

Título: A Justiça e a Vida. Um Estudo Sociológico da Judicialização do Aborto Preventivo no Tribunal de Justiça Gaúcho¹

Nome da autora: DECONTO, Paula.

Correio eletrônico e instituição à qual pertence: pauladeconto@terra.com.br – JFRS – Justiça Federal de 1º Grau da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul e Membro do Grupo de Pesquisa CAPES/UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, “Magistratura, Sociedade e Política” Coordenado pelo Professor Doutor RAÚL ENRIQUE ROJO.

Resumo:

O caráter judicial das demandas sociais e políticas que ocorrem nas sociedades democráticas ocidentais no segundo pós-guerra aparecem nas causas submetidas ao julgamento dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, centradas no aborto preventivo. A perda de autoridade social é considerada uma das causas da jurisdicionalização, ao exigir que os juízes cumpram a função de últimos guardiões de nossas sociedades democráticas contemporâneas. As causas mencionadas anteriormente derivam da lógica dos problemas do corpo que sofre o cidadão contemporâneo, em sua crise de identidade.

PALAVRAS CHAVE – JURISDICIONALIZAÇÃO. ABORTO PREVENTIVO NO BRASIL. CRISE DE AUTORIDADE. LÓGICA DOS PROBLEMAS DO CORPO.

Abstract em espanhol:

El carácter judicial de las demandas sociales y políticas que ocurren en las sociedades democráticas occidentales de la segunda post-guerra se colocan en las causas sometidas al juicio de los jueces de la Corte de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, Brasil, que se centran en la prevención del aborto. La pérdida de la autoridad social se considera una de las causas de jurisdiccionalización al exigir que los jueces cumplan la función que los últimos guardianes de nuestras sociedades democráticas contemporáneas cumplían. En los casos mencionados anteriormente se deriva de la lógica de la materia los problemas del cuerpo que sufre el ciudadano contemporáneo en su crisis de identidad.

PALABRAS CLAVE - JURISDICIONALIZACIÓN. ABORTO PREVENTIVO EN BRASIL. CRISIS DE AUTORIDAD. LÓGICA DE LOS PROBLEMAS DEL CUERPO.

¹ Texto atualizado e resumido da palestra apresentada no XI Congresso Nacional de Ciências Políticas, organizado pela Sociedade Argentina de Análise Política e pela Universidade Nacional de Entre Ríos, Cidade de Paraná, Argentina, de 17 a 20 de julho de 2013.

1 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.

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.

Pretende-se demonstrar os fatores sociológicos, extralegais, que influenciam a tomada de decisão dos magistrados desse tribunal quando defrontados a esses casos, que se relacionam com a lógica dos problemas do corpo, presente nas sociedades democráticas ocidentais contemporâneas.

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

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

sociais”³, propiciando uma reflexão mais abrangente sobre o papel desempenhado pelo 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 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.

Utilizamos 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. Comparou-se o conteúdo dos acórdãos com o das entrevistas, a fim de identificar-se o fenômeno da jurisdicionalização no contexto especificado. Fazemos dialogar ao longo de todo o texto 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 que por acaso) com pessoas reais.

2 A LÓGICA DOS PROBLEMAS DO CORPO

Pensamos, seguindo na espécie a Alain Touraine⁴, 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

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).

⁴ 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.

intelectual das feministas, no seu período mais criativo, contribuiu para que o privado se tornasse um assunto público.

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.

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. Ressaltamos as suas 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.

Prosseguindo na lógica dos problemas do corpo, afirmamos, com Touraine, que a libertação do corpo é indispensável à formação do sujeito. O 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 gêneros⁵. O desembargador Henry afirmou, quando entrevistado, que a Lei Maria da Penha, com a consequente 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.

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. 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”.

⁵ 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).

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 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).

Na 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, assim explanou: “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, a 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). 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.

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” (Ibid., 2009, p. 161), frente à recusa tanto do masculino quanto do institucional de reconhecer a sua subjetividade.

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 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 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.

Apontamos, ainda, conforme entrevista com o 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, o desembargador entrevistado não nega o conflito existente ao decidir tais causas.

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.

O fator que ocasionou tal demanda, envolvendo a Bioética, portanto, teve origem no avanço da tecnologia, segundo o voto do desembargador Robert. Este 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 extrauterina 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”. Notamos, nesta decisão, a preocupação com o corpo do feto (no sentido de que o prognóstico era de que não tivesse uma vida extrauterina, e muito menos saudável), mas também com a preservação do corpo e da vida da mãe, além do seu bem-estar psíquico. Observamos, 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”.

No entender do desembargador John, por sua vez, quando entrevistado, 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”.

Notamos, 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 teve uma formação específica 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 referido por Garapon (2001).

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, 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 sentimental⁶, 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.

Concluimos, 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.

Não podemos esquecer, a estas alturas do texto, de referir que apesar de os magistrados do Tribunal de Justiça gaúcho levarem em consideração o contexto social ao interpretar 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 (1993), em decidir com base nas informações prestadas por outras autoridades sociais.

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”.

⁶ É o aborto permitido em razão de a gravidez ter resultado de estupro.

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” (no caso de feto com anencefalia total).

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. Saliou 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 início 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, nosso raciocínio, 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 como 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”⁷.

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.
- 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.
- GARAPON, Antoine e SALAS, Denis. **La République pénalisée**. Paris: Hachette, 1996.

⁷ 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.

- 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.
- GUARNIERI, Carlo. **Magistratura e politica in Itália: pesi senza contrappesi**. Bolonha: Società Editrice il Mulino, 1993.
- 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.
- 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.
- 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*: Raul E. Rojo: **Sociedade e direito no Quebec e no Brasil**. Porto Alegre:PPGDir/ UFRGS, 2003, pp. 21-41.
- 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 *et alii*. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck e outros. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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).

Endereço completo da autora: Av. Beira-Rio, 909 – Bairro Belém Novo – Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

CEP: 91780-010

Fone: 51-97981530

E-mail: pauladeconto@terra.com.br