

A JUDICIALIZAÇÃO E A CRISE DE AUTORIDADE NAS DEMANDAS QUE VERSAM SOBRE O ABORTO PREVENTIVO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SULⁱ

Paula Decontoⁱⁱ

Sumário: 1 Introdução. 2 A perda da autoridade e a justiça. 2.1 O que não é autoridade. 2.2 Autoridade, religião e tradição. 2.3 A origem do conceito de autoridade e seu parâmetro teórico. 2.4 A noção de autoridade em Weber. 2.5 Comparação entre o ato médico e o ato judiciário. 3 Conclusão. Referências.

Resumo

A judicialização 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. Os juízes, em face da perda de autoridade das magistraturas sociais, cumprem o papel de últimos guardiões da democracia em nossas sociedades contemporâneas. Neste artigo, explana-se de que forma

ⁱ Artigo apresentado no Congresso "A Sociologia do Direito em Movimento: Perspectivas da América Latina", realizado na UNILASALLE, no período de 5 a 8 de maio de 2015.

ⁱⁱ Graduação em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (1991). Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Especialização em Educação a Distância pela PUC/RS. Mestrado em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Integrante do Projeto de Pesquisa CNPQ-UFRGS, intitulado Magistratura, Sociedade e Política, desde o ano de 2013, com foco na área da Sociologia Jurídica. Experiência nas áreas de direito constitucional e educação corporativa, com ênfase em EAD. Atualmente, atua como técnica judiciária da Justiça Federal. E-mail: pauladeconto@terra.com.br.

os desembargadores gaúchos, enquanto atores sociais, interpretam este papel e se, eventualmente, sentem algum desconforto em tomar tais decisões. Para tanto, utilizamos como método de pesquisa a análise documental e a análise de conteúdo, buscando um exame mais qualitativo que quantitativo das decisões proferidas pelos referidos desembargadores.

Palavras-chave: Judicialização. Crise de autoridade. Aborto preventivo

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 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”¹. 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.

O direito brasileiro² 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.

O que se objetiva, aqui, é esclarecer as razões que levam os juízes a tomar determinado tipo de decisão nos casos de aborto preventivo, quando chamados a agir como novos “magistrados sociais”³, com vistas a propiciar uma reflexão mais abrangente sobre o papel desempenhado pelo

¹ ROJO, Raúl Enrique. Jurisdição e civismo: a criação de instâncias para dirimir conflitos sociais no Brasil e no Quebec. In: _____. (Org.). *Sociedade e direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2003. p. 24.

² Especificamente, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

³ 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).

juiz na sociedade contemporânea, ao decidir sobre questões do corpo, que tradicionalmente eram encaminhadas a figuras de autoridade hoje em crise.

Também se parte do pressuposto de que os juizes assumem com frequência o papel de última figura de autoridade legítima em nossas democracias, e que o Direito, nesses casos, converte-se na última moral compartilhada pelos cidadãos de democracias secularizadas, como a nossa.

Quanto aos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho como um todo, 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 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), e três foram defensores públicos.

Utilizamos como método de pesquisa a análise documental, a partir 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, com o objetivo de realizar uma análise mais qualitativa que quantitativa das referidas decisões. Comparou-se o conteúdo dos acórdãos com o das entrevistas, a fim de identificar o fenômeno da jurisdicionalização no contexto especificado.

Dos cem acórdãos disponíveis no banco de dados do Tribunal de Justiça gaúcho sobre o tema “aborto”, selecionaram-se para análise cinquenta deles (decisões proferidas no período de 2001 a 2012), que tratavam, efetivamente, do aborto preventivo e que também não versavam apenas sobre questões de competência do juízo. Estas decisões foram proferidas por aproximada-

mente vinte e sete desembargadores, três deles já se encontram aposentados. As entrevistas foram efetuadas com um terço desta amostra (oito desembargadores), preferencialmente com os relatores dos acórdãos analisados (cinco dos oito entrevistados atuaram como relatores).

No que tange ao método, ao longo de todo o texto, procuramos facilitar o diálogo da teoria com a empiria, de forma que se fizessem 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.

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.

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 brasileiro⁴, Garapon comenta 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. Ao invés de buscar dentre várias soluções plausíveis a mais aplicável ao caso concreto – como ocorre nos países da *Common Law* –, espera-se que o “juiz-salvador” traga a solução pronta, e milagrosa, que faria cessar o desconforto do conflito instalado.⁵

⁴ Embora na opinião de Luiz Wernneck Vianna (1997) tenhamos, hoje, um sistema híbrido em nosso país (*Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997).

⁵ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 74.

Abordaremos, neste estudo, a perda da autoridade relacionada ao novo papel atribuído aos juizes, iniciando com o conceito desenvolvido pela filósofa Hannah Arendt, a partir do estudo dos filósofos gregos e da experiência romana. Em seguida, passaremos a uma breve análise da autoridade em Weber, tendo em vista que, para estudar a perda de autoridade em nossas sociedades contemporâneas, como propõe Arendt, é preciso compreender 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 trabalho, 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.

2 A PERDA DA AUTORIDADE E A JUSTIÇA

Passaremos a discorrer 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.

Não podemos esquecer que o magistrado exerce uma função política sem ter sido eleito pelo voto da maioria da população e controla a legalidade e a legitimidade dos atos dos demais Poderes do Estado. Há quem defenda um grande controle da atividade jurisdicional, enquanto outros pregam a independência dos juizes como fundamental à concepção de democracia. Sem querer aprofundar os discursos de Guarnieri⁶ e demais autores sobre o assunto, Garapon afirma que, para muitos homens políticos (e não poucos juizes) não é concebível “nenhuma acomodação entre a sacralização do ofício do juiz e sua submissão ao poder executivo”⁷.

Nas sociedades dessacralizadas da atualidade, nas quais os ritos foram abolidos, a justiça recebe demandas anteriormente encaminhadas às magistraturas sociais: autoridades religiosas, mé-

dicos de família, chefe da família, entre outras. Um grande desafio se impõe ao julgador de hoje: 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 de as 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?

2.1 O que não é autoridade

A filósofa Hannah Arendt ao abordar 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, propõe o estudo do conceito partindo-se da delimitação do que “não é” autoridade.⁸ Para a autora, 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”⁹. Tampouco se deve confundir autoridade com persuasão, pois esta última pressupõe uma relação de igualdade. A relação de autoridade, portanto, assenta-se na hierarquia, cujo direito e legitimidade são reco-

⁶ GUARNIERI, Carlo. *Magistratura e politica in Itália: pesi senza contrappesi*. Bolonha: Società Editrice il Mulino, 1993.

⁷ GUARNIERI, Carlo. *Magistratura e politica in Itália: pesi senza contrappesi*. Bolonha: Società Editrice il Mulino, 1993.

⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*, p. 170.

⁹ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p.129.

2.2 PODER JUDICIÁRIO

nhecidos por aquele que manda e por quem o obedece, ambos com um lugar estável predeterminado.

Cabe ressaltar, nesse sentido, que a figura da autoridade judicial tem um papel definido em nossas sociedades, cujo cargo, uma vez provido mediante concurso público, dá-lhe 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.

2.2 Autoridade, religião e tradição

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”¹⁰.

Também é interessante trazer à tona, quanto ao peso da religião e da autoridade, um caso concreto no qual interveio o desembargador Henry. Nesse caso, uma moradora do interior do estado gaúcho solicitava aborto de feto com má formação cerebral (diferente da anencefalia), alegando que viveria por pouco tempo. A decisão do juiz de primeira instância foi de procedência do pedido, autorizando 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 impetrado o *habeas corpus*, 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 a 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: 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.

2.3 A origem do conceito de autoridade e seu parâmetro teórico

Com amparo em Arendt, 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 são de origem romana, não fazendo parte da língua nem da experiência política da história grega. Porém, a filosofia política de Platão e Aristóteles é, com certeza, o parâmetro teórico de análise necessária do conceito referido¹¹ e duas são as razões para tal ocorrer: (i) os dois filósofos tentaram introduzir algo semelhante à autoridade na vida pública da polis (que não fosse o governo tirânico, que privava os cidadãos da faculdade política) e (ii) 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 Pla-

¹⁰ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*, p. 130.

¹¹ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*, p. 148.

2.2 PODER JUDICIÁRIO

tão sentia a sua vida ameaçada após o julgamento e a morte de Sócrates, e talvez por isto tenha proposto um governo de filósofos. 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 ela.¹² Partindo deste raciocínio é que o filósofo busca outro meio de coerção, que não a violência, para sustentar a vida política grega. Comungamos com a 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 por Arendt. Na busca de um princípio legítimo de coerção, Platão se baseou nos modelos de seu tempo: a relação entre o pastor e suas ovelhas, entre o médico e o paciente, e 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 foram 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 ser exercido sem a tomada do poder e a posse dos meios de violência.¹³ 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 da ideia de prumo, o compasso e a régua, os mais 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 por meio da imitação, ao mesmo tempo em que elas se tornam padrões constantes e absolutos para o comportamento e o juízo moral e político.¹⁴ Concluimos, assim, que a analogia às artes e aos 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.

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 Weber¹⁵ na organização burocrática do Estado moderno.

2.4 A noção de autoridade em Weber

A noção de autoridade em Weber 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. Mas há outro elemento fundamental em sua teoria para compreender o Estado racional moderno: a sua burocratização crescente. E, como consequência desta, Weber já vislumbrava profeticamente, à época em que escreveu a obra então referida¹⁶, uma crise de autoridade, que poderia

¹² No Diálogo “Protágoras”, segundo ressalta o historiador Werner Jaeger, Sócrates duvida da força da palavra utilizada pelos sofistas e pelos retóricos, como meio de ensinar a virtude política (*Paideia*: a formação do homem grego. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 650).

¹³ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*, p. 148.

¹⁴ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*, p. 150.

¹⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsade Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Ed. da Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009 (reimpressão). v. 2.

¹⁶ Durante os anos de 1911 a 1913, conforme o prólogo à quarta edição alemã.

dar lugar ao surgimento de um pretendido líder carismático “salvador”.

Acreditamos ser importante ressaltar a crise de autoridade relatada pelo desembargador Henry, que não é aquela decorrente do âmbito social, mas sim uma crise de autoridade dentro do próprio Poder Judiciário, decorrente do sistema recursal implementado e das decisões contraditórias proferidas. Pela fala do desembargador, o sistema burocrático processual teria engessado a autoridade do magistrado singular e dos tribunais estaduais. Vale transcrever a sua afirmação:

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.

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 investidas de um poder, de fato, de impor obediência.¹⁷ Tal ideia aparece reforçada pela percepção dos desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho, por exemplo, quando um dos entrevistados 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 Arendt¹⁸, mas sim de “transformação” da autoridade, pois são ainda mantidos alguns liames com o passado. É coerente com tal argumento a constatação efetuada pelo desembargador Adam, quando trabalhou em Varas interioranas do Estado do Rio Grande do Sul 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.

2.5 Comparação entre o ato médico e o ato judiciário

Pensamos que contribuirá muito para o nosso estudo efetuar 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, na quase totalidade das vezes, baseia-se em pareceres médicos. Muitas dessas demandas se relacionam com a questão médica e o diagnóstico, seja no caso de risco de morte 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 paciente¹⁹ baseado na confiança. A prescrição médica, ao final

¹⁷ RICOEUR, Paul. *O justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 2. p. 104.

¹⁸ RICOEUR, Paul. *O justo*, p. 105.

¹⁹ RICOEUR, Paul. *O justo*, p. 240.

deste processo, tem o seu equivalente na sentença judicial. 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”²⁰. Alertamos que este é o caso do aborto preventivo por motivo de risco de morte da mãe ou deformidades no feto, que são detectados com o uso da tecnologia avançada, antes não disponíveis em nossas sociedades. Portanto, a 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 referir 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 disso, ao final desses processos, as conclusões são 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.

Prosseguimos, então, nossa análise, lembrando que há uma 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 esta 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. Alerta-se para o fato de que a decisão judicial é passível de recurso para tri-

bunais superiores, mas, de todo 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 Federal²¹, bem como se as demandas judiciais deste tipo decorrem de uma crise de autoridade do médico, o desembargador Adam afirmou 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 ocorreu, também, por influência do modelo norte-americano. Lembrou que tais demandas estão só em Porto Alegre e não no interior do Estado. Explicou que, no seu entender, é fruto da 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 pessoalidade entre médico e paciente, ocasionando a jurisdicionalização de tais demandas, vem ao encontro da teoria weberiana,

²⁰ RICOEUR, Paul. *O justo*, p. 242.

²¹ 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”.

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

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.

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. 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 procurou colocar-se no lugar da mulher: “como ela se sente quando as pessoas a parabenizam pela gravidez, 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 decidir-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.

3 CONCLUSÃO

Podemos concluir, assim, 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; para outros, a decisão judicial seria uma homologação do parecer médico.

Sabemos que o trabalho não esgota 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.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 6. 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.

BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires: Paidós, 2010.

CASTELAIN-MEUNIER, Christine. *Os homens diante da mulher e dos filhos*. Rio de Janeiro: Summus, 1993.

_____. *La paternité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

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*. 2001. Dissertação (Mestrado em Sociologia)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2001.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

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

_____; SALAS, Denis. *La république pénalisée*. Paris: Hachette, 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*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

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

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

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

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

ROJO, Raúl Enrique. Jurisdição e civismo: a criação de instâncias para dirimir conflitos sociais no Brasil e no Quebec. In: _____ (Org.). *Sociedade e direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2003. p. 21-41.

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

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

_____. *Pensar outramente*. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. *O mundo das mulheres*. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. *Um novo paradigma*. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____; KHOSROKHAVAR, Farhad. *A procura de si*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

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

_____ *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsade Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Ed. da Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009 (reimpressão). v. 2.

Recebido: 05/08/2015

Aprovado: 19/10/2015