e o ladrão disse: “não precisa ligar para a polícia, pois sou 155 (referência ao artigo do Código Penal que rege o furto)”.

A teoria de Weber é plausível, ao nosso ver, quanto ao caráter inescapável da burocracia moderna: “diante dos outros portadores históricos da moderna ordem racional da vida, a burocracia destaca-se por ser inescapável em muito maior grau” (Ibid, p. 540). Lembramos, com o autor, que, assim como aconteceu na China, no Egito e no Império Romano tardio, onde a burocracia conseguiu dominar, ela não desaparece a não ser após o perecimento de toda uma cultura que nela se apoiava. Segundo Weber, a burocracia moderna tem um caráter inescapável ainda mais definitivo, pelo fato de que se baseia na especialização e no treinamento racionais, enquanto aquelas referidas eram burocracias tão somente “patrimoniais”. O funcionário moderno, de acordo com a técnica racional da vida moderna, cada vez mais se sujeita a um treinamento específico e especializado (realidade presente em todas as burocracias do mundo). Mesmo se fosse eliminado o capitalismo privado – afirma Weber – “a burocracia estatal dominaria sozinha” (Ibid, p. 541), fundindo-se à burocracia privada e à pública em uma hierarquia única²⁸.

Acreditamos ser importante analisar, ainda, nesta parte de nosso trabalho, os limites da dominação legal weberiana na sua forma burocrática, tendo em vista o contexto em que está inserida a atividade jurisdicional prestada pelos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, por nós entrevistados. Tomamos, para tanto, algumas ideias de Michel Coutu, cientista social canadense, que ao efetuar tal análise, ressalta o caráter arquetípico da dominação legal weberiana na sua forma burocrática, enquanto “racionalidade jurídica de tipo formal” (COUTU, 1995, p. 193).

Segundo o autor referido, em *Economia e Sociedade*, Weber circunscreve os componentes da dominação legal enquanto tipos ideais, ao passo que em seus escritos políticos fornece elementos para uma crítica da burocracia. Ou seja, apresenta uma limitação inerente à dominação legal de tipo burocrático: a persistência, de forma relevante, do modo carismático de dominação como característica do Estado contemporâneo. Importante saber que os limites da dominação burocrática podem ser assim circunscritos, com base na obra de Coutu:

²⁸ Prenúncio da “nova classe” de *aparatchiks* do socialismo real.

- a) ela não escapa dos conflitos das racionalidades formais e materiais²⁹;
- b) o funcionário busca consolidar a sua posição material, podendo atenuar a flexibilidade e a eficácia da administração como instrumento de dominação;
- c) a burocracia tende a assumir um papel político mais ou menos direto, às vezes preponderante.

Com base em tal raciocínio, ressaltamos, junto a Coutu, que na perspectiva de Weber, o Estado burocrático deve ser controlado por mecanismos que sirvam de contrapeso ao poder, na forma de um controle parlamentar da administração e, certamente, ainda mais, quando está sob a forma de uma autoridade exercida preponderantemente por líderes carismáticos. Conforme Coutu, é justamente aqui que o modo legal-racional de dominação encontra sua limitação efetiva. Os axiomas jusnaturalistas modernos parecem muito sutis para servir de fundamento à crença na legitimidade do direito. De outro lado, a legalidade formal, na situação concreta da moderna democracia de massas, parece, também, segundo Weber, muito enfraquecida para garantir sozinha a legitimidade da dominação. Além disto, deve ser complementada por uma forma carismática de legitimação da autoridade. Finalizamos, aqui, essa ideia, com o questionamento de Coutu sobre se não é, talvez, neste ponto, que repousa o problema da natureza eventualmente decisionista do pensamento político e jurídico de Weber.

O fato de a dominação legal apresentar tais limitações, podendo implicar em uma crise de autoridade, conforme acima referido, pode constituir um dos fatores da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas. Na ausência de um magistrado social legitimado pela tradição, ou de um líder comunitário carismático que solucione os conflitos não resolvidos de forma satisfatória pela lei ou pelo ordenamento jurídico, é cobrado do magistrado judicial um parecer, como último fiador do Estado Democrático de Direito.

²⁹ Assim as define Weber (WEBER, 2009, vol. 1, p. 52): “Chamamos racionalidade “formal” de uma gestão econômica o grau de cálculo tecnicamente possível e que ela realmente aplica. Ao contrário, chamamos racionalidade “material” o grau em que o abastecimento de bens de determinados grupos de pessoas (como quer que se definam), mediante uma ação social economicamente orientada, ocorra conforme determinados “postulados valorativos” (qualquer que seja sua natureza) que constituem o ponto de referência pelo qual este abastecimento é, foi ou poderia ser julgado”.

2.1 O PARADOXO DA AUTORIDADE

Conforme antes referido, “o regime democrático não dispensa a figura de autoridade”, nas palavras de Garapon quando se refere à filosofia de Paul Ricoeur (GARAPON, 1999). Este, entretanto, não ignora a dificuldade de legitimar a autoridade em última instância nas sociedades contemporâneas (RICOEUR, 2008). Apesar de Ricoeur apontar a definição de “autoridade” no dicionário de língua francesa, como “um poder reconhecido ou não de impor obediência”, ressalta-se, com o autor e com Hannah Arendt, que a legitimação é uma característica fundamental da autoridade.

Sem ignorarmos que as instituições de hoje contam com autoridades constituídas, questionamos qual é a autoridade em última instância nas sociedades contemporâneas. Pois a autoridade não se constitui em uma simples relação “mandar-obedecer”, como já sustentava Weber, exigindo uma legitimidade que a credencie, que a autorize a fazer-se obedecer. É necessário, portanto, o reconhecimento, pelo subordinado, desta autoridade (RICOEUR, 2008). É importante lembrarmos, como o faz Ricoeur, da opinião de Arendt, quando esta afirma a diferença entre autoridade por um lado, e a violência persuasão, por outro.

O processo de legitimação da autoridade é visto como um problema atual, pois paira hoje uma dúvida sobre o que é autoridade, devido a uma crise de legitimação. Concordamos com Ricoeur quando aponta que há um descrédito das autoridades, instituições e pessoas que se encontram investidos de um poder, de fato, de impor obediência (RICOEUR, 2008). Tal ideia aparece reforçada pela percepção dos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, por exemplo, quando um dos entrevistados mencionou que há um descrédito da autoridade do juiz, muitas vezes, devido à reforma constante das suas decisões pelos tribunais superiores (desembargador Henry), assim como quando outro, por sua vez, referiu que há um descrédito nas autoridades devido à corrupção de algumas delas (desembargador Adam).

Pensamos, como o faz Ricoeur, que o processo sobre o qual estamos tratando não seja, talvez, a “perda” da autoridade no mundo moderno, como pretendia Hannah Arendt (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 104), mas sim de “transformação” da autoridade, pois são ainda mantidos alguns liames com o passado. Mesmo na Revolução Francesa, quando o direito da razão se opôs à autoridade do monarca (a soberania), esta foi deslocada para o povo, não desaparecendo. É coerente com tal argumento a constatação efetuada pelo desembargador Adam, quando trabalhou em Varas interiores do estado como magistrado, de que o médico do município detinha uma verdadeira autoridade em seus pareceres e decisões, pois estes não eram questionados judicialmente; ao contrário do que percebeu quando chegou à capital. Este fato nos remete à teoria weberiana segundo a qual nos grandes centros urbanos acontece um enfraquecimento das relações sociais, pois o indivíduo se dilui no anonimato da multidão. Talvez, como consequência disto, a crise de autoridade se demonstre com maior relevância neste contexto. Seguindo esta linha de raciocínio, poderíamos dizer que ocorreria, na atualidade, uma transformação da autoridade, que se apresenta de forma diferenciada em realidades mais ou menos urbanizadas. É nos grandes centros urbanos, portanto, que o juiz figuraria como o último guardião dos princípios democráticos, substituindo os magistrados sociais que nas sociedades tradicionais davam conta de determinadas demandas cidadãs.

Lembramos, ainda, com Ricoeur, a crise da religião e da tradição apontadas por Arendt em face do ideal iluminista, seguida pela crise deste último. É importante a referência do filósofo quanto à cristandade, ligada à autoridade institucional da Igreja, nos séculos XVII e XVIII, que mantinha uma autoridade predominantemente enunciativa (associada à autoridade das Escrituras). O magistério eclesiástico, na época referida, teve o papel fundamental de unir a tradição à religião, momento em que a autoridade da Igreja “passou a gerir soberanamente a tradição, sede do poder simbólico” (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 108-9). A instituição delimitou, assim, o cânone escriturário. Neste contexto, a autoridade eclesiástica foi beneficiária e

herdeira da autoridade política do Império Romano, pois Pedro foi a Roma fundar a Igreja devido ao poder político que ali estava³⁰.

Referimos o caráter simbólico da autoridade em Roma devido à nossa herança cultural inquestionável, e que subsiste, hoje, para nós, ocidentais, entre outros aspectos, no fato de que a autoridade, ainda de cunho político, conserva certa dimensão religiosa, devido ao elo da tradição que veicula a energia da fundação. Lembra-se que Garapon, conforme referido no primeiro capítulo deste trabalho, aponta o ideal latino de que a autoridade profira uma decisão “redentora”, “milagrosa”, que solucione todos os problemas.

Gostaríamos de analisar, ora, como aprofundamento de nosso estudo em torno da autoridade, a abordagem do par “dominação-legitimação” presente na teoria das categorias sociológicas e na tipologia da dominação de Weber, com base na argumentação de Ricoeur. Pois, considerando que a crise de autoridade é tida como uma das causas da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas, devemos saber de que autoridade estamos tratando.

Lembramos, com Ricoeur, que Weber utiliza como estratégia de raciocínio o conceito progressivo da noção de dominação (acompanhado da noção de legitimação e de crença) e uma distribuição tipológica de tal noção. Além disto, Weber pretende compreender a interpretação (o fator causal está nela contido) da ação, e sua explicação, já que ela faz sentido para o agente humano (sentido subjetivo) e também em relação a outros sujeitos (sentido intersubjetivo). Inclui-se, ainda, nesta atividade social weberiana, as adesões ativa e passiva (o não agir é ainda agir!). Importante a ressalva de que os tipos ideais de Weber não podem ser dissociados do chamado individualismo metodológico deste autor, pois o real, para ele, é sempre o indivíduo; a ação social implica intersubjetividade (RICOEUR, 2008).

³⁰ Devemos lembrar que Roma é uma cidade única, devido ao caráter sagrado de sua fundação, que extrai autoridade de si mesma e de sua vetustez, conforme nos assinala Ricoeur. Nela, “a tradição da autoridade é idêntica à autoridade da tradição” (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 110), pois a transmissão do acontecimento fundador desde a origem da própria fundação lhe dá uma legitimação mítica.

Partindo da análise de três conceitos intermediários (ordem, diferença e hierarquia) trazidos por Weber, pretendemos chegar à noção de dominação-legitimação, seguindo, desta forma, o raciocínio trilhado por Ricoeur. A *ordem* (primeiro conceito a ser aqui abordado) “designa uma organização ou um organismo dotado de estabilidade própria” (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 153). Ricoeur nos chama a atenção para o fato de que Weber introduz o problema da legitimidade em relação à ordem quando afirma que esta exige uma garantia, seja pela entrega sentimental, ou de modo racional, segundo os valores, ou ainda pela fé religiosa (RICOEUR, 2008). São os agentes sociais, nesta teoria, os que dão validade legítima a uma ordem (numa visão de baixo para cima). O segundo conceito a ser analisado, conforme proposto, é o da *diferença* entre aqueles que seriam os dois funcionamentos da ordem: integrador (os agentes têm o sentimento de pertencimento comum) e associativo (os agentes formam elos recíprocos semelhantes a uma relação contratual; o elo é mais exterior, e menos pessoal). Tais aspectos devem ser relacionados ao conceito de “fechamento” de um grupo, considerando-se, aí, a identidade coletiva. Por fim, um último conceito intermediário nos levará à análise do par “dominação-legitimação”. Referimo-nos à *hierarquia*, que é fruto de uma diferenciação entre dirigentes e dirigidos dentro de um grupo fechado.

Não podemos esquecer, entretanto, como ressalta Ricoeur, que a problemática do reconhecimento está constantemente presente na problemática da legitimidade weberiana. Esta reside na contestação eventual “de toda e qualquer posição dirigente em relação à posição de subordinação” (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 156). E, além desta, é importante recordarmos da problemática da violência, que é trazida à baila por Weber junto com o tema da legitimação, já que o poder não se impõe apenas com regras formais, mas também por coerções. A ameaça do uso da força está sempre no horizonte do problema da autoridade. Pois, para Weber, não é plausível que uma forma de governo satisfaça a todos; e a suposição de que uma minoria queira submeter a maioria traz de volta o elemento coerção (a unanimidade é perigosa, pois não identifica os direitos da minoria).

Analisados, assim, tais conceitos intermediários que consideramos fundamentais, passaremos ao conceito weberiano de *dominação*. Esta seria a probabilidade de que um comando específico seja obedecido por um determinado grupo de pessoas. Há, aqui, portanto, uma expectativa de obediência pelo outro, que exige certa credibilidade do sistema de poder. Se refletirmos sobre o conceito de legitimação na obra de Weber, poder-se-ia afirmar que chegamos, talvez, ao cerne de sua tese central, segundo a qual todo poder reivindica adesão, e que pretendendo tal reivindicação ser sempre legítima, recorrerá, para isto, à crença. Há, assim, uma reivindicação de legitimidade; todas as dominações procuram despertar e alimentar a crença na legitimidade. Está-se, portanto, novamente diante da problemática do reconhecimento (RICOEUR, 2008).

Apontamos, ainda, os três tipos de dominação legítima arrolados por Weber - racional, tradicional e carismática, que seguem uma “ordem descendente de clareza e crescente de opacidade”, na opinião de Ricoeur (2008, vol. 2, p. 160). Pensamos, com ele, que tal pode ocorrer devido ao fato de que os tipos ideais estão ligados à racionalidade potencial de seu referente. Há, assim, uma racionalidade decrescente na tipologia referida, pois o mais pensável é a motivação racional baseada na crença da legalidade. Tomamos, assim, para análise, a abordagem weberiana da autoridade baseada na crença da legalidade dos regulamentos e no direito de ditar diretivas, com ênfase no primeiro critério apontado por Weber. Destarte, a direção administrativa, que caracteriza o sistema burocrático em seu conjunto, representa o ponto extremo da racionalidade segundo a legalidade, para Weber. É importante salientar, ainda, que a crença na formalização decorre da crença daquele que a reivindica, ou seja, subsistem sinais do carismático no tradicional e do tradicional no legal (RICOEUR, 2008).

Mostra-se relevante, a estas alturas do presente estudo, prosseguirmos analisando a racionalidade contida no funcionamento da autoridade weberiana, permitindo-nos alertar para o fato de que o controle do aparelho burocrático é aqui efetuado pelo especialista, em detrimento do político. E, lembrando a nossa pesquisa efetuada com os desembargadores do Tribunal de Justiça

gaúcho, acreditamos que é importante referir, neste momento, que eles detêm o cargo de especialistas máximos do Poder Judiciário, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Sem esquecermos, entretanto, como já referido neste trabalho, que não podemos negar o aspecto político da atividade judicante.

Continuando, assim, a analisar a racionalidade contida no funcionamento da autoridade weberiana, frisamos que a legalidade tende a dissimular alguns resíduos de dominação tradicional e de motivação carismática, indispensáveis ao seu funcionamento, já que nenhum poder funciona em um tipo único e isolado. A dominação tradicional está assentada na própria vetustez do poder antigo, pelo “sagrado” (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 163), enquanto a dominação carismática é baseada na sacralidade da força dos heróis, no caráter exemplar de uma pessoa ou da ordem das coisas por ela criada ou revelada. Concluimos, assim, o nosso raciocínio, apontando que o ato de tomar decisões (do tipo das exaradas pelos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, pesquisadas neste trabalho) remete sempre a algo de tradicional ou carismático, e que toda esta problemática reporta-se à questão da credibilidade e do reconhecimento.

Aprofundando a análise da autoridade no âmbito judiciário, cremos importante prosseguir com o raciocínio de Ricoeur, quando do seu comentário à obra de Antoine Garapon³¹, abordada no primeiro capítulo de nossa dissertação. Não se pode negar o domínio crescente que a justiça tem exercido sobre a vida coletiva, ao lado da crise de deslegitimação enfrentada em nossos países democráticos pelas instituições que exercem autoridade. Também não se pode esquecer, como o faz Garapon, a “igualdade de condições” (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 178) que caracteriza (senão como realidade sempre presente, ao menos como princípio orientador) nossas sociedades democráticas ocidentais, em detrimento das antigas hierarquias que atribuíam a cada um o seu lugar, evitando conflitos, ainda que cristalizando as distâncias sociais. Em decorrência, nossas sociedades de “iguais” se voltam aos juízes, procurando uma autoridade fabricada artificialmente. Seguindo este raciocínio, vê-se que o pedido de justiça vem muitas vezes de um âmbito político carente

³¹ GARAPON (1999).

de pontos de referência certos, no qual o direito se transforma na última moral comum. Haveria, assim, um recuo das práticas democráticas, e um avanço das intervenções judiciais. O judiciário teria, portanto, uma função tutelar do sujeito, a meio caminho entre a coerção e o conselho. O juiz, mesmo assim, não perde o papel de “terceiro” nos conflitos, já que a identificação com as vítimas seria o descumprimento de sua obrigação de imparcialidade, configurando-se, desta sorte, o caráter paradoxal da posição do magistrado na relação jurisdicional.

Conforme abordado por Garapon, e lembrado por Ricoeur, o juiz se vê perplexo diante deste papel que lhe é exigido, de reabilitar uma instância política da qual deveria ser apenas fiador. A justiça, desta forma, teria uma função de instituição identificadora³² do sujeito, ao fazer do debate em um espaço público, livre das paixões, uma cerimônia verbal que criaria a justa distância entre todos os jurisdicionados, instaurando, assim, a autoridade, pela formalização. Mas, apesar de o ativismo jurídico ocorrer em detrimento do político, pensamos (com Garapon e Ricoeur) que se deve buscar uma postura militante nas duas esferas, através do papel mediador das instituições representativas do Estado de direito, e pelo avanço da democracia associativa e participativa, desprofissionalizando ao máximo a representação política.

Esse tema não passa ao largo da experiência jurídica vivenciada pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que como nos manifestou o desembargador Henry, por nós entrevistado, sentem-se inconformados de decidir as questões decorrentes do aborto preventivo decorrente de anencefalia do feto, em lugar da autoridade médica competente. Vemos, assim, que para os magistrados, como o referido, a autoridade da figura tradicionalmente competente para tomar uma decisão deste tipo deveria prevalecer sobre a do juiz, porque, no seu entender, mais do que jurídica, é de saúde pública e ordem social.

O desembargador Adam, por sua vez, quando manifestou seu entendimento acerca do tema aqui tratado, remitiu a um voto por ele proferido

³² Conceito elaborado por Charles Taylor (**Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna**. Barcelona: Paidós, 1996).

sobre o aborto preventivo, no qual abordou o fato de a sociedade remeter ao Poder Judiciário decisões que cabem às magistraturas sociais. Conforme sua decisão, causa estranheza a apresentação ao Judiciário de pedidos como os do médico que solicita autorização para efetuar transfusão de sangue em paciente necessitado, mas fiel a religiões que a proíbem, o do hoteleiro que pede autorização para reter bagagem do hóspede inadimplente, entre outros (incluir-se-iam, aqui, as causas que versam sobre o aborto preventivo em decorrência de risco de vida da mãe, já que autorizado ao médico efetuar tal procedimento por força da lei). Repudia tal procedimento, no seu voto, por duas razões: pela desnecessidade de ingressar em juízo (pois tais providências são autorizadas pela lei, e podem ser tomadas pela autoridade social respectiva sem intervenção judicial) e pela incompetência do juiz para decidir a respeito do assunto.

Concluimos tal raciocínio transcrevendo parte do voto exarado pelo magistrado Adam:

O pedido deduzido em juízo é desnecessário, uma vez que as faculdades jurídicas podem ser exercidas espontaneamente, decorrendo a autorização para isso não do entendimento do juiz, mas da própria lei. Assim, tais pretensões apresentadas à Justiça são tão absurdas como as que o agredido apresentaria para agir em legítima defesa, ou as do policial para prender um infrator em flagrante delito, ou, ainda, as do médico para praticar o aborto a fim de salvar a vida da gestante. Além do mais, a ingerência do Judiciário na vida dos cidadãos deve ser a mínima necessária, o que desaconselha o alargamento das atribuições do Juiz e do Ministério Público, cuja audiência será sempre requisitada.

Muitas das demandas formuladas aos juízes, hoje, pareceriam provir de certa “timidez” dos titulares das “magistraturas sociais” tradicionais em assumir o papel de autoridade sem a chancela do juiz. Mencionou, por fim, o desembargador Adam, no voto acima mencionado sobre pedido de aborto preventivo de feto anencéfalo, que nos casos que revelam risco de vida materno, “na realidade, sequer necessitam de autorização judicial, cabendo ao médico tomar as medidas adequadas a fim de salvar a vida da gestante”.

Percebemos claramente, na parte da decisão do desembargador Adam, acima transcrita, uma abordagem crítica à jurisdicionalização de demandas

sociais e políticas, cuja decisão tradicional era de competência das autoridades sociais. Conforme mencionado na decisão, a lei autoriza o médico a praticar o aborto para salvar a vida da gestante; não necessitaria este, portanto, submeter tal decisão ao Judiciário. Quando entrevistado, o desembargador Adam referiu, entretanto, que tal busca do Poder Judiciário não decorre, no seu entender, tanto de uma crise das autoridades sociais, mas sim, da consciência de cidadania, que desperta a busca por direitos, tanto no plano do Poder Legislativo (por meio do voto), como no plano do Poder Judiciário (por meio da ação judicial). Segundo ele, o cidadão busca, na verdade, o mesmo Poder ao ajuizar a demanda, já que o poder do Estado é uno: “o que uma função do Estado não resolve, a outra o faz”. Ressalta, entretanto, a importância do Poder Judiciário na defesa das minorias, pois estas muitas vezes são desatendidas pelo Congresso. Pensamos, neste caso em particular, que o desembargador se referia, quando da entrevista, ao fenômeno da judicialização (apontado por Vianna, como já estudado no capítulo 1), que consiste em remeter ao Judiciário um grande número de demandas decorrentes da democratização da sociedade e sua pluralidade de direitos. Por outro lado, no voto por ele proferido, é mencionado este fenômeno segundo o qual o magistrado, ao proferir a decisão judicial, cumpre um papel “de substituição às magistraturas sociais das sociedades tradicionais, quanto a tais assuntos”.

Na sociedade tradicional, o médico de família ou o sacerdote frequentemente eram quem decidia se deveria ser efetuado o aborto preventivo. Hoje, apesar de a lei autorizar o médico a proceder ao aborto preventivo quando há risco de vida da mãe (assim como autoriza ao hoteleiro reter a bagagem do hóspede inadimplente, conforme referido na decisão transcrita), a crise de autoridade leva o cidadão a buscar “uma última palavra” do Judiciário para autorizar tais medidas, pois vê-se o juiz como o último fiador do Estado democrático de direito em um mundo desertado por outras “figuras de autoridade”.

É importante salientar, todavia, que, quando entrevistado, o desembargador Adam reconheceu ser natural que o Judiciário intervenha nestas demandas crescentes, sendo o importante, para ele, que os três

Poderes do Estado tenham qualidade na prestação do serviço. A seu ver, no Judiciário, assim como nos serviços de saúde, “a parte não quer saber se houve seiscentos atendimentos: ela quer a decisão dela, embora possa sentir-se injustiçada quando recebê-la”. O importante, para o magistrado referido, é que a decisão esteja bem fundamentada, até para permitir que, no caso de a parte não se convencer, possa continuar o litígio, buscando a qualidade da prestação do serviço.

Os juízes, porém, não se sentem cômodos em seu novo papel. Assim, o desembargador John afirmou, quando entrevistado, que “existem, no Brasil, outras instâncias sociais para resolver diversos problemas éticos, mas, como não resolvem, aumenta o número de demandas judiciais”.

O desembargador Gregory, por sua vez, ressaltou que nenhum médico faz um aborto – mesmo nos casos previstos em lei – para depois pedir autorização judicial, mas sim, pede esta antes. Esclarece que, depois de efetuado o aborto, é muito mais difícil comprovar que o feto tinha problemas de inviabilidade. E, então, o médico pode ser processado, porque, em princípio, teria cometido um crime. “É uma questão, portanto, até de produção de prova”, refere ele. Mas o desembargador afirmou que, contrariamente à fantasia intuitiva dos litigantes, nunca se sabe, em juízo, o que realmente vai acontecer: há um risco muito grande para o médico, pois “o destino dele dependerá da cabeça do juiz”. “O princípio do livre convencimento do juiz gera uma dúvida” - afirmou. Interessante esta fala do desembargador, ao nosso ver, pois é trazido um novo elemento decorrente da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas: a insegurança jurídica (comentada, inclusive, por diversos dos entrevistados). Parece-nos, assim, que, as decisões contraditórias dentro do Poder Judiciário, são inclusive causadoras de uma crise de autoridade deste Poder.

Concluindo o nosso raciocínio, apontamos a afirmação do desembargador Gregory de que, quando um casal ajuíza ação solicitando o aborto preventivo, “tal não ocorre devido a uma crise de autoridade médica, mas sim, porque o médico não realiza o aborto sem o respaldo judicial”. E isto não ocorre porque haja uma crise de autoridade médica, segundo ele, mas

porque o aborto é crime. “É uma questão de precaução médica, e da gestante” - assinalou. Segundo ele, as autoridades sociais não podem substituir o juiz na decisão de interromper a gravidez, porque é um crime contra a vida: “só o juiz pode dizer isto”. Ele afirma, ainda, que não sente desconforto em julgar tais demandas, e tampouco em julgá-las contra o parecer de outras autoridades.

Interessante a visão trazida pela desembargadora Nancy quando indagada se a perda de autoridade, a seu ver, levou à jurisdicionalização das demandas sociais e políticas. Exemplificou afirmando que quando o filho não vai para a escola e o pai é processado, a punição não resolve a situação, e ainda desautoriza ainda mais o pai. Este pai precisa ser fortalecido por ações educativas, segundo ela. É o caso, também, no seu entender, das meninas que furtam em São Paulo, nas ruas; como são ainda crianças, não podem ser punidas. Em sua opinião, processar as mães de tais crianças, apenas, não resolve: “é o mundo do faz-de-conta do Judiciário”. Ou seja, “cada autoridade fez a sua parte, mas no mundo real não mudou nada; só no mundo do papel”. Notamos aqui, novamente, um questionamento acerca da forma como é exercida a autoridade do Poder Judiciário, no papel de substituto das magistraturas sociais. Segundo o depoimento da desembargadora, “a falta de autoridade do pai de família, em determinados, casos, não consegue ser suprida com eficiência pelo Poder Judiciário”.

Pensamos que contribuirá muito ao nosso estudo efetuarmos uma comparação entre o ato médico e o ato judiciário, com base nas ideias trazidas por Ricoeur, tendo em vista que a decisão judicial sobre o aborto preventivo tomada pelos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, baseia-se, na quase totalidade das vezes, em pareceres médicos. Muitas dessas demandas se relacionam com a questão médica e o diagnóstico, seja no caso de risco de vida da mãe, ou de fetos com deformidades físicas, entre demais aspectos.

Apontamos, com Ricoeur, que nos dois tipos de decisão (médica e judicial) há uma primeira semelhança: passa-se de um saber de normas e conhecimentos teóricos para uma decisão concreta quanto a uma situação dada. Ou seja, submete-se um fato único, particular, de uma pessoa, à regra

geral, mediante um julgamento: o juízo médico, ou a sentença que pronuncia uma palavra de justiça.

No cerne da ética médica consta um “pacto de tratamento” entre o médico e o paciente (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 240), baseado na confiança. A prescrição médica, ao final deste processo, tem o seu equivalente na sentença judicial. Não podemos esquecer as regras que constituem o código deontológico, que normatiza cada ato médico. A primeira seria o sigilo médico (que visa cumprir o pacto de confiança); a segunda, o direito que o doente tem de conhecer a verdade (limitado pela prudência – sabedoria prática – pois a revelação deve ser proporcional à capacidade de o paciente recebê-la e aceitá-la); e a terceira, o consentimento esclarecido (quando o paciente se alia ao médico na luta contra a doença). Além do código deontológico, soma-se o conjunto de saberes científicos, nos ramos biológicos e médicos, que guiam o saber prático do médico. Alertamos para o fato de que estes saberes são movidos pela curiosidade acerca do organismo humano, e não pela compaixão, e pela solicitude (características da medicina). Portanto, deve ser buscada a equidade, o equilíbrio, entre o saber científico e o saber prático. O desenvolvimento da medicina preditiva aumentou a pressão do aparato científico sobre o terapêutico, e a ciência avança mais rapidamente que o diagnóstico médico efetuado “na cabeceira do doente” (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 242). Alertamos que este é o caso do aborto preventivo por motivo de risco de vida da mãe ou deformidades no feto, que são detectados com o uso da tecnologia avançada, antes não disponíveis em nossas sociedades. Portanto, ao nosso ver, o médico de família das sociedades tradicionais tinha uma relevância, uma autoridade, em seu diagnóstico, que o médico da atualidade talvez tenha perdido, entre outros motivos, em decorrência do avanço tecnológico.

Antes de abordar o ato judiciário, especificamente, cabe referirmos algumas diferenças entre este e o ato médico, na linha de raciocínio seguida por Ricoeur. Enquanto o ato médico decorre do sofrimento seguido do pedido de tratamento, o ato judiciário se origina do conflito. Além disto, ao final desses processos, chega-se a conclusões opostas: enquanto o pacto de tratamento

une na mesma luta médico e paciente, a sentença judicial separa os protagonistas, declarando um como vítima, e outro como culpado. As semelhanças entre os dois atos em questão ocorre no entremeio de seus processos, que é o ato de decisão em si: que conduz do nível normativo ao nível concreto de resolução do estado inicial de incerteza. Passa-se, então, a analisar os aspectos que influenciam a decisão judicial, tomando como nossa a visão do autor referido.

O primeiro aspecto a ser, por nós, apontado como necessário ao processo judiciário é o conjunto de códigos escritos, jurisprudência e regras processuais. De outro lado, está a doutrina dos juristas. E, como terceiro fator de influência, podemos arrolar a política penal do Ministério da Justiça, componente do projeto de política geral do governo. Para além do momento da decisão, poderíamos pensar que o paralelo da efetivação do tratamento médico, seria a execução penal. Mas, voltando a analisar a semelhança entre os dois atos decisórios aqui tratados, tal se dá no momento da decisão, ambos efetuando operações de argumentação e interpretação. Cumpre salientar, entretanto, que os argumentos do ato médico são bem mais conhecidos e estudados socialmente do que os utilizados na decisão judicial. Por tal fato, inclusive, se torna importante clarear o momento de tomada de decisão dos magistrados, principalmente em situações nas quais a norma legal nem sempre prevê o caso concreto a ser solucionado (como ocorre, muitas vezes, nas causas que versam sobre aborto preventivo, por nós analisadas). Prosseguindo, assim, o nosso entendimento, é relevante lembrar que os vários protagonistas do campo judiciário e a sua complexa dialética de julgamento não permitem uma operação mecânica e linear de argumentação e interpretação. O julgamento, tomado inicialmente em sua acepção jurídica, ganha amplitude se o transferirmos para a esfera não jurídica. A argumentação, portanto, envolveria o lado lógico do processo (dedução ou indução) e a interpretação enfatizaria a inventividade, a originalidade, a criatividade. O misto dos dois significaria “aplicação”: aplicar uma regra a um caso (ou encontrar uma regra para o caso) “é produzir sentido” (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 245).

Prosseguiremos, então, nossa análise, abordando a semelhança entre a prescrição médica (modelo de decisão de uma figura de autoridade tradicional) e a sentença judiciária (modelo de decisão da nova figura de autoridade que sem deixar de ser um magistrado de direito aparece, por essa mesma razão, como o único magistrado socialmente legitimado), para além do processo de formação do juízo: para os aspectos formais presentes no momento em que a decisão é ditada à maneira de um evento, como propõe Ricoeur. A primeira semelhança, destarte, residiria no fato de que tanto o médico quanto o magistrado, na maioria das vezes, são obrigados a julgar em um espaço limitado de tempo. Além disto, não podem subtrair-se da obrigação de julgar, a não ser no caso de se declararem incompetentes. Como segunda semelhança, podemos apontar o fato de que, em ambos os casos, a tomada de decisão é um evento irreduzível ao processo que ela conclui: a decisão põe fim à hesitação que existia antes de sua pronúncia. É, aliás, o que constrói o modo adjudicatório do agir de ambos.

Alerta-se para o fato de que a decisão judicial é passível de recurso para tribunais superiores, mas, de todo o modo, mantém características de irreduzibilidade em cada instância em que é pronunciada, até estabelecer-se, definitivamente, no julgamento de último grau. Lembramos, ainda, que o ato médico também pode ser objeto de revisão, seja na alçada médica, seja até em sede judicial; pois, conforme viemos argumentando, a autoridade está em crise, e a autoridade médica faz parte deste contexto. O magistrado, ao decidir sobre o ato médico, é instado a pronunciar-se sobre argumentos que não são da seara jurídica, mas sim, da deontologia médica, dos saberes científicos e biológicos, e da saúde pública. Desta forma, a decisão política, de competência da autoridade médica, é transferida ao magistrado, para que este tenha a palavra final, irreduzível, capaz de extinguir a dúvida, a incerteza, a falta de autoridade social.

Indagado sobre as decisões judiciais que versam sobre o aborto preventivo do anencéfalo, em decorrência do julgamento recentemente

proferido pelo Supremo Tribunal Federal³³, bem como se as demandas judiciais deste tipo decorrem de uma crise de autoridade do médico, o desembargador Adam afirmou que, hoje, qualquer cirurgia que não agrade ao cliente nos EUA gera indenização muito grande, e muitos processos judiciais. Afirmou que tal questão cultural chegou até nós. Importante o relato do desembargador referido, por outro lado, de que, enquanto esteve no interior do Estado do Rio Grande do Sul (até o ano de 1990), não julgou nenhum caso desses de aborto preventivo. Na sua visão, isto foi importado de outros países, e, em decorrência disso, os médicos começaram a se precaver, devido a “um problema ético da sociedade”.

Interessante, ao nosso ver, aparecer, ainda, na fala do desembargador referido, ideia semelhante à mencionada por Ricoeur: “é um problema de educação e lealdade do paciente com o médico”. A confiança da relação médico-paciente, portanto, parece ser fundamental para impedir a jurisdicionalização de tais demandas, segundo o magistrado, apesar de referir anteriormente que tal se deu, também, por influência do modelo norte-americano. Prosseguindo-se em tal raciocínio, destaca-se a sua afirmação de que quando nos deparamos com demandas desta natureza, geralmente estamos diante de uma medida cautelar do médico, lembrando que tais demandas estão só em Porto Alegre, e não no interior do Estado. Explicou que tal se dá, no seu entender, devido à relação de confiança e imediação com o médico no interior; avisa que na Capital não ocorre, devido ao tamanho da população. Tal constatação prática do desembargador, aliada à sua interpretação do fato, de que a superpopulação diminui a relação de confiança e personalidade entre médico e paciente, ocasionando a jurisdicionalização de tais demandas, vem ao encontro da teoria weberiana, conforme antes referido. Notamos, entretanto, que o magistrado não se refere à crise de autoridade como fator da jurisdicionalização, mas sim, à crise da relação de confiança entre médico e paciente. Todavia, como antes dito, a legitimação da autoridade

³³ Como já referido, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão histórica quanto ao tema no dia 12 de abril de 2012, quando aprovou, por oito votos a favor e dois contra (de Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso) o direito de as gestantes interromperem a gravidez nos casos de fetos anencéfalos (malformação do tubo neural). Frisa-se, entretanto, que conforme já referido neste trabalho, um dos desembargadores entrevistados mencionou que tal decisão se aplica apenas aos casos de anencefalia “total”.

pressupõe um voto de confiança; talvez estejamos falando do mesmo fato, apenas com outras palavras.

Acrescentamos, ainda, com base nas declarações do desembargador Adam, que o aborto preventivo é também um reflexo social da massificação no exercício das profissões liberais; pois, como um médico do Sistema Único de Saúde - SUS atende, hoje, seiscentas pessoas por dia, não quer assumir a responsabilidade de resolver um aborto preventivo sozinho, às vezes até por carência de recursos materiais. O médico para dar resposta qualificada ao pedido, depende de vários exames, que em muitas ocasiões a paciente não tem recursos financeiros para pagar (à diferença do que ocorre com o ajuizamento da demanda, quando o Judiciário determina que os exames sejam efetuados gratuitamente). Importante salientar que, conforme referiu o magistrado mencionado, o grupo social que mais solicita o aborto preventivo é a classe média baixa, que vai ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e não tem um contato mais próximo com o médico. Para ele, a questão financeira se alia, assim, ao problema da confiança na relação médico-paciente. Como o médico não conhece a paciente, ele também tem que ser precavido. Nas palavras do desembargador Adam: “é como no momento de efetuar um negócio: no primeiro contato, tem que haver um mínimo de cautela”; é o resultado da quebra do princípio da confiança.

Creemos importante referir, também, a comparação que efetuou o desembargador Adam entre a qualidade do serviço prestado pelo médico, com a qualidade do serviço prestado pelo magistrado que vai julgar a decisão médica sobre o aborto (ou a falta de decisão médica). Ambos prestam um serviço público, segundo o desembargador entrevistado, que precisa ter qualidade. Trouxe, assim, mais uma semelhança entre a decisão médica e a judicial, complementando a proposta de Ricoeur.

Outro aspecto relevante a ser tratado, a estas alturas do presente estudo, é o tipo de demanda sobre aborto preventivo que chega ao Tribunal de Justiça gaúcho para ser julgada. Voltando ao caso do aborto preventivo do anencéfalo (o maior número de demandas é sobre este assunto), o desembargador Adam afirmou que tais ações judiciais estão se aperfeiçoando

cada vez mais, e que apreciou dois últimos casos diferentes em relação aos anteriores. Antigamente, as demandas chegavam até ele apenas com o laudo do perito médico, dizendo que o feto tinha problemas, e que havia risco de vida, entre outros aspectos. O médico não podia dar prognóstico de que o feto iria falecer. Hoje, tais laudos já afirmam que, certamente, haverá morte do anencéfalo após um período de tempo curto, embora não possa dizer exatamente quantos meses irá sobreviver. O desembargador afirmou que denegou alguns pedidos de aborto preventivo porque, no laudo, o médico dizia que não havia risco de vida. Interessante a interpretação da “decisão médica” nestes casos, por ele efetuada: “o médico tem que tomar uma decisão parecida com uma decisão divina, decidindo entre a vida de um ou outro (a mãe ou a criança)”. Notamos, aqui, a ideia de Garapon quanto ao aspecto delicado de tais decisões da área da bioética, que será abordado também no terceiro capítulo deste estudo. O desembargador afirmou ainda que, muitas vezes, o pedido de aborto decorre de problemas psicológicos, e não físicos, da mãe e da família como um todo. Pensa que as áreas científicas (Psicologia e Serviço Social) têm que informar no processo a situação, a fim de melhorar a qualidade do atendimento do Judiciário nestas causas.

Salientamos, assim, que o desembargador acima referido reconheceu a importância de outras autoridades sociais para se manifestarem a respeito dos temas de bioética, conforme referido por Vianna e Garapon. Comentou que, no interior do Estado, trabalhou em Vara de Menores, na qual não havia psicólogo e nem assistente social. Então, “o juiz era o pai”; e isto constituía um problema, no seu entender, pois os magistrados de direito não têm conhecimento em todas as áreas. Disse ele que não é perito, e não tem este papel: então, há que se nomear o profissional competente. Notamos, aqui, a referência ao papel do juiz como substituto da autoridade social ausente: o pai. Também a importância dada ao especialista em nossas sociedades burocráticas, conforme referido por Weber. O magistrado esclareceu que, quando teve que assumir, de fato, esse papel de substituto do pai e do psicólogo nas demandas judiciais, viu-se forçado a estudar sobre essas áreas, e dialogou com psicólogos, a fim de esclarecer as suas dúvidas. Destacamos, assim, mais uma vez, a importância de o desembargador referir a sua atuação em demandas judiciais nas quais se

exige do magistrado conhecimento em matérias não jurídicas, como no caso de ações envolvendo interesses familiares, de menores (e até médicas), as quais se refletem em decisões que, nas sociedades tradicionais, eram tomadas pelas autoridades sociais dotadas de competência consuetudinária.

Prosseguindo nosso raciocínio, inspirados na fala do desembargador Adam, cabe referir a sua alusão ao fato de que apesar de a igualdade ser uma busca eterna em nossas sociedades democráticas ocidentais, a busca por uma autoridade que diga o que é certo parece ser natural. Diz assim:

Quando não havia uma explicação para o clima, perguntavam ao Pagé, ou oravam para o totem, ou, antes disto, para o cacique da tribo. Havia divisão de poder. Mesmo no Egito, onde o faraó era Deus, existiam classes e castas. A autoridade é do mundo, e inclusive do mundo atual.

Reconhece, assim, o magistrado, a importância da autoridade no mundo contemporâneo, e prossegue esclarecendo que muitas causas que, em certa época, chegavam até ele sobre aborto preventivo, decorriam de uma discussão sobre a competência para julgar tais demandas. Afirmou que após a decisão do STF sobre o anencéfalo (antes referida), que é só jurisprudência ainda (não é súmula vinculante), ele pensa que com certeza haverá regulamentação desta questão pelo Conselho Federal de Medicina, que talvez dê confiança ao médico. Interessante a sua menção ao fato de que havia dúvidas sobre a legalidade do aborto preventivo do anencéfalo em alguns casos, inclusive no tocante à possibilidade de o médico ser submetido ao Judiciário. Segundo o seu raciocínio, que nos convence, a partir de agora, com o Estado apoiando tal decisão, ao invés da pré-judicialização para efetuar o aborto, talvez ocorra o contrário: serão submetidas ao Judiciário demandas sobre o aborto preventivo já cometido. “Mas, qualquer situação que envolva risco, cabe ao Judiciário julgar”, referiu, “pois existe o direito de petição aos órgãos públicos, que deve ser exercido”. E frisou: **“o Judiciário é para isto, para resolver conflitos”** (grifo nosso). Ressaltamos, ainda, a informação por ele trazida de que desde a decisão proferida pelo STF sobre o aborto preventivo do anencefalo, não recebeu mais nenhum processo sobre este assunto. E, como informou que o

processo de aborto tem preferência de tramitação, e chega logo às mãos do julgador, teria conhecimento imediato da demanda.

A percepção, portanto, trazida da experiência profissional do desembargador Adam, é a de que, a partir da decisão do STF, o Poder Judiciário não precisará intervir tanto nas decisões acerca do aborto preventivo. Salientou que o Conselho Federal de Medicina tem, também, poder de legislar, executar e julgar. Então, poderá editar Resolução a respeito do assunto, inclusive prevendo quantos exames médicos serão necessários para tais casos de aborto preventivo, quais exames serão indicados, e demais normas pertinentes. Nas suas palavras, “isto vai apaziguar a situação de dúvida social”. Fica, pois, no ar, esta ideia trazida pelo magistrado de que as demandas que versam sobre o aborto preventivo decorrem de uma “dúvida social” acerca do assunto, originada pela ausência de uma autoridade social que esclareça o que deve ser feito em tais situações.

Cabe referir, ainda, que, no entender do desembargador Jeremy, a autoridade social competente para julgar sobre o aborto preventivo deveria ser aquela do profissional da saúde e, não, a do magistrado social.

Voltando à análise sobre as semelhanças entre a prescrição médica e a sentença judicial, gostaríamos de apontar, na esteira de Paul Ricoeur, que nem o juiz e nem o médico estão absolutamente sozinhos nesse momento da tomada de decisão. Alertamos, entretanto, para o fato de que no âmbito jurídico os diversos personagens (juiz, promotor, advogado, representante das partes) do processo são mais numerosos, dispersos e visíveis, enquanto na seara médica a decisão parece mais concentrada apenas no médico.

Finalizando, assim, a comparação referida, é importante apontar as semelhanças entre as três regras da deontologia médica, com as regras imperantes no âmbito judiciário, trazidas à baila por Ricoeur. Primeiramente, o fato de a relação de confiança contida no sigilo médico ser semelhante ao juramento de dizer a verdade da ordem jurídica, e em ambos, se firmar uma relação que se pode chamar de justa distância. Quanto ao direito do doente à verdade, pode ser reivindicado até nos tribunais, pois é enunciado em termos de direito. No tocante ao caráter jurídico do consentimento esclarecido, Ricoeur

afirma que este tem originado muitos processos judiciais nos Estados Unidos, e nem tantos na Europa. Tal aspecto encerraria potencialmente um componente de suspeita, já que o doente teme que o médico abuse de seu poder, enquanto o médico teme que o paciente exija dele o que não pode dar: a imortalidade, em última análise. Concluindo o nosso pensamento, lembramos que “é o juízo médico que esclarece o julgamento judiciário: todo o aparato jurídico se mostra como uma vasta empresa de tratamento das doenças sociais, no respeito à diferença dos papéis” (RICOEUR, 2008, vol. 2, p. 249).

A respeito do esclarecimento da decisão judicial pelo juízo médico, propriamente dito, cumpre referir a afirmação do desembargador Henry, quando lembrou que “em nenhum caso julgou de forma contrária à área médica”. Prosseguindo na análise da autoridade médica, o desembargador referiu que, hoje, para ele, o critério definidor do que é morte está na Lei dos Transplantes, ou seja, “quem não tem cérebro nunca vai ter circulação cerebral, e está morto para a lei dos transplantes”. Afirmou, assim, que, com base nisto, autoriza o aborto no caso de anencefalia total, pois o corpo só tem movimento reflexo.

A seu turno, o desembargador Robert, quando indagado sobre qual seria a autoridade social e/ou política competente, a seu ver, para julgar sobre o aborto preventivo, respondeu ser “o magistrado, assessorado por pareceres médicos”. Pensamos que se confirma, assim, a autoridade judicial para decidir tais questões, desde que baseada em perícia médica. Neste capítulo foi visto que, segundo Paul Ricoeur, enquanto o ato médico decorre do sofrimento seguido do pedido de tratamento, o ato judicial se origina do conflito. E, ao final desses processos, segundo o autor, chega-se a conclusões opostas: enquanto o pacto de tratamento une na mesma luta médico e paciente, a sentença judicial separa os protagonistas, declarando um como vítima, e outro como culpado. Portanto, do mesmo diagnóstico e prognóstico que buscou a saúde da paciente quanto ao aborto preventivo, resultará uma decisão judicial que declarará se ela tem razão, ou não, em pedir tal providência, podendo concluir, inclusive, que o laudo médico não foi efetuado adequadamente. Pois, conforme antes referido, o Judiciário tem competência para revisar a decisão médica.

O desembargador Henry, por outro lado, afirmou que alguns colegas exigem atestado médico no processo, dizendo que “o aborto é o único meio de salvar a vida da mãe”. Entretanto, ele busca se colocar no lugar da mulher: “como ela se sente quando as pessoas a parabenizam pela gravidez, e perguntam qual será o nome da criança; e ela sabe que nascerá um anencéfalo”. Portanto, em que pese reconhecer a autoridade médica, o magistrado toma a decisão embasado, também, na liberdade de pensamento e crença da gestante. Não exige, assim, que a decisão última sobre o aborto preventivo conste do atestado médico, mas que apenas ateste o quadro de saúde da gestante quanto ao risco da gravidez.

No entendimento do desembargador John, entretanto, o aborto preventivo “é um assunto médico, e o juiz não tem habilitação para decidi-lo”. Pensa que o Poder Executivo poderia ter um departamento social competente para cancelar o aborto, e solucionar esses casos. Notamos, aqui, portanto, que para uma parte da magistratura de direito é importante que a tomada de decisão continue a cargo da autoridade social competente, como se dava nas sociedades tradicionais.

Podemos concluir, assim, neste capítulo, que o entendimento dos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho quanto à possibilidade de a crise de autoridade ser uma das causas da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas, e quanto à autoridade que seria competente para a tomada de decisão nas causas de aborto preventivo (principalmente do anencéfalo), não é unânime. Enquanto alguns confirmam a crise de autoridade como causa da jurisdicionalização, outros afirmam que esta decorre da falta de confiança na relação médico-paciente (utilizando termo de Ricoeur), ou no avanço da tecnologia, ou ainda na dúvida social que paira quanto à aplicação da norma que prevê o crime de aborto. Neste sentido, inclusive, a opinião de alguns deles, quando afirmam que a crise de autoridade acontece, muitas vezes, devido às decisões contraditórias proferidas pelo próprio Poder Judiciário, que geram na cidadania um sentimento de insegurança jurídica, de não ter talvez suas decisões amparadas pela autoridade competente. Na mesma linha de raciocínio, outros desembargadores afirmam que o excesso de recursos aos

tribunais superiores, aliado às decisões contraditórias, está na origem de uma crise de autoridade dentro do próprio Poder Judiciário, enfraquecendo o poder decisório do juiz singular, o qual às vezes não vê sentido em seu trabalho.

Em outra ordem de ideias, no que tange à autoridade competente para a tomada de decisão sobre o aborto preventivo, enquanto alguns dos desembargadores admitiram a sua competência para tanto, devido ao fato de o aborto ser um crime previsto em lei, outros reforçaram a competência da autoridade médica quanto ao assunto. Para alguns que seguem este entendimento, a autoridade médica é quem deveria decidir tais questões, como especialista na área e, para outros, a decisão judicial seria uma homologação do parecer médico.

3 A LÓGICA DOS PROBLEMAS DO CORPO

Pensamos, seguindo na espécie a Alain Touraine³⁴, que a dinâmica do privado se faz presente no espaço público a partir dos anos 60 nas democracias ocidentais, de forma que os grandes debates públicos versam crescentemente sobre a condição das mulheres, os problemas relativos à maternidade e à filiação, a gestão da doença e da morte, ou seja, de temas decorrentes da vida privada. Nesse sentido, a produção intelectual das feministas, no seu período mais criativo, contribuiu para que o privado se tornasse um assunto público. Ao mesmo tempo, na vida pública, a economia escapa ao poder político nacional, tratando-se ao nível das instituições mundiais, em âmbito privado. Como bem afirma o sociólogo francês, “o espaço público esvazia-se por cima e enche-se por baixo” (TOURAINÉ, 2001, p. 29), ou seja, pelos temas decorrentes da vida privada, entre outros.

A vida social, desde então, parece não ter unidade, e pode ser percebida através de quatro grandes lógicas que, concomitantemente, se dão no espaço público: a lógica da divisão do trabalho, a lógica das relações de desigualdade e dominação em suas novas modalidades, a lógica do sujeito e a lógica dos problemas do corpo. O recuo das normas sociais libertou o corpo, a reflexão e a ação sobre a vida e a morte, a experiência e a consciência da sexualidade, sob todas as formas. Afirmamos, com Touraine, que é necessário que haja um espaço político, um espaço público como lugar de encontro e também de conflito entre as exigências do poder, as da racionalidade econômica, as da ética e as do corpo. A vida privada, assim, torna-se um problema público e a dominação social um problema privado. Cabe frisar, neste sentido, que as demandas sobre o aborto preventivo, julgadas pelos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, se enquadram nesta perspectiva. Além de permearem o tema ético (e religioso), bem como o tema da vida e da morte, abordam o problema do corpo. Aliado a isto, este é um problema da vida privada que é levado para a discussão no espaço público.

³⁴ Com efeito, Alain Touraine vem abordando com argúcia, em suas últimas obras, como “A Procura de Si”, “Um Novo Paradigma”, “Um Mundo de Mulheres” e “Pensar Outramente”, a questão da lógica dos problemas do corpo.

Indagada sobre os problemas do corpo submetidos ao julgamento do Tribunal de Justiça, a desembargadora Nancy, por nós entrevistada, referiu o problema atual das causas sobre abuso sexual: “hoje, tudo é abuso sexual”. E acrescentou: “tudo cria traumas e traz situações terríveis. Fazem releitura da situação (pai ou mãe), como se fosse abuso sexual, e causam dano na criança”. Ressaltou que “não há um serviço seguro para encaminharem essas crianças, ditas vítimas de abuso sexual”. Ela enfatizou a questão do corpo humano, com estas palavras: “as pessoas precisam de carinho; como recebê-lo, se tudo pode ser abuso?” E continua o seu raciocínio: “se o pai não dá banho, não participa; se dá banho, tocou nas partes íntimas”. Pergunta: “como dar banho sem tocar nas partes íntimas?” Prossegue: “isto afasta as pessoas; pois, na “releitura do fato”, tudo vale; as crianças ficam com medo de serem tocadas”. Afirmou, a desembargadora, ainda, que a seu juízo são muitos os acusados inocentes nesta área do abuso sexual, e é preciso condenar o acusador falso.

Seguindo-se o pensamento da magistrada referida, alertamos ser preciso que os profissionais “abram a sua cabeça para investigar, e não apenas confirmar a informação”. A exigida celeridade processual dificulta isto, no nosso entender, pois é necessária a frieza e certa distância para ver claramente, e com a pressão tal não ocorre, muitas vezes. Disse, a desembargadora, conhecer alguns colegas os quais afirmam que, nas suas decisões, o abusador vai sempre para a cadeia, “mas esquecem que, muitas vezes, inocentes são acusados, e faz parte da Justiça absolver os inocentes; se uma decisão prejudicar a vida da criança, aí, sim, haverá uma vítima”.

Lembramos, com Touraine, que um aspecto a ser considerado é que a lógica dos problemas do corpo decorre da importância de falar do “não sujeito”, quando nos referimos ao sujeito. A transformação profunda da situação das mulheres no mundo em que vivemos está ligada ao reconhecimento dos seus direitos privados e, em primeiro lugar, dos seus direitos sobre o seu corpo. Esta mudança é mais importante do que a vida profissional das mulheres, onde elas

ainda ocupam os lugares de menor destaque³⁵. Deve-se, assim, dar prioridade à ideia de sujeito, pois uma preocupação privada, pessoal, se transforma e organiza uma parte do todo social (TOURAINÉ, 2001).

Não podemos esquecer, ainda, que há uma separação crescente entre a afirmação do sujeito, seus valores, seus direitos, e os problemas da organização econômica da sociedade. Há, portanto, um caráter “não social” (TOURAINÉ, 2001, p. 42) daquilo que resiste ao poder social, em nome da liberdade, da igualdade, dos direitos do homem; fundamentos necessários de uma sociedade democrática, mas que não são de natureza social. Sujeito, na sociedade contemporânea, nesta perspectiva é, primeiramente, aquele que diz “não” à violência, ao mercado, ao poder absoluto.

Questionada sobre o problema da violência na sociedade contemporânea, e se esta é hoje uma das causas da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas, a desembargadora Nancy afirmou que com a Lei Maria da Penha se tem produzido a criminalização de um problema familiar em relação à violência doméstica. Segundo ela, do que se precisa é de tratamento, e não de condenação, para tais casos. Disse que existem instituições sociais, e grupos de ajuda gratuitos para tais casos, mas que não são divulgados como devido. Afirmou que “a única porta que está aberta 24h ao dia, é a da Polícia e por isto vão até ela”. Ainda que a lei prevê que a vítima da violência doméstica seja atendida em um Centro Integrado, no qual teria que ser efetuada uma seleção se é caso de violência mãe-filho, marido-mulher, se tem efetivamente risco, conforme referiu. Mas isto não é feito. Os casos menores ficam no meio dos maiores, e, por isto, há mortes e vítimas não protegidas, no seu entender:

³⁵ Neste sentido: BARROS, Alice Monteiro de. **Discriminação no Emprego por Motivo de Sexo. In Discriminação.** RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord), VIANA, Márcio Túlio e BARROS, Alice Monteiro de. São Paulo: LTR, 2000. p. 46-7: “Estatísticas levantadas no Brasil em 1970 e 1980 revelam que as mulheres recebiam, respectivamente, 46% e 33% do salário pago aos homens, apesar de possuírem nível de instrução mais elevado. É que o nível de instrução mais elevado não corresponde, necessariamente, ao desenvolvimento de funções mais qualificadas, em face da distinção que existe entre cultura escolar e cultura profissional. O perfil relatado (...) não se alterou na década de noventa. A título de exemplo, no nosso país, quando as mulheres ingressam no serviço público, por concurso, não há preconceito e os salários são iguais, entretanto, quando ‘chega a hora das promoções, os homens têm preferência. Quanto melhor o salário, menos mulheres”.

“não é um mandado judicial de afastamento do cônjuge que dá segurança, mas sim, encaminhar o agressor para atendimento; aquele que mata e [que] se mata, precisa de tratamento, e não de cadeia”.

Percebemos, com Touraine, que hoje, os movimentos culturais substituíram os movimentos sociais e, na cabeça destes (acompanhado do movimento ecologista), está o movimento das mulheres. Destarte, “uma linguagem econômica foi substituída por uma linguagem cultural e moral” (TOURAINÉ, 2001, p. 169). Não se abole, entretanto, a importância dos movimentos sociais, já que o indivíduo só se define como sujeito se reconhecer o outro, e os outros, como sujeitos. O apelo ao sujeito se faz ouvir na forma de combatividade social, que gera regras institucionais, e que, ao final, se transforma em modos de organização social.

Passando, assim, a explicar sobre o motivo da exclusão das mulheres, podemos afirmar, com Touraine (2001), que tal fato decorreu das categorias do modelo europeu de desenvolvimento que, a seu ver, são bipolares. Exemplificamos com algumas destas categorias: se os homens são racionais, as mulheres seriam irracionais; se os colonizadores são racionais, os colonizados supostamente são irracionais. E, como consequência de tal bipolaridade, as categorias ditas irracionais deviam ser reprimidas e educadas, para libertarem-se de sua hipotética ignorância. Mas não podemos esquecer que os homens racionais, da classe média e das Luzes, que eram educados, adultos, proprietários ou bem providos, foram desconstruídos pelo capitalismo industrial, e então a onipotência da política desmoronou. O mundo político foi invadido pelo mundo econômico, e a pressão operária levou a sociedade a adotar leis sociais. Tal mudança trouxe, gradativamente, uma concepção social e econômica dos direitos democráticos (TOURAINÉ, 2001).

Retomando o nosso raciocínio sobre o fato de que, atualmente, os movimentos culturais (dentre eles, o das mulheres) se tornaram essenciais na sociedade de nossos dias, vale a pena referir que se está reconstruindo o que se chamava de sociedade civil, só que em um sentido bem diferente. A sociedade civil, passa, assim, a ser um terceiro nível da democracia, “aquele em que se exerce a pressão produzida por grupos culturais” (Ibid, p. 186). A

fronteira entre o político e o social, entre o público e o privado, tende a apagar-se, reforçado pela crise do Estado nacional. A ideia de sociedade civil deve designar a entrada de novas forças no campo político, e as mulheres deram a melhor definição de sociedade quando disseram: “por nós e para nós, o privado torna-se político, o cultural torna-se político” (TOURAINÉ, 2001, p. 186).

Vale lembrar, ainda, quanto à lógica dos problemas do corpo sob a ótica do movimento de mulheres, a resposta do desembargador Antony, por nós entrevistado, a respeito das demandas que envolvem temas de Bioética submetidas ao julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Indagado se, sob a sua ótica, tais demandas decorrem do avanço da tecnologia, da crise de autoridade religiosa, ou da nova lógica que governa o corpo feminino, o desembargador reconhece que todos estes fatores estão por trás de tais ações judiciais. Mas, segundo ele, de todos os fatores elencados, merece destaque a redefinição do papel da mulher, já que, superada a desigualdade entre homens e mulheres, “ela se independizou”. E prossegue: “buscou, ela, instruir-se e conquistar espaço no mercado de trabalho, deixando de exercer um papel passivo na unidade familiar, assumindo funções antes ocupadas exclusivamente pelos homens”. Ressaltamos as sua palavras:

Nestes novos cenários, a mulher passou a ter maior domínio sobre seu corpo, optando por ter ou não filhos, decidindo, inclusive, a forma como tê-los. Percebe-se, assim, que a partir da independização da mulher, conjugada com o avanço da tecnologia e o declínio da autoridade religiosa, as questões ligadas à Bioética ganharam força, exigindo que o Direito se adapte à nova realidade social.

Notamos que aparecem, na fala do desembargador entrevistado, elementos evocados por Touraine, pois as mudanças culturais da sociedade civil decorrentes do movimento de mulheres acabaram por ocasionar uma discussão no espaço político e judicial sobre a lógica dos problemas do corpo feminino, inclusive no tocante à opção de ter ou não filhos. Importante salientar, ainda, que o magistrado referiu o fato de a perda da autoridade religiosa em nossa sociedade contemporânea influenciar em tal discussão, talvez pelo fato de as diversas igrejas e confissões (notadamente a Igreja Católica, pela centralidade institucional que ainda possui no Brasil) proibirem a prática do

aborto³⁶. Prosseguindo-se nossa análise, destacamos que o desembargador afirmou que, a seu ver, as discussões sobre o corpo humano (e feminino) nas demandas judiciais têm relação com a busca da identidade, da individualidade, na era atual. Segundo ele, isto é decorrência do fato de que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assegurando tratamento humano e não degradante, e garantindo a integridade física, implicou em verdadeira transformação do direito civil. E, portanto, exigiu uma releitura das regras do direito privado, como forma de tutelar os anseios até então reprimidos. Notamos, aqui, novamente, como os magistrados têm, pelo seu caminho profissional, chegado a posições que vão ao encontro da doutrina dos autores de que os anseios da sociedade civil, e do indivíduo, foram aos poucos tomando o espaço público. Lembramos, assim, a Antoine Garapon (2001), que expõe tal entendimento (conforme visto no capítulo 1), ao abordar a questão de como o espaço público invade cada vez mais o privado, em nossas sociedades democráticas ocidentais.

Outro aspecto relacionado à lógica dos problemas do corpo, trazido pelo desembargador Antony, são as demandas envolvendo cirurgia de redesignação de sexo. Segundo ele, essas têm por objetivo mais do que o resultado prático obtido, a reivindicação do bem-estar e da felicidade, em especial da saúde mental do indivíduo, o que contribuirá para que possa viver com dignidade.

Prosseguindo na lógica dos problemas do corpo, afirmamos, com Touraine, que a libertação do corpo é indispensável à formação do sujeito. O

³⁶ A organização não governamental (ONG) Movimento Nacional da Cidadania pela Vida – Brasil Sem Aborto promoveu em 28 de junho de 2012 a 5ª Marcha Nacional da Cidadania pela Vida, contra o tratamento penal mais flexível para a prática do aborto, reunindo representantes da sociedade civil e representantes de várias organizações religiosas. A manifestação foi também apoiada pela Frente Parlamentar Evangélica, e contou com o discurso do presidente da entidade, o Deputado João Campos (PSDB/GO). De acordo com o site da Frente, participaram ainda da marcha o assessor da Comissão Episcopal Pastoral para a Vida e a Família, padre Rafael Fornasier, o vice-presidente da Federação Espírita Brasileira, Antônio César Perri, e o Pastor Elias Castilho, secretário-executivo da Frente Parlamentar Evangélica no Congresso. Além dos membros da ONG e dos representantes religiosos, a marcha contou ainda com a participação de médicos e representantes de outras entidades civis. In <http://noticias.gospelmais.com.br/representantes-varias-religioes-unem-contraborto-38188.html>. Consulta em 20 de janeiro de 2013.

sujeito, para amadurecer como tal, necessita efetuar a ruptura com certas normas, tradições, e controles sociais. Essa libertação, entretanto, não é a mesma para homens e mulheres. No mundo ocidental, a desigualdade entre homens e mulheres ainda permanece, em um aspecto essencial, quando a imagem da mulher é convertida em objeto de prazer para o homem, mais do que o inverso. Concordamos com o autor de que tal assimetria deveria desaparecer. Mas, não podemos esquecer, como alerta o próprio Touraine, que se procura a igualdade, mas também a diferença nas relações homens/mulheres.

A questão da violência contra a mulher talvez seja um dos motivos mais evidentes para se exigir tratamento legal diferenciado quanto aos gêneros³⁷. O desembargador Henry afirmou, quando entrevistado, que a Lei Maria da Penha, com a conseqüente criação da Vara dos crimes contra a mulher, é um fator de jurisdicionalização dos conflitos sociais. Só nesta Vara, segundo ele, estavam tramitando no momento de nossa entrevista (em 22/06/2012) mais de quinze mil processos. Disse que muitas mulheres sustam a ação contra o marido, após o ajuizamento, afirmando que ele não lhe bateu. Pensa que a maioria delas deseja que sejam tomadas medidas quanto à guarda dos filhos, pagamento de alimentos, afastamento do lar, além da denúncia de lesões corporais. Então, a justiça gaúcha havia criado um sistema de audiência prévia da mulher para saber se queria, efetivamente, denunciar o marido por lesões corporais, ou desejava, apenas, que fossem tomadas outras medidas, a fim de não inviabilizar a ação judicial, e não deixá-la desamparada quanto às outras medidas (devido a uma decisão do STF, este sistema não está mais vigente).

Alertamos, ainda, para o fato comentado pelo desembargador Henry, de que nas demandas oriundas da Lei Maria da Penha, mesmo que só sejam

³⁷ Gênero é uma categoria desenvolvida pela reflexão feminista. Desde o início, o discurso feminista identificou-se com uma “luta contra a opressão por sexo”, tendo desenvolvido, posteriormente, o termo gênero para marcar o caráter essencialmente social das distinções fundadas no sexo. Como o movimento feminista brasileiro aflorou em um cenário de ditadura política e crise econômica, foi além da luta contra a discriminação, vinculando-se a um contexto mais amplo de contestação social, dirigindo-se, muitas vezes, para a resistência à repressão política. A autora Joan Scott é apontada como historiadora e teórica do feminismo com grande reconhecimento e influência no movimento feminista brasileiro dos anos 90 (CORRÊA, 2001, p. 86).

elencados pedidos de origem cível (sem lesões corporais), o processo deve, necessariamente, ser julgado por Vara Criminal. Há, assim, uma óbvia criminalização das demandas, conforme admitido por ele. Afirmou que existe um formulário na delegacia de polícia, no qual estão elencadas todas as medidas que a mulher pode pedir em relação ao marido: denúncia de lesões corporais, demanda de guarda dos filhos, entre outras, para o caso de ela comparecer à delegacia desacompanhada de advogado; é só ela assinalar o que deseja. Em seguida, o formulário é remetido aos juízes competentes, que proferem a liminar. Concordamos com ele quando afirma que tal medida pode evitar a jurisdicionalização, pois dispensaria a necessidade de instrução processual nesta fase inicial do processo, e resolveria com mais celeridade o problema da parte. Comentou, assim, que “neste caso, a presença do advogado não é favorável à parte”. O desembargador declarou, ainda, que o sistema de audiência prévia com a mulher, decorrente da criatividade da justiça gaúcha, agora não pode mais ser efetuado, pois o STF decidiu que a mulher não pode mais desistir da acusação por lesões corporais, já que estas são de interesse público. Ele afirmou que, agora, como a mulher não pode desistir da ação, quando o Ministério Público efetuar a denúncia, “o marido vai pensar que tal ocorreu por vontade dela, e, provavelmente, ela vai sofrer novas lesões corporais”. Notamos, neste caso concreto, que o cumprimento estrito da norma legal poderá acarretar mais prejuízos do que benefícios à mulher vítima de agressão. Concluímos o nosso raciocínio com as sábias palavras do magistrado, quando afirma que “a jurisdicionalização é um sistema retroalimentador”.

Outro desembargador por nós entrevistado (no caso, o identificado como Antony) também invocou as questões relativas à violência doméstica (em um contexto mais amplo do correspondente à violência contra a mulher). Segundo ele, tais questões estão cada vez mais presentes nos nossos dias, e muitos casos de *bullying* têm como causa a falta de controle pelos pais dos excessos praticados pelos filhos, além da violência a que as crianças são submetidas, que reproduzem em sociedade o modelo doméstico. Vale transcrever o seu raciocínio: “muitos casos acabam batendo à porta do Judiciário, a quem

incumbe assumir o papel da figura de autoridade, já que tanto os pais quanto a escola não o fizeram”.

É interessante notar que Alain Touraine não é indiferente à ideia do papel fundamental da escola, da família, e do Direito, como instituições de formação da identidade do sujeito. E, nesta ordem de pensamento, a violência contra a mulher ou a violência doméstica, em seu aspecto mais amplo, interfere nesse processo de construção da identidade, aparecendo o magistrado como o último guardião na defesa do sujeito democrático. As causas judiciais que versam sobre o aborto preventivo e, portanto, sobre o início da vida e sobre a lógica dos problemas do corpo feminino, fazem parte da necessidade contemporânea de definição do momento a partir do qual passa a existir o sujeito, e sobre os contornos de sua identidade.

Prosseguindo o nosso raciocínio, conduzidos por Touraine, desejamos deter-nos em um tema caro a nosso autor e que está no cerne de sua obra nos últimos trinta anos: o “sujeito”. O sujeito é um retorno do ator sobre si mesmo, pois “o sujeito é o nome do ator quando este se situa no nível da historicidade, da produção das grandes orientações normativas da vida social” (TOURAINÉ, 1984, p. 15). E ele existirá quanto mais se responsabilizar pela totalidade da experiência individual da sexualidade. Pois, o sujeito que se constitui eliminando as características mais centrais do indivíduo, “será provavelmente um sujeito de nível muito baixo de historicidade” (TOURAINÉ, 2001, p. 236). Vale transcrever o seu pensamento:

A libertação social do corpo e a ideia do sujeito andam absolutamente juntas. Quanto mais reconhecemos a existência do corpo, mais podemos eliminar intermediários sociais e permitir um encontro. (...) a sexualidade e a subjetivação podem andar juntas (TOURAINÉ, 2001, p. 236).

Lembramos, mais uma vez, que o tema da sexualidade importa ao nosso trabalho, tendo em vista que nas demandas que versam sobre o aborto preventivo, julgadas pelos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, é debatida a forma como a mulher dispõe de seu corpo, bem como, sua opção face à maternidade.

Pensamos ser relevante, ainda, como considera Touraine, efetuar uma análise da relação do corpo com a moral cristã. Segundo esta, a natureza foi criada por Deus, e devemos estar conformados com ela, recusando a contracepção (exceto por métodos “naturais”) e o aborto, que destrói a vida. cremos, porém, com o autor referido, que em lugar de uma moral “natural”, religiosa, ou utilitarista, talvez seja mais positivo utilizar uma moral segundo a qual fosse bom aquilo que auxiliasse o indivíduo ou o grupo a constituir-se como sujeito. Touraine não admite sequer a ideia de que a mulher, mesmo não tendo qualquer mal-estar físico, possa cometer o aborto, pelo simples fato de que o filho possa incomodá-la. Para ele, tal ideia é insustentável, porque poderia levar até ao infanticídio. Nessa linha de raciocínio, o aborto deveria ser evitado, o mais possível, pela contracepção, já que a decisão de abortar tem um custo psicológico considerável. Portanto, “o ideal é poder dar prioridade à decisão responsável de aborto enquanto meio de salvaguardar a própria vida” (TOURAINÉ, 2001, p. 237). É interessante, também, o raciocínio do autor sobre o fato de que proibir o aborto não tem sentido, pois forçará o cometimento de tal ato em situações ilegais e perigosas. É a contracepção que, a seu juízo, o tem feito recuar mais rapidamente nas sociedades que a têm incorporado a suas práticas, a facilitam e a difundem.

A questão religiosa que permeia as causas de aborto preventivo não passa despercebida, aliás, para os magistrados do Tribunal de Justiça gaúcho. Quando entrevistado, o desembargador Henry afirmou que, no momento de julgar o requerimento de aborto preventivo, tenta despir-se das convicções religiosas e filosóficas, e colocar-se no lugar da mãe. afirmou que, sendo homem, tal tarefa se torna um pouco mais difícil. Referiu, ainda, pensar muito naquilo que os advogados dizem nas petições iniciais, quanto ao grande sofrimento da mãe do feto com problemas físicos, tendo em vista que este, após nascer, pode só ter um dia de vida. importante o fato relatado pelo magistrado de que já proferiu uma decisão em que autorizou o aborto preventivo tendo em vista o pedido de um casal, que já havia perdido um filho com anencefalia, e não queria passar pelo mesmo sofrimento. pensa-se, neste sentido, que o magistrado aborda a preocupação com a mulher e a relação dela com o seu próprio corpo, incluindo em tal análise, o seu bem-estar

psíquico. Nota-se que em acórdão de sua lavra, o desembargador respondeu à afirmação do Procurador de Justiça, de que “nós não somos deuses para decidir quem morre ou quem vive”, com a frase “se nós não somos deuses, não podemos adotar a postura de Pilatos, e lavar as mãos”. Referiu, ainda, no acórdão respectivo (que versa sobre pedido de aborto preventivo em face de anencefalia), “que a principal interessada na situação descrita nos autos é a mãe; ela é que tem que escolher, ser quer ou não levar esta gravidez até o final”.

Destacamos, ainda, com Touraine, que é a gravidez, mais do que a maternidade, o que diferencia a mulher do homem, segundo pesquisa por ele efetuada na França, na qual “foram ouvidos dois grupos de discussão, compostos de integrantes que se declararam lésbicas, muçulmanas, nascidas na região do sudoeste da França e em Paris, além de alguns homens” (TOURAINÉ, 2010, p. 46). Reforça-se, ainda, tal entendimento, lembrando que se a maternidade é complementar da paternidade, somente a mulher carrega o ser em formação. Não devemos esquecer, outrossim “da existência da figura da mãe primitiva, tanto para os homens como para as mulheres, ao passo que não existe um pai primitivo para ninguém” (Ibid, p. 176).

Lembramos, como o faz Touraine, que, muito antes de Freud, já se sabia da importância das relações da criança com os pais para a formação de sua personalidade, e que tais relações não são isoláveis da função do corpo da mulher na qualidade de mulher-mãe (aquela que carrega o ser vivo e o leite alimentador). Entretanto, não se quer, com tal observação, recusar a ideia da ausência de desejo de ter uma criança em um número considerável de mulheres³⁸.

Nesta ordem de ideias, quando da entrevista efetuada com o desembargador Henry, este referiu que “há uma questão social [que consiste em] que as pessoas esperam ter uma criança normal, e sofrem quando sabem da anencefalia”. Pensamos, assim, que além de o tema do aborto preventivo se

³⁸ Neste sentido, importante mencionar a relevância da obra da filósofa feminista francesa Elizabeth Badinter “O conflito – a mulher a mãe”, como um dos marcos desta discussão (BADINTER, 2011), apesar de Touraine afirmar que não segue a linha de ideias desta autora.

referir à questão do corpo da mulher, também está relacionado ao que se espera do corpo que um filho apresente ao nascer. Em nossa sociedade contemporânea, na qual o corpo se apresenta como questão de identidade e é tão valorizado, como já foi aqui abordado, pensa-se que a análise do aborto preventivo sofre influências deste contexto social, conforme se depreende da declaração do desembargador acima referido.

Consideramos importante o desenvolvimento do raciocínio de Touraine, quando afirma que o conhecimento da mulher tomou um lugar importante na teoria da personalidade, a partir da geração posterior a Freud, tendo como especificidade ser um sexo, antes que um “gênero” (TOURAINÉ, 2010, p. 177). Segundo ele, sua análise sobre o movimento de mulheres insiste na autonomia (e prioridade) do sexo e do corpo em geral sobre o gênero. O autor prefere, assim, discutir a oposição entre sexo e sexualidade, do que a oposição clássica entre sexo e gênero. Justifica tal escolha no fato de que o gênero não é apenas uma construção social do sexo, mas também efeito da dominação masculina.

Prosseguindo, assim, na oposição entre sexo e sexualidade, salientamos, com o autor referido, que “a construção de si é construção de uma sexualidade a partir de uma experiência do corpo, na qual o sexo ou o desejo sexual é um de seus aspectos principais” (TOURAINÉ, 2010, p. 56). O desejo sexual, a libido freudiana (que é impessoal), através das relações com outros parceiros, transforma-se em relação consigo mesmo. Desta forma, ocorre uma tomada de consciência de si, como ser que busca perceber-se e sentir-se como ser desejado, não sendo o mais importante a presença do desejo, mas sim, a relação consigo que se opera através do desejo, “e sua transformação em construção de si através da relação amorosa com o outro ou com os outros” (Ibid, p. 57).

Nessa linha de pensamento, embora a construção social da sexualidade reproduza as desigualdades e discriminações adquiridas, a construção pessoal do indivíduo apoia-se na atividade sexual a mais dessocializada possível. Pensamos, portanto, que o corpo tem uma importância extrema como espaço de relação consigo e de construção de si. Não podemos esquecer de salientarmos, entretanto, a dificuldade de traçar uma fronteira entre uma sexualização do

corpo da mulher por e para ela mesma e outra que responde à demanda do homem. Também nos parece difícil distinguir entre as propagandas que provocam a ira das mulheres (por se julgarem tratadas como objetos sexuais) daquelas que elas aceitam (como meio de reforçar a sua própria sexualidade).

A decisão proferida pelo desembargador Gregory, no voto em que concedeu o aborto preventivo a um casal em decorrência de o feto ser portador da síndrome de *Patau*, e também pelo fato de que já tinham um filho portador de retardo mental e dificuldade motora por agenesia de corpo caloso, levou em consideração a situação do homem e da mulher frente ao quadro apresentado. O desembargador deferiu o pedido de aborto preventivo, considerando, inicialmente, que à época do Código Penal de 1940 não havia como o legislador prever o avanço tecnológico que permitiria diagnosticar tal doença do feto com antecedência, e que, pelo princípio da razoabilidade, se à época houvesse sido possível tal diagnóstico, provavelmente se teria permitido o aborto nestes casos. Também considerou fundamental, na espécie, a preservação da saúde psíquica da mãe, e não apenas sua condição física. E, ao final do voto, afirmou ser indubitável que, caso prosseguisse a gravidez, “se poderá prever, aí sim, uma terrível desorganização da saúde mental, aliás, natural em função do pesadíssimo encargo que a vida impôs a esse casal”. Importante, nesta decisão, a preocupação do magistrado com o núcleo familiar como um todo, já que todos seus integrantes sofrerão os efeitos da decisão judicial. Concluindo: “não vejo razão jurídica relevante para desacolher a pretensão formulada, o que equivaleria a impor aos recorrentes um árduo sofrimento, coisa que não se inclui entre as funções do Direito, salvo como retribuição pela prática delituosa”. Esta ideia de que a gravidez, em certas condições, pode consistir em árduo sofrimento psicológico para as partes interessadas, inova, ao nosso ver, o entendimento quanto à lei penal, a qual não prevê tal hipótese. Pensamos, conforme defendido por Touraine, que esta discussão da vida privada chegou ao espaço público pela mão do movimento de mulheres, e que o Judiciário não está alheio ao contexto social no qual está inserido. Nesse sentido, colocamos de ressaltar as palavras do desembargador Gregory:

Tal circunstância, por si só, autoriza uma atualização do pensamento em torno da matéria, eis que o Direito, como se sabe, não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, mas necessita acompanhar a evolução social, sob pena de perder o prestígio e o sentido, tornando-se antes um estorvo desprezado pela sociedade do que um efetivo instrumento de concretização da paz social.

Por sua vez, a importância das mulheres na filosofia política tem colaborado com essa discussão sobre suas condições e papel no mundo contemporâneo (Touraine exemplifica com o movimento feminista nos EUA), pois acreditamos que o primordial, na linha de pensamento que estamos seguindo, não é falar da dominação masculina, mas propor uma libertação feminina. Concordamos com Touraine quando afirma que as mulheres têm uma capacidade de ligar o público ao privado, sabendo conciliar o universo afetivo e o cognitivo, além de serem mais sensíveis à mestiçagem e ao cosmopolitismo. Não desconhecemos, entretanto, que as mulheres ainda permanecem em estado de desigualdade, conforme aqui já referido. Mas a solução a tal disparidade passa por uma maior interação entre homens e mulheres, que permita uma recomposição dessa relação. Lembramos, aqui, do caso acima referido, julgado pelo desembargador Gregory, no qual os interesses do casal como núcleo familiar foram amparados pelo magistrado, e não apenas os interesses da mulher. Não esqueçamos que, como afirma Touraine, defender uma diferenciação ao extremo, é um sinal de ruptura e de rejeição.

O desembargador Henry, por outro lado, afirmou que muitas causas, hoje, são decorrência da emancipação da mulher; pois se antigamente, o homem estava à frente, agora não há submissão total. Declarou, quando entrevistado, que a jurisdicionalização, no seu entender, decorre também do fato de que uma nova construção jurídica frequentemente acompanha cada mudança social. E este é o caso da questão econômica e da igualdade da mulher na sociedade contemporânea. Alertamos para o fato de que, apesar desta igualdade não estar ainda totalmente conquistada, é válida a referência do desembargador ao ingresso da mulher no mercado de trabalho e da sua conquista de outros espaços sociais, como fator de jurisdicionalização. Não deixamos de ressaltar, contudo, conforme referido pelo magistrado, que junto à

jurisdicionalização também sucede a “penalização” das relações sociais, advinda do fato “de se buscar a solução social para tudo com a prisão³⁹”. Segundo ele, “nesses casos, assim como em vários, a prisão não resolve”; assistentes sociais e psicólogos – titulares de novas magistraturas sociais – solucionariam melhor o problema.

O contexto da lógica dos problemas do corpo tem aparecido nas decisões julgadas pelos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, conforme informou o desembargador Antony, por nós entrevistado, em demandas nas quais o motivo social tem prevalecido sobre a ordem jurídica. Destaca, ele, neste sentido, ações de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar (daí, advindo, o direito a alimentos, partilha de bens, direito sucessório, reconhecimento da paternidade sociofativa e habilitação conjunta em processo de adoção por um casal do mesmo sexo).

Afirmou o desembargador referido que tais demandas decorrem dos movimentos sociais (notamos, aqui, familiaridade demonstrada pelo magistrado com trabalhos acadêmicos) e da evolução da espécie humana, que passou a editar novos modelos de família, a partir da Constituição Federal de 1988. Segundo ele, a partir de então, foi alçada à categoria de proteção maior a pessoa humana e sua dignidade, repousando a ordem familiar moderna na igualdade entre os cônjuges (independentemente do sexo), e na valorização de seus membros. No seu entender, a paternidade jurídica distanciou-se da biológica, passando a ter por base a ideia sociojurídica da afetividade.

Vale a pena, acreditamos, transcrever suas palavras:

Observa-se, assim, que, na busca da realização pessoal e com forte amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico muitas vezes é posto em segundo plano, ou seja, a realidade social não se atém à legislação codificada, de modo que a jurisprudência, cada vez mais, procura dar soluções a situações de fato que carecem de disciplina jurídica. Nessa linha, entendo que o Poder Judiciário exerce um papel fundamental, ao conferir proteção a situações de fato ignoradas pelo Direito, provocando, assim, não só um repensar de conceitos, mas também importantes alterações legislativas.

³⁹ Temática, esta, abordada com argúcia por Garapon e Salas (1996).

Importante salientar, na fala do magistrado, o papel do juiz como última figura de autoridade nas sociedades contemporâneas, ao tomar decisões sobre matérias não previstas na norma jurídica. Além disto, o magistrado também se vê como propulsor de modificações sociais através de suas decisões, gerando, inclusive, alterações legislativas decorrentes da jurisprudência firmada. Vislumbramos, aqui, um duplo papel do Judiciário, segundo visto pelo desembargador: como aquele que profere sua decisão com amparo na realidade social e, ao mesmo tempo, como o que, a partir de suas decisões, vai aos poucos modificando esta realidade. O papel do Judiciário de solucionar questões não previstas pelo Direito, inclusive inspirando a criação de normas jurídicas a partir de suas decisões, já foi abordado no primeiro capítulo deste trabalho. Antoine Garapon (2001) lembra que em muitos países existe certa relutância do poder político em votar leis quanto a certos assuntos polêmicos, de forma que se os remete ao juiz, confiando em que sua intervenção possa despolitizar tais conflitos. Estes seriam preferentemente direcionados a ele porque assim os políticos se livrariam de decidir questões provocadas por questões morais, e politicamente difíceis, que transcendem as identidades políticas tradicionais. No pensamento do desembargador entrevistado, “a sociedade deve crer no Judiciário como última instância para resolução dos problemas sociais e individuais”. Refere que “sem o Judiciário não há harmonia nas relações pessoais e públicas, para vigência do Estado Democrático de Direito”.

Vemos, ainda, na fala do desembargador Antony, acima relatada, que uma gama das demandas atribuídas ao Tribunal de Justiça gaúcho se refere a questões que importam ao sujeito, quanto à sua identidade individual e coletiva. O desembargador Robert confirmou a nossa ideia, afirmando que a Bioética e as discussões sobre o corpo humano nas demandas judiciais têm alguma relação com a busca da identidade, da individualidade, na era atual.

Retomando o nosso pensamento acerca do papel que os magistrados sociais acabam tendo na solução de conflitos sociais decorrentes de novas lógicas no relacionamento familiar, é importante referir a fala do desembargador Antony quando afirmou que algumas situações submetidas ao

Poder Judiciário decorrem de “significativas mudanças na organização da família, com redefinição dos papéis do homem e da mulher, e a consequente desintegração dos modelos tradicionais, inclusive no que diz com a criação e educação dos filhos, com fortes repercussões no exercício dos papéis parentais”. Explanando, assim, sobre a perda da autoridade do pai de família em nossas sociedades contemporâneas, o desembargador referido afirmou que tais alterações estão aliadas “à desagregação própria dos centros urbanos, nos quais está inserida a família nuclear”. Tal fato, segundo o desembargador, “trouxe grande sensação de desamparo e de isolamento, de modo que muitos pais não sabem mais como educar os filhos e tentam compensar sua ausência com excesso de tolerância e total ausência de limites, que, não raras vezes, repercute nas relações dos filhos em sociedade”.

Retomando-se a visão tourainiana antes desenvolvida, podemos dizer que a relação com o corpo ocupa um lugar na sociedade contemporânea, tão central, como outrora ocupava o trabalho na sociedade industrial, ou o estatuto político de liberdade ou de escravidão nas sociedades políticas. Sua importância, assim, decorre do fato de que a sexualidade faz parte de todos os aspectos da personalidade e tem um papel importante “na construção de nós mesmos por nós mesmos” (TOURAINÉ, 2011, p. 216).

Discorrendo, assim, sobre o “sujeito mulher”, e fazendo nossa a ideia de Touraine, quando afirma que é nas categorias dominadas, às quais se recusa toda a subjetividade, e que são rejeitadas pelos poderosos, que o sujeito melhor aparece, as mulheres são, portanto, atualmente, a categoria “que melhor carrega o sujeito” (TOURAINÉ, 2009, p. 161), frente à recusa tanto do masculino quanto do institucional de reconhecer a sua subjetividade. Construir-se a si mesmo como sujeito é o objetivo principal de nossa cultura, e as mulheres estão hoje à cabeça desta exigência, assumindo a palavra e a ação, apesar de os homens continuarem detendo o dinheiro, o poder e as armas. Lembramos que as mulheres conquistaram o direito à contracepção e ao aborto em algumas sociedades⁴⁰, medidas difíceis de serem admitidas, e fruto

⁴⁰ Cabe destacar a proposta do novo Código Penal encaminhada ao Senado brasileiro em junho de 2012, na qual está prevista a sua liberação em certas situações. O anteprojeto foi elaborado por uma comissão de 15 juristas. Vale transcrever parte da matéria jornalística sobre

de sua afirmação como sujeito. Ao enunciarem a opção de ter ou não filhos, relegaram o genitor a um plano secundário. Tal fórmula ainda mostra que a relação do pai e da mãe com a criança não é simétrica, e que a mulher guarda o papel principal nas relações com a criança.

Propomos, pois, assim, inspirados nas ideias de Touraine e alguns de seus discípulos, como Christine Castelain-Meunier (1997), Danilo Martuccelli (2006) e Farhad Khosrokhavar (1996), que se busque a comunicação entre homens e mulheres, lembrando que a dualidade homens/mulheres é inultrapassável. Não podemos esquecer que a ideia do ser neutro, assexuado, é típica dos regimes totalitários, pois quando há destruição de tudo o que é privado, há um totalitarismo do coletivo.

Concluimos, assim, o nosso pensamento, com as palavras do autor que nos tem acompanhado ao largo deste tema: “Só um poder absoluto e totalitário pode decidir suprimir a sexualidade, reduzi-la à reprodução ou, pelo contrário, ligá-la completamente a uma disposição central dos gêneros” (TOURAINÉ, 2001, p. 266).

No centro desse debate sobre a lógica dos problemas do corpo feminino está a questão da gravidez e da maternidade como o grande diferenciador em relação ao corpo masculino. Conforme mencionado antes, a gravidez e a maternidade foram alçadas como grandes temas pelo movimento feminista, na luta pelo direito de as mulheres decidirem quando ter filhos e de tê-los apenas se quiserem. Vale lembrar que o tema deste estudo, que é a jurisdicionalização no Tribunal de Justiça gaúcho nos casos que versam sobre o aborto preventivo, tem como pano de fundo essa questão da maternidade, e do direito de a mulher optar por ter ou não ter filhos após a concepção. Entretanto, o foco deste trabalho é demonstrar de que forma os desembargadores do tribunal

o assunto: “Alguns pontos da proposta de reforma do Código Penal encontram forte resistência no Congresso, principalmente nas bancadas religiosas. Entre os mais polêmicos, está a liberação do aborto em certas situações. Conforme o texto, não haverá crime se dois médicos atestarem que o feto sofre de anencefalia ou padece de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida fora do útero. Também permite a interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação quando médico ou psicólogo constatar que a mulher não tem condições de arcar com a maternidade” (Jornal do Comércio. Porto Alegre, p. 26. 28 de junho de 2012).

referido atuam frente à jurisdicionalização das demandas sociais decorrentes da decisão médica (ou da família) em abortar o feto nas hipóteses previstas no Código Penal (estupro ou risco de vida da mãe), ou situações não previstas em lei.

Neste sentido, aparece no texto do acórdão exarado pelo desembargador Henry quanto ao aborto preventivo de feto anencéfalo a sua preocupação não apenas com o corpo da gestante, mas também, com sua saúde psíquica, nos seguintes termos:

A vedação ao aborto tem por objeto proteger a vida; logo, a impossibilidade de o feto vir a ter vida extra-uterina não atende ao objetivo da lei e nem se afigura razoável que se imponha à gestante o dever de levar até o fim essa gestação, quando inexistente possibilidade de continuação (do feto) após o parto. Até porque não se pode olvidar que dessa obrigação decorrem inúmeros prejuízos psicológicos, o que contraria a finalidade da lei, já que se está colocando em risco a integridade psíquica da gestante.

Interessante realçar a conclusão de sua decisão:

O dever de gerar um filho até o parto – fala-se parto e não nascimento, pois na maioria dos casos o feto já está morto – viola e conflita com nossos mais basilares princípios do estado democrático de direito, que são: autonomia, liberdade e principalmente dignidade da pessoa humana.

Podemos concluir, face à ideia acima referida constante do acórdão do desembargador Henry, em conjunto com o pensamento de Touraine de que a mulher conquistou a liberdade de optar por não ter filhos em nossa sociedade (mediante a contracepção), que a decisão tomada no âmbito judicial não viu sentido em submeter o corpo da mulher a uma gravidez de risco, que não geraria uma vida. Pois, a gravidez não é, hoje, vista como uma “obrigação” a ser cumprida pela mulher, independentemente dos seus resultados.

De outra monta, indagado, o desembargador Antony, sobre a autoridade social e/ou política competente para julgar sobre o aborto preventivo, afirmou que “o Poder Judiciário tem plenas condições de julgar essas demandas com isenção, na medida em que, com base na prova dos autos, e dentro do que prescreve a lei, poderá autorizar a realização do aborto”. Alerta, entretanto,

para os perigos do avanço da tecnologia, ressaltando que, embora pense que os progressos da bioética trouxeram e ainda trarão inúmeros benefícios à humanidade, entende ser necessário que se encontre limites na prática desses avanços, em respeito aos direitos fundamentais, devendo o Poder Judiciário estar apto a defender as pessoas de eventuais abusos. Neste ponto, notamos que o magistrado ressalta o papel do magistrado como último guardião da democracia, mormente nas questões éticas, como são as causas analisadas neste trabalho. Indagado, ainda, sobre se, no seu entender, deve haver uma interpretação restritiva ao aborto preventivo, o desembargador referido afirmou que “deve ser autorizado nos casos em que haja comprovação de graves implicações em se levar a cabo uma gestação, comprometendo a saúde física e psíquica da gestante”. Assim se pronunciou:

Trata-se de tema ainda bastante tormentoso e que reclama maior análise de toda a sociedade e dos poderes constituídos, na medida em que envolve questões éticas e morais. No entanto, questões essenciais como aborto e controle da natalidade devem receber imediata atenção da sociedade e do legislador brasileiro, dada a importância e atualidade dos temas.

Concluimos, assim, da fala do desembargador Antony, que há, nos magistrados, certo desconforto no julgamento dessas causas, reforçada pela ideia de que o Poder Legislativo e a sociedade, como um todo, deveriam debater tais temas e buscar soluções. Nota-se ser difícil para o juiz cumprir este papel, como ator social, pois, em que pese negar o desconforto em julgar demandas oriundas da ausência de previsão legal (conforme referido no capítulo I), o desembargador entrevistado não nega o conflito existente ao decidir tais causas. Observamos, ainda, no voto por ele proferido em demanda que versa sobre o aborto preventivo, que o seu argumento em defesa de um ambiente familiar saudável, no qual a dignidade da pessoa humana, o bem-estar físico e psíquico do indivíduo, bem como a sua felicidade, sejam respeitados, é a base de sua argumentação. Tendo em vista que, no caso concreto, entre demais motivos, a autora da ação alegava ser vítima de estupro, mas este só foi registrado três meses após a ocorrência da gravidez, não sabendo indicar quem seria o estuprador, o desembargador negou o pedido da autora. Entretanto, orientou-a, no texto do seu voto, a “buscar

orientação e auxílio médico e assistencial para a sua gravidez e parto para, se for o caso, entregar essa criança para adoção, possibilitando-lhe o crescimento sadio e natural com outra família que venha lhe acolher”. Vê-se, assim, da decisão referida, que o foco de preocupação do magistrado foi com o bem-estar do nascituro: tanto em relação ao seu corpo físico, como ao estado psíquico e emocional após o nascimento. Neste caso específico, a relação da mãe com o seu o corpo, em virtude do alegado (e não comprovado) estupro, e o seu desejo de abortar, não prevaleceu sobre os direitos fundamentais do feto, que já estava no oitavo mês de gestação.

Questionado, por sua vez, o desembargador Robert sobre se, no seu entender, deve haver uma interpretação restritiva do aborto preventivo, respondeu que “sim, tendo em vista a proteção da própria mãe e do bebê”. No voto proferido em acórdão sobre esta matéria, em virtude de o feto apresentar síndrome holoprosencefálica, o desembargador referido transcreveu o posicionamento do STJ a respeito do tema, nos seguintes termos:

A questão devolvida a esta Superior Instância, inquestionavelmente, é tortuosa, como bem expressou a Min. Laurita Vaz (...), porque envolve sentimentos diretamente vinculados a convicções religiosas, filosóficas e morais. Advirta-se, desde logo, que, independente de convicções subjetivas pessoais, o que cabe a este Superior Tribunal de Justiça é o exame da matéria posta em discussão tão somente sob o enfoque jurídico. Isso porque o certo ou o errado, o moral ou o imoral, o humano ou o desumano, enfim, o justo ou o injusto, em se tratando de atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direito, são aferições a partir do que suas leis estabelecem.

Após transcrever o texto acima, o desembargador Robert afirmou, no seu voto, que “seguindo essa orientação, tem-se que a análise da questão em exame deve ser desprovida de convicções subjetivas, devendo ser pautada na legislação vigente”. Com tal assertiva, confirmou, assim, a resposta dada sobre a interpretação restritiva ao aborto preventivo, reforçando que as convicções dos magistrados não devem influenciar as decisões judiciais. Não deixa de considerar, entretanto, no voto proferido, que à época em que editado o Código Penal de 1940 havia um contexto tecnológico mínimo, e que, portanto, deve ser interpretado no contexto médico atual. O fator que ocasionou tal demanda, envolvendo a Bioética, portanto, teve origem no avanço da tecnologia, segundo

o voto do desembargador Robert. Quem concluiu o seu raciocínio, afirmando que a vedação ao aborto tem por objeto proteger a vida, e, “logo, a impossibilidade de o feto vir a ter vida extra-uterina não atende ao objetivo da lei nem se afigura razoável que se imponha à gestante o dever de levar até o fim essa gestação, quando inexistente possibilidade de continuação de vida após o parto”. Parece importante salientar, no caso acima abordado, que a decisão proferida pelo magistrado Robert deferindo o pedido de aborto preventivo, baseou-se no princípio jurídico da razoabilidade, que, conforme previsto em nosso ordenamento jurídico, supre a imprevisão legal sobre o fato concreto. Também considerou, em sua decisão, que “a manutenção da gestação, neste caso, além de todo o abalo psicológico provocado, serviria, apenas e tão somente, para impor riscos adicionais à saúde materna”. Nota-se, nesta decisão, a preocupação com o corpo do feto (no sentido de que o prognóstico era de que não tivesse uma vida extra-uterina, e muito menos saudável), mas também com a preservação do corpo e da vida da mãe, além do seu bem-estar psíquico. Conclui-se, assim, que a questão da identidade do sujeito, e da individualidade, ressaltadas pelos autores, são consideradas na decisão referida, mesmo que de forma indireta, e a despeito da proclamada “aferição a partir do que as leis estabelecem”.

O desembargador Adam, por sua vez, ao discorrer sobre a questão do aborto preventivo em nossa sociedade, afirmou que, às vezes, um Poder do Estado, sozinho, não pode encontrar a solução. Segundo ele, “o médico não quer assumir a decisão do parto do anencéfalo; os agricultores que plantam transgênicos não consideram demais argumentos da coletividade; há mobilização para o casamento dos homossexuais”, entre demais temas da atualidade que esperam uma solução do Judiciário. Ressaltou a dificuldade de tal solução, tendo em vista que “todos são iguais perante a lei”, e “o Judiciário não cria a lei; a interpreta”.

Notamos, assim, no discurso do desembargador Adam, uma dupla argumentação: por um lado, e seguindo um raciocínio que poderíamos chamar de “tradicional” no Judiciário, se inibe como ator político, como novo magistrado social. Mas, por outro lado, percebe que o Judiciário é, efetivamente, visto pela

sociedade como o último recurso para dirimir conflitos sociais que sem sua intervenção ficariam sem solução, conforme já analisado no capítulo 1 desta dissertação. Para cumprir tal papel, segundo o desembargador, deve ser feita uma interpretação sistemática e histórica da lei; “pois a legislação é enorme, e a Constituição Federal também”. Salienta, entretanto, que o Estado não pode ter muita intervenção, apreciando apenas o que pode ter proibição social (exemplifica com a defesa das minorias). Tal ideia confirma a posição por ele explanada em voto no qual indeferiu o pedido de aborto preventivo, ressaltando que a lei autoriza o médico a praticar o aborto, sem necessidade de intervenção judicial, desde que haja risco de vida da gestante. Valorizou, assim, a autoridade das magistraturas sociais a quem compete decidir grande parte das questões sociais e políticas da sociedade contemporânea, mas que hoje não se atrevem a tomar certas decisões a sós, derivando-as para a Justiça.

Prosseguindo, assim, a nossa análise sobre a interpretação dos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho quanto à jurisdicionalização das demandas sociais referentes ao aborto preventivo, cabe referir que, para o desembargador Adam, o número de demandas sobre aborto preventivo parecem decorrer do avanço tecnológico no diagnóstico. Mas não apenas disto, como também do acesso da população a tal tecnologia, pois se “exige que o hospital público tenha tais equipamentos avançados para os exames pré-natais”, por fazer parte das políticas públicas de saúde. Afirma que isto, inclusive, para ele é muito positivo, pois o avanço tecnológico dá segurança jurídica, não podendo falar de “crise”, mas de “avanço, na espécie. Porém, “a tecnologia não resolve”; a demanda tem que ser resolvida por um “ser humano”, só por um juiz”, acabando por reconhecer o papel do magistrado como última figura de autoridade em nossas sociedades.

Indagando-se, ainda, os magistrados do Tribunal de Justiça de nosso Estado sobre a jurisdicionalização das demandas sobre aborto preventivo, obtivemos resposta do desembargador John, afirmando que, antigamente, os pedidos de aborto preventivo não eram tantos. Lembrou que deixava, muitas vezes, de conceder o aborto preventivo, pois a razão da causa era outra; como

em uma demanda na qual o motivo do pedido não eram problemas decorrentes da gravidez, mas sim, “a relação amorosa entre a filha de um fazendeiro e um peão”.

No entender do desembargador referido, os pedidos de aborto preventivo decorrem de uma maior liberdade da mulher na sociedade contemporânea. Mas frisa que “tal liberdade tem limites, já que os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção, pelo nosso Código Civil”.

Assim se pronunciou a respeito do assunto:

O feto não é uma coisa a ser descartada; e o movimento feminista não enfrenta esta questão. A mulher tem que ponderar sobre a gravidez antes, e não depois de estar grávida. Não é uma questão religiosa. Se há risco de vida da mãe, não há problemas em deferir-se o aborto preventivo. A liberdade da mulher é antes da gravidez: de conceber, ou não. Ou seja, ocorre em outro momento, que não aquele no qual solicita o aborto.

Exemplificou, o magistrado, com o caso do aborto do anencéfalo, para designar um tipo de demanda na qual sente um desconforto ao julgá-la, por não existir lei específica que as regre. Disse-nos assim:

Tal caso gera um grande desconforto, pois os valores pessoais influenciam, por mais que o magistrado se policie, seja ele religioso ou descrente. Pois o argumento de que a grávida tem o direito individual de dispor sobre o seu próprio corpo como bem entender não é bem assim: pois o indivíduo não pode amputar o braço para receber seguro.

Interessante salientar o exemplo trazido pelo desembargador sobre a livre disposição do corpo não ser permitida, por lei, quando ensejar crime (no caso, o crime de aborto). Prosseguindo-se na análise de seu pensamento, cumpre destacar a afirmação do magistrado de que são justamente estas demandas que versam sobre o aborto preventivo que mais lhe marcaram na carreira profissional, pois teve que “decidir sobre a eliminação de um ser”. Segundo ele, quando não há risco de vida não há problemas, pois então o aborto preventivo é negado. Mas, quando tem que salvar alguém (a mãe ou o feto) “é como se fosse um carrasco”, pois tem que “decidir quem salvar”.

Nota-se, do depoimento acima referido, o peso da decisão confiada ao magistrado contemporâneo, que se vê investido do papel de última figura de autoridade em nossas sociedades. Decidir sobre a vida e a morte, que nas sociedades tradicionais era tarefa do médico ou do sacerdote, preparados para tanto, agora é papel a ser desempenhado pelo juiz. Deste, por sua vez, que não se acredita preparado para tanto, é exigido que decida, muitas vezes, quem sobreviverá (a mãe, ou o nascituro), frente às informações hoje disponibilizadas pela tecnologia. Reforça, assim, o magistrado John, a ideia antes mencionada do novo (e incômodo) papel que se espera assumam o magistrado contemporâneo, conforme já referido por Garapon no capítulo 1 da dissertação.

Referiu, outrossim, nosso entrevistado, que “é muito difícil para o juiz julgar esses casos, pois às vezes, não tem ideia de toda a dimensão fática que está por detrás do pedido, e da repercussão da sua decisão”. Referiu, ainda, que “o juiz tem que estar sempre atento; está decidindo um caso específico, mas a decisão não é secreta”. Neste aspecto, notamos a preocupação do magistrado com a repercussão social de sua decisão, pois não podemos esquecer, neste sentido, a pressão da opinião pública sobre o juiz, já referida por Garapon. O desembargador afirmou que considera muito importante, para os desembargadores, a experiência de fazer parte da Administração do Tribunal de Justiça, pois então têm a visão do outro lado das decisões judiciais; veem os reflexos das decisões proferidas quando julgam; quer dizer, o aspecto político da atividade judiciária de que falava Guarnieri.

Finalmente, gostaríamos de deixar constância da preocupação dos desembargadores face ao dilema de ter que decidir acerca da vida ou morte e das eventuais sequelas físicas e psíquicas decorrentes dos procedimentos médicos que devem autorizar ou proibir. Os subsídios técnicos procurados, a preocupação de adquirir conhecimentos metajurídicos que pudessem ilustrá-los, falam muito de sua seriedade profissional, mas também de sua perplexidade face ao desafio que a estes “homens ordinários” (togados, mas iguais a seus concidadãos) colocam certas “demandas extraordinárias”.

Interessante o parecer do Ministério Público, quanto à causa do anencéfalo (várias vezes mencionada), que serviu de fundamento ao voto proferido pelo Tribunal:

Obrigá-la a levar [a autora da ação] a termo uma gravidez de um ser que, logo ao nascer, perecerá, será desumanamente expô-la a um desnecessário desgaste emocional e forte abalo psicológico. Entender que isso incorrerá ou que, se ocorrer, há formas de restabelecer o equilíbrio, é revelar não ter as mínimas condições de empatia. É fácil teorizar com a dor alheia. E não se diga que, para a nossa lei penal, isso não interessa. Quando permite o aborto sentimental⁴¹, o Código Penal não está protegendo a vida humana nem a expectativa de vida, mas a tranquilidade da gestante. O estresse emocional de ambos os casos é igual.

Notamos, do parecer do Ministério Público transcrito nas razões do voto aqui analisado, que o risco de vida da gestante é agravado pelo sofrimento psicológico, que serve também de argumento para autorizar o aborto preventivo. Apesar do mal-estar psicológico da gestante não estar previsto em lei, e de o desembargador John posicionar-se pela interpretação restritiva do aborto preventivo, o tipo penal aberto compeliu-o a uma leitura ampla da situação fática por ele julgada. Na conclusão do voto, é mencionado que o casal “não merece a incompreensão” por parte do Poder Judiciário; “ao contrário, já foram penalizados por todo o drama vivido, agravado pela espera de uma resposta favorável do Judiciário”. Podemos dizer que a decisão referida traz a lume a lógica dos problemas do corpo antes abordada, pois, no caso em questão, o corpo é revelado como veículo de morte, ao invés de vida, para o nascituro, causando danos psicológicos à gestante.

A seu turno, o desembargador Jeremy também pensa que as demandas que envolvem temas de Bioética têm aparecido com maior frequência na atualidade devido ao avanço da tecnologia. Porém, tal ideia aparece no voto por ele proferido, unida a uma reflexão que vai muito além: “os modernos métodos para apurar a situação do embrião ou feto, nos faz pensar sobre a origem biológica do ser humano e sobre o conteúdo substancial do direito à vida”. Afirmou, quando entrevistado, que a Bioética e as discussões sobre o

⁴¹ É o aborto permitido em razão de a gravidez ter resultado de estupro.

corpo feminino e humano em geral nas demandas judiciais têm alguma relação com a busca da identidade, da individualidade, na era atual.

Segundo o desembargador referido, deve haver uma interpretação restritiva do aborto preventivo. Mas tal posicionamento, entretanto, não o impediu de efetuar uma leitura ampla do contexto social no qual foi requerida autorização para efetuar aborto preventivo, em voto por ele proferido⁴². Em sua argumentação, o desembargador referiu que, conforme a doutrina majoritária dos juristas da área penal, haveria, nestes casos, a exclusão da culpabilidade pelo aborto, por inexigibilidade de conduta diversa. Refletiu, na decisão, que a interrupção da gravidez envolve a discussão sobre o bem jurídico mais valioso da natureza, ou seja, a vida, mas que, havendo conflito entre gestante/feto, “os bens jurídicos merecem uma consideração valorativa global e ponderativa”. Afirmou que, no caso específico, tratava-se de aborto eugênico, e, em princípio, não se tem dois bens jurídicos numa situação de perigo, como no estado de necessidade, e tampouco uma discussão acerca da razoabilidade do sacrifício do bem ameaçado. Concluiu, assim, que como no aborto sentimental (decorrente de estupro) pode ser reconhecida uma excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, tal escusa pode ser também aplicada nas hipóteses do aborto eugenésico.

Assim se pronunciou:

Não é exigível da mulher que mantenha a gestação de um feto que não chegará à vida extra-uterina, ou que a venha a perder logo após o nascimento. Isto significa dar um tratamento desumano e cruel à gestante, em prejuízo de sua saúde física e mental, também garantida na Constituição Federal – artigo 196. Ademais, a estes embriões ou fetos não cabe outorgar-lhes a condição de nascituro.

Parece-nos interessante assinalar, no caso, a preocupação do magistrado em preservar a saúde física e mental da gestante, que transparece na continuação de seu discurso:

⁴² No caso em questão, o feto apresentava os órgãos vitais (coração, fígado, estômago e alças intestinais) para fora da caixa torácica, em contato com o líquido amniótico, além do encéfalo estar sem a proteção da tábua óssea craniana.

Com efeito, entendo ser absolutamente desumano e, via de consequência, constituir uma hipótese de concreta violação ao Princípio da dignidade da pessoa humana, reitor da Constituição Federal vigente, a imposição, por parte do Estado e direcionada à mulher, da manutenção de uma gravidez inviável e sem sentido, posto que cientificamente comprovada a impossibilidade de vida extrauterina do feto. A questão, aqui, não é sequer de ponderação entre dois bens jurídicos, pois não há que se falar em vida do feto, na concepção material da expressão (a vida não é viável). Com efeito, a proteção legal da vida intrauterina só tem razoabilidade lógica na medida em que existe uma expectativa de vida extrauterina. A lei tutela a vida do feto pois advirá dele uma pessoa, um sujeito de direitos. Assim, havendo provas técnicas robustas a indicar ser inviável a vida extrauterina, carece de razoabilidade a tutela penal do nascituro. Além disso, a imposição da manutenção de uma gestação fadada ao insucesso gera abalos psíquicos de ordem inimagináveis na gestante e contraria sua liberdade de autodeterminação, afigurando-se uma situação de violência física e psicológica. Entendo, por isso, ser o caso de autorizar a interrupção da gestação (...).

Não podemos esquecer, a estas alturas de nosso trabalho, que apesar de os magistrados do Tribunal de Justiça gaúcho levarem em consideração o contexto social ao interpretarem a legislação aplicável ao aborto preventivo (como vimos até agora), isto não significa que tal tarefa é isenta de limitações. Exemplo disto é o depoimento prestado pelo desembargador Henry, quando afirmou que “é óbvio que as decisões contra a anencefalia decorrem da Igreja, e é óbvia a sua parcialidade”, mas “não é aconselhável o magistrado tomar decisões sobre este tema de forma contrária ao parecer do perito médico ou de outra autoridade social (psicólogo, assistente social)”. Notamos, aqui, certa autolimitação dos magistrados, conforme afirmado por Guarnieri, em decidir com base nas informações prestadas por outras autoridades sociais.

Importante o caso relatado pelo desembargador Gregory, que lhe marcou, disse ele, tendo em vista que a decisão se transformou em paradigma no STF. Foi o caso de aborto preventivo de um feto com síndrome de *Patau*, mencionado mais acima (ver p. 102, último parágrafo). Pensou, disse ele, que não caberia impor à mulher e ao casal tal sofrimento, maior do que já tinham. “A lei não prevê a solução para tal caso concreto”, assinala o desembargador. Então, tomou a decisão com base no fundamento histórico e na interpretação extensiva da lei. Segundo ele, quando o Código Penal foi editado (em 1940) não existiam os recursos tecnológicos que hoje possibilitam prever as doenças do feto. Mas – ressalta ele – “é lícito supor que, se existissem na época, o

Código Penal incluiria tal situação, como causa excludente da ilicitude do aborto, pois previu o caso de tal excludente na hipótese de salvar a vida da mulher”. Reforçou que, “tanto assim é, que o CP afirma que o aborto preventivo será efetuado quando for “a única” forma de salvar a vida da gestante (art. 128 do CP)”.

A seu turno, a desembargadora Nancy, quando entrevistada, referiu que no tocante aos casos de aborto preventivo do anencéfalo, “a mãe é quem tem que decidir”. No seu entender, é impossível obrigá-la a levar adiante tal gravidez, “pois ela vê o seu corpo se transformando, e sabe que não terá a criança”. Detectamos, aqui, elementos da “lógica do corpo”, segundo a qual este tem grande relevância identitária e social na época contemporânea; a desembargadora entrevistada, na condição de mulher (que gerou filhos), talvez tenha lembrado o significado da modificação corporal durante a gravidez, aliada normalmente a um significado de vida, e que, no caso concreto, seria um peso, por tal alteração física gerar apenas a morte. Assim afirmou: “o sofrimento tem que ser respeitado; a mãe tem que optar, mas tem que ter apoio psicológico para tomar a melhor decisão, e não se arrepender; a decisão do STF é ótima a este respeito, pois a mãe poderá optar”.

Indagada, ainda, sobre as decisões acerca do aborto preventivo em geral, a desembargadora referida afirmou a importância da prevenção, orientação e apoio dos profissionais competentes, a fim de preparar a pessoa para a decisão. Salientou que “o juiz não pode tomar esta decisão”, pois não é o profissional mais preparado para tanto. Confirma, assim, a desembargadora, a ideia trazida no primeiro capítulo deste trabalho, segundo a qual é exigido do magistrado contemporâneo o cumprimento do papel de último fiador do Estado democrático de direito, em demandas anteriormente decididas por magistraturas sociais, que estavam tradicionalmente preparadas para tanto, ou que, ao menos, estavam tradicionalmente legitimadas para agir desta sorte.

Podemos concluir, assim, esse capítulo, reconhecendo a centralidade da lógica dos problemas do corpo na temática abordada e tal como a mesma aparece no discurso dos desembargadores entrevistados. Além de referirem o fato de que, atualmente, a tecnologia adentra sobre o corpo humano

(demonstrando patologias antes não diagnosticadas quanto ao feto e à gestante), apontam certa perplexidade frente às alterações corporais a que se submete a grávida que sabe não gerar uma vida, mas sim uma morte. Consequentemente, muitos deles apontam os danos psicológicos (não previstos em lei) presentes em tal contexto, como motivo propulsor da decisão que autoriza o aborto preventivo. Houve algum dos desembargadores, ainda, que assinalou o fato de o ser humano não poder dispor de seu próprio corpo em prejuízo de outrem (no caso, contra o nascituro), apesar de ter conhecimento de alguns argumentos feministas neste sentido. Também podemos destacar que, embora alguns desembargadores refiram ser importante a interpretação restritiva sobre o aborto preventivo, parte deles se viu compelida, em face do caso concreto, a buscar uma interpretação com base nos princípios gerais do Direito, costumes, analogia, ou valer-se da interpretação histórica, pelo fato de encontrar-se frente a um tipo penal “aberto”⁴³.

⁴³ Entende-se por “tipo penal” a descrição legal (carente de toda valoração) de fatos que por danarem em alto grau a convivência social, se sancionou com uma pena. Por exemplo, “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” é o tipo penal do furto.

A doutrina indica a existência de tipos fechados e abertos na legislação penal. Os primeiros apresentam descrição completa do modelo de conduta proibida, bastando ao intérprete, na adequação do dispositivo legal ao comportamento humano, verificar a simples correspondência entre ambos. Já, os abertos, em razão da ausência de descrição ou de descrição incompleta, transferem ao intérprete, a tarefa de tipificar cada conduta, valendo-se, para tanto, de elementos não integrantes do tipo.

CONCLUSÃO

Voltando, ora, à questão chave do nosso trabalho, este, como visto, pretendeu problematizar o fenômeno da jurisdicionalização no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, esclarecendo como e porque ele ocorre nas demandas que versam sobre o aborto preventivo submetidas ao julgamento dessa corte. Também se buscou analisar as razões que levam os magistrados a tomar determinado tipo de decisão nos casos referidos, propiciando uma reflexão mais abrangente sobre o papel desempenhado pelo juiz na sociedade contemporânea, quando decide sobre questões que, tradicionalmente, eram encaminhadas às magistraturas sociais, hoje em crise.

Como já dito, partiu-se do conceito de “jurisdicionalização dos conflitos sociais”, como o processo que se manifesta quando atores sociais, reconhecendo-se como sujeitos de direitos, “tomam a decisão de submeter à definição de suas demandas ao procedimento dos tribunais, ou de um terceiro (proveniente do âmbito administrativo ou ainda da esfera privada) que aja seguindo formas adjudicatórias” (ROJO, 2003, p. 24).

Os desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, quando entrevistados, discorreram sobre o cumprimento de sua função jurisdicional no julgamento das demandas de aborto preventivo (quando se utilizam da autoridade racional apontada por Weber), e interpretaram esse papel social por eles desempenhado. Grande parte (quase a totalidade) dos desembargadores reconheceu que, ao julgarem, sofrem alguma influência de suas convicções religiosas, filosóficas, de formação acadêmica entre outras, sem, contudo, ferir o princípio da imparcialidade do juiz quanto aos demandantes da ação judicial. Quase todos referiram, igualmente, em suas declarações, que no cumprimento da função jurisdicional levam em consideração o papel das demais autoridades sociais relacionadas à decisão, como médicos, psicólogos, assistentes sociais, entre outros.

A percepção dos desembargadores entrevistados quanto ao fato de o Judiciário intervir em tais demandas, em substituição às autoridades

tradicionais, não foi unânime. Para alguns, o aborto é crime e, como tal, deve ser julgado por este poder do Estado, não sentindo qualquer desconforto em proferir tais decisões mesmo se, eventualmente, contra parecer do médico, psicólogo ou assistente social (alguns mencionam não ser aconselhável proferir decisão contra tais pareceres). Outros, por sua vez, apontam que as autoridades competentes para julgar o aborto preventivo são esses profissionais, pois detêm o conhecimento sobre a matéria (raciocínio, portanto, que vem ao encontro da importância do especialista na teoria weberiana sobre a burocratização do Estado). Não negaram, entretanto, que os juízes assumem o papel de última figura de autoridade e o Direito, de última moral compartilhada, em nossas atuais democracias.

A grande maioria dos desembargadores referiu que, no seu entender, as demandas que versam sobre o aborto preventivo são decorrentes de uma crise de autoridade em nossa sociedade atual, ressaltando-se, entretanto, a diferenciação trazida por um deles, entre os municípios do interior do Estado e a Capital. Relatou esse magistrado que, na oportunidade em que exerceu a função jurisdicional nos municípios do interior de nosso Estado, não havia o ajuizamento das demandas do tipo das referidas, devido à confiança ainda lá existente na relação médico-paciente (fazendo seus, assim, argumentos de Paul Ricoeur), só tendo conhecimento delas quando chegou a Porto Alegre. Reforçou, ele, ainda, a teoria weberiana segundo a qual é nos grandes centros urbanos que ocorre a crise de identidade e o enfraquecimento dos laços sociais. Não podemos esquecer, entretanto, que a confiança (talvez seja melhor dizer crença) faz parte da relação de autoridade e, provavelmente, o que tenha o magistrado apontado, com outras palavras, seja, efetivamente, uma crise de autoridade.

Discorrendo sobre a lógica dos problemas do corpo e se esta constitui um dos fatores da jurisdicionalização das demandas que versam sobre o aborto preventivo, grande parte dos nossos entrevistados afirmou que tais temas da Bioética têm aparecido com maior frequência na atualidade devido ao avanço da tecnologia, à crise de autoridade médica e à nova centralidade da lógica do corpo feminino. As discussões sobre o corpo humano em geral (e

feminino em particular) nas demandas judiciais têm alguma relação (segundo referiram os magistrados), com a busca da identidade, da individualidade, na era atual, aludindo a certos elementos da teoria tourainiana neste aspecto. Segundo um deles referiu, o aspecto religioso teria aparecido apenas pontualmente, hoje, no debate jurídico de tais ações judiciais.

Entretanto, o tema da religião, que permeia a presente discussão (embora de forma tangencial), não deixou de ser abordado por alguns dos entrevistados. Um deles, inclusive, relatou um caso de aborto preventivo, por ele julgado, no qual a Mitra Diocesana teve papel fundamental no ajuizamento da demanda, impulsionada pela mídia. Muitos dos entrevistados referiram, ainda, a importância de se afastarem de suas convicções religiosas ao decidirem tais demandas, a fim de proferirem uma decisão justa. Enquanto outros, ao se manifestarem a este respeito, afirmaram que, por mais que tentem não se influenciar por sua formação (inclusive religiosa), esta acaba por influir na forma como é redigida a decisão.

A comparação entre a decisão médica e a judicial (proposta por Ricoeur) foi abordada por alguns dos desembargadores entrevistados, ao referirem a importância do parecer do especialista médico nos casos de aborto preventivo, com base nos exames proporcionados pelo avanço tecnológico. Alguns analisaram a dificuldade de o médico do sistema público tomar a melhor decisão pelo fato de desconhecer seus pacientes (não ter uma relação mais próxima médico-paciente) e de, muitas vezes, esses não terem recursos para financiar os exames necessários ao diagnóstico do aborto preventivo. Apenas com a decisão judicial é autorizada a realização de tais exames, gratuitamente (neste caso, a jurisdicionalização acontece devido a uma omissão do Poder Executivo, a nosso ver). Mas não negam, entretanto, o cumprimento de seu papel de última figura de autoridade quanto ao tema referido, ao proferirem suas decisões. E que, muitas vezes, causa desconforto, conforme referido por um dos desembargadores: “quando o juiz tem que salvar alguém (a mãe ou o feto), é como se fosse um carrasco, ao escolher quem salvar em sua decisão”.

O avanço tecnológico não previsto pela legislação aparece, ainda, na argumentação dos acórdãos exarados pelos desembargadores, como uma

causa da jurisdicionalização das demandas sociais sobre o aborto preventivo. Em muitos dos acórdãos analisados, é narrada a evolução da Medicina desde a edição do Código Penal (de 1940), o qual não poderia prever os diagnósticos precisos da atualidade sobre a saúde do feto e da gestante. Face à evolução social, não acompanhada da legislação, é exigida, assim, uma decisão judicial quanto ao tema do aborto preventivo, que não era vista como necessária na sociedade tradicional. Pois, nesta última, quando o médico de família tomava a decisão sobre a melhor medida a ser tomada no caso concreto (embasada em vários fatores), sentia-se amparado pela previsão legal respectiva. Entretanto, hoje, com o avanço tecnológico, o “risco de vida” pode se tornar uma informação técnica, demonstrada pelo rol de exames disponíveis. Aliás, como muito bem frisou um dos nossos entrevistados, o risco é “de morte”, e não, “de vida”, apesar de a lei utilizar este termo.

Não podemos esquecer, todavia, que a decisão judicial contemporânea quanto ao aborto preventivo, em que pese a tecnologia disponível, não é tão “pacífica” como parece. Conforme apontado por vários dos nossos entrevistados, e inclusive nos acórdãos respectivos, decidir tais questões se demonstra uma tarefa ainda bastante “tormentosa”. Pois, apesar de os exames apontarem com maior acuidade a saúde atual da gestante e do feto, não podem prever com exatidão o desenvolvimento futuro de ambos. Além disto, a questão psíquica da gestante tem aparecido com bastante frequência nas decisões analisadas, assim como a saúde e bem-estar da família como um todo. Pois o contexto de saúde, hoje, também sofreu alterações, abrangendo aspectos sociais e psíquicos não previstos à época da edição de nosso Código Penal. A maternidade e a paternidade, de maneira geral, ganharam novas dimensões, e está no fundo do debate sobre o tema do aborto preventivo, aqui analisado.

O maior número de demandas julgadas sobre o aborto preventivo no Tribunal de Justiça gaúcho versa sobre casos de anencefalia, conforme pudemos conferir. Apesar de a decisão recente do STF permitir o aborto preventivo nestes casos, um dos desembargadores nos alertou para o fato de que só a anencefalia “total” está prevista neste julgamento, com efeitos para o

todo o país. Portanto, os demais casos de anencefalia e outras diversas doenças semelhantes e até mais graves, conforme nos referiu, não estão abrangidas por tal decisão do STF. Nestes casos, portanto, o Tribunal de Justiça gaúcho continuará decidindo caso a caso, conforme o entendimento de cada desembargador a respeito do assunto. Um deles mencionou, inclusive, quando entrevistado, grande desconforto ao julgar, especificamente, este tipo de demanda (que envolve o anencéfalo), pois se a vida da mãe está em risco, o feto terá sua vida interrompida. Na visão de outro entrevistado, por sua vez, o anencéfalo total “não teria vida”, pois conforme a Lei de Transplantes, a vida estaria no cérebro, e se ele não o tem, seria apenas uma vida reflexa. Como pode ver-se, este magistrado, portanto, não passa pelo mesmo desconforto que seu colega ao julgar tais demandas. Notamos, ainda, neste aspecto, que o desembargador se vale da legislação e do entendimento social sobre o que é, ou não, vida, para resolver a omissão da lei sobre o que seria, efetivamente, o “risco de vida” da gestante, que justificaria o cometimento do aborto preventivo.

Alguns dos entrevistados trouxeram à tona, em sua argumentação, como uma das causas da jurisdicionalização das demandas sociais e políticas, o fato de o Poder Judiciário decidir questões administrativas do Estado, em consonância com a opinião de Luiz Wernneck Vianna e demais autores aqui estudados.

O aspecto político da atividade judicial, ressaltado por Carlo Guarnieri, também foi abordado pelos desembargadores, tendo um deles comentado a importância de que todos os magistrados do Tribunal de Justiça gaúcho cumprissem, por um período ao menos, o papel de Presidente da corte, a fim de vislumbrarem os efeitos políticos e sociais de suas decisões com maior clareza. Afirmou, na oportunidade, que é muito importante para o juiz visualizar os reflexos de suas decisões.

Como visto ao estudar o perfil do magistrado brasileiro, Vianna apresenta o magistrado gaúcho como aspirante de independência em suas decisões. Tal constatação é confirmada no perfil dos desembargadores entrevistados, pois em sua totalidade declararam deter total independência em sua tomada de decisão, e não sofrerem pressão institucional em sentido

contrário. Tal fato é denotado, ainda, pela pluralidade de suas opiniões e ideias sobre os temas aqui tratados.

O aspecto da influência da opinião pública e da mídia nas decisões proferidas pelos desembargadores não apareceu no contexto da pesquisa como um dos fatores relevantes nas demandas sobre o aborto preventivo. Apesar de ser referido um caso de grande repercussão midiática, envolvendo a Mitra Diocesana (como já referido), a preocupação maior dos entrevistados pareceu ser a manutenção de uma linha coerente de argumentação ao pronunciarem as diferentes decisões sobre o tema, e o fato de que o Judiciário, como um todo, não exare julgamentos contraditórios sobre o mesmo assunto. O objetivo maior, em tal diretiva, segundo demonstraram, seria proporcionar uma segurança jurídica para a sociedade, que assumem como uma das funções essenciais no desempenho do seu papel social.

De uma maneira geral, o que se observou, ao cotejar os acórdãos analisados com as entrevistadas efetuadas, foi uma perfeita sintonia de ideias e entendimentos. Pareceu-nos que muitos dos nossos entrevistados, todos já avançados na carreira judicante, foram esculpindo internamente, no decorrer dos anos, uma leitura própria sobre a sociedade na qual vivem, o sistema político e judiciário como um todo, as perplexidades sobre o ser humano e suas instituições. As entrevistas, que estavam previstas para ter duração de uma a duas horas, em alguns casos, chegaram a três horas, três horas e meia. Notamos que muitos dos desembargadores sentiam uma necessidade de refletir com maior acuidade sobre o tema da jurisdicionalização, no qual estão mergulhados em seu dia a dia, e sobre o qual gostaram de falar a respeito. Observamos, ainda, que o fato desta pesquisa ser oriunda da área da sociologia despertou neles certa curiosidade e pré-disposição a contribuir com o estudo. Um deles mencionou que havia prestado entrevista a alunos da área do Direito (sobre outros temas), mas não da sociologia. Pareceu-nos que causou uma sensação de conforto, aos desembargadores, sentirem-se olhados pelas lentes de outra área do conhecimento, e saberem que os conflitos por eles vivenciados não passaram ao largo de nosso estudo. Percebemos, ainda, que, todavia alguns dos entrevistados não haviam parado para pensar sobre

suas percepções a respeito de tal fenômeno da jurisdicionalização, tendo, talvez, este trabalho, contribuído para uma reflexão mais ampla a respeito do assunto.

Vale destacar, também, outro ponto relevante da pesquisa, no qual os desembargadores apontaram a crise de autoridade existente dentro do próprio Poder Judiciário, decorrente das decisões contraditórias por eles proferidas sobre o mesmo tema, e do recurso quase infinito às instâncias superiores, que derrogam as decisões proferidas pelos magistrados dos tribunais inferiores, e dos juízes de primeiro grau. Neste sentido, um dos entrevistados disse se perguntar “para que estou aqui?”, já que “uma simples liminar de um tribunal superior derruba uma decisão muito bem fundamentada da instância inferior”.

Segundo alguns dos desembargadores, ainda, tal crise de autoridade do Judiciário ocasionaria a própria jurisdicionalização: o Tribunal seria assim, como diz Rojo (2003), “bombeiro e pirômano ao mesmo tempo”, como num processo retroalimentador, já que a autoridade social competente (no caso do aborto preventivo, o médico) para decidir o conflito não se sente amparada para tanto, tendo em vista que não sabe qual será a posição do Judiciário a respeito (devido às decisões contraditórias). Alguns desembargadores referiram, assim, que ocorre uma jurisdicionalização dentro do próprio Poder Judiciário, face à ausência de autoridade das instâncias inferiores e da existência de decisões contraditórias sobre o mesmo tema. Assinalam, entretanto, que dentro dos próprios tribunais superiores tais entendimentos contraditórios aparecem, apesar de esses terem a função de uniformizar a jurisprudência. Apareceu como exemplo, inclusive, de crise de autoridade no Judiciário o fato de, à época das entrevistas, estar pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal a designação do novo Presidente do Tribunal de Justiça gaúcho, já que a decisão não conseguiu ser tomada no plano político.

O quadro acima referido nos leva a pensar se o Poder Judiciário, como componente da estrutura burocrática do Estado, e tido como última autoridade (racional) de nossas democracias ocidentais contemporâneas, também não se encontra em crise. Embora se possa considerar, como previa Weber, que a burocracia irá sobreviver a todos os regimes e governos, esta pressupõe uma

autoridade que governe. E, mesmo não negando os caracteres carismáticos e tradicionais ainda existentes na autoridade racional, talvez tenhamos que nos voltar para Ricoeur, segundo quem estaria havendo uma transformação desta autoridade. Direcionar para qual caminho esta tomará, ou encontrar as soluções para os paradoxos até aqui apontados, talvez seja o grande desafio das autoridades do mundo contemporâneo, dentre elas os magistrados, tidos como os últimos guardiões da democracia.

Não podemos negar a nossa bagagem cultural, religiosa, social e filosófica ao desempenharmos o papel de pesquisadores, que é confrontada com a realidade que vai se nos apresentando aos poucos. Apesar de termos constatado, com alegria, que grande parte da teoria por nós estudada apareceu nas palavras dos desembargadores entrevistados, estes alargaram os nossos horizontes, apontando novas perspectivas e paradoxos por nós ainda não percebidos quanto ao tema em estudo. Pareceu, em determinado momento, que era a pesquisa em si que estávamos analisando, e não os dados a serem colhidos e interpretados. Em outra oportunidade, o caminho da crise de autoridade social em direção à jurisdicionalização pareceu inverter de sentido, partindo da crise de autoridade do Judiciário para o meio social, deparando-nos com um verdadeiro paradoxo.

No final desta caminhada, podemos concluir que a busca do conhecimento é um caminho infindável, e muito gratificante, e que não podemos percorrer sozinhos. Quando os demais agentes sociais envolvidos neste processo trazem as suas percepções sobre as teorias e fatos envolvidos, o tema se torna ainda mais amplo, e as indagações proliferam.

Quem somos nós, pesquisadores, senão eternos buscadores de respostas, como Diógenes, à busca de um homem verdadeiro? Este homem (agente ou sujeito) que, já não situado na sociedade tradicional, se encontra perplexo nos grandes centros urbanos, buscando a sua identidade e as suas contradições.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2009.
- BADINTHER, Elisabeth. **Rumo equivocado: o feminismo e alguns destinos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- BADINTHER, Elisabeth. **O conflito: a mulher e a mãe**. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- BAUMGARTEN CORRÊA, Maíra. Sociedade e Conhecimento: novas tecnologias e desafios para a produção de conhecimento nas Ciências Sociais. Brasília: **Sociedade e Estado**, v. 22, n. 2, p. 401-433, maio/ago. 2007.
- BRUNO, Denise Duarte. **Jurisdicionalização, racionalização e carisma: as demandas de regulação das relações familiares ao poder judiciário gaúcho**. Porto Alegre: Tese de doutorado em sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.
- BUTLER, Judith. **Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del sexo**. Buenos Aires: Paidós, 2010.
- CASTELAIN-MEUNIER, Christine. **La paternité**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- CASTELAIN-MEUNIER, Christine. **Os homens diante da mulher e dos filhos**. Rio de Janeiro: Summus, 1993.
- CORRÊA, Walter Guilherme Hütten. **Estudo sociológico das relações entre a formação de padrões morais e a aplicação da norma legal: o caso do aborto voluntário no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Dissertação de mestrado em sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001.
- COUTU, Michel. **Max Weber et les rationalités du droit**. Quebec: Le Presses de l'Université Laval, 1995.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico: Elaboração e Formatação**. 15. ed. Porto Alegre: Costoli Soluções Gráficas, 2011.
- GARAPON, Antoine e SALAS, Denis. **La République pénalisé**. Paris: Hachette, 1996.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Buenos Aires: Ariel, 1996.

GUARNIERI, Carlo. **Magistratura e politica in Itália: pesi senza contrappesi**. Bolonha: Società Editrice il Mulino, 1993.

JAEGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KHOSROKHAVAR, Farhad. Les nouvelles formes de mobilisation social. *In* Alain Touraine *et alii*, **Le grand refus**. Paris: Fayard, 1996, p. 195-246.

LUXEMBURGO, Rosa. **La revolución rusa**. Madri: Castellote, 1975.

MADEIRA, Ligia Mori. **Mudanças no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro nas Duas Últimas Décadas: Rumo a um Estado Penal?** *In* http://paperroom.ipisa.org/papers/paper_3984.pdf. Consulta em 30 de novembro de 2012.

MARTUCCELLI, Danilo. Vies de familie. *In*: Martucelli, Danilo, **Forgé par l'épreuve: l'individu dans la France contemporaine**. Paris: Armand Colin, 2006, p. 159-210.

MAY, Tim. **Pesquisa social: questões, métodos e processos**. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. São Paulo, **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 44, 1998. *In* http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451998000200003&script=sci_arttext. Última atualização: 14/09/2012. Consulta em 30 de setembro de 2012.

QUIVY, Raymond. **Manual de investigação em ciências sociais**. 5. ed., Lisboa: Gradiva, 2008.

RICOEUR, Paul. **O justo**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da Rocha. **A realização da cidadania como função social do Judiciário: efeitos da Emenda Constitucional Nancy5**. Brasília: Inclusão Social, v. 2, n. 2, p. 148-151, abr./set. 2007. Consulta em 15 de dezembro de 2012.

ROBERTS, Bernard. **Mitologia: mitos e lendas de todo o mundo**. Seixal: Lisma, 2006.

ROJO, Raúl Enrique. Jurisdição e civismo: a criação de instâncias para dirimir conflitos sociais no Brasil e no Quebec. *In*: Raul E. Rojo: **Sociedade e direito no Quebec e no Brasil**. Porto Alegre:PPGDir/ UFRGS, 2003, pp. 21-41.

SADECK, Maria Tereza e ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP** – Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n. 21, p. 34-45, março-abril-maio 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2011.

TATE, C. Neal. El papel de los tribunales de justicia em la caída y la restauración de la democracia en Filipinas y su reflejo en el Diario de Sesiones del Tribunal Supremo. Tamaulipas: **Revista Internacional de Ciencias Sociales**, n. 152, junho de 1997, p. 309-321.

TOURAINÉ, Alain. **Le retour de l'acteur: essai de sociologie**. Paris: Fayard, 1985.

TOURAINÉ, Alain. **Palavra e sangue: política e sociedade na América Latina**. São Paulo/Campinas: Trajetória Cultural/Universidade Estadual de Campinas, 1989.

TOURAINÉ, Alain e KHOSROKHAVAR, Farhad. **A procura de si**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

TOURAINÉ, Alain. **Pensar outramente**. Petrópolis: Vozes, 2009.

TOURAINÉ, Alain. **O mundo das mulheres**. Petrópolis: Vozes, 2010.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**. Petrópolis: Vozes, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck e outros. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. Dezessete Anos de Judicialização da Política. São Paulo: **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**, vol. 19, Adam, novembro de 2007, p. 39-85.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V2. Trad. De Regis Barbosa e Karen Elsade Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. 4ª Ed – Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009 (reimpressão).