

TATIANA AFFONSO FERREIRA

**ANÁLISE ARGUMENTATIVA DO DISCURSO JURÍDICO:
a polêmica sobre o aborto de fetos anencéfalos**

Belo Horizonte
Faculdade de Letras
Universidade Federal de Minas Gerais
2013

Tatiana Affonso Ferreira

**ANÁLISE ARGUMENTATIVA DO DISCURSO JURÍDICO:
a polêmica sobre o aborto de fetos anencéfalos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Estudos Linguísticos da Faculdade de Letras da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em linguística do texto e do Discurso

Área de Concentração: Linguística do Texto e do Discurso.

Linha de Pesquisa: Análise do Discurso

Orientador: Prof^a. Dr^a. Helcira Maria Rodrigues de Lima

Ficha catalográfica elaborada pelos Bibliotecários da Biblioteca FALE/UFMG

F383a Ferreira, Tatiana Affonso.
 Análise do discurso jurídico [manuscrito] : a polêmica sobre o aborto de fetos anencéfalos / Tatiana Affonso Ferreira. – 2013.
 135 f., enc. : il., color.

 Orientador: Helcira Maria Rodrigues de Lima.

 Área de concentração: Linguística do Texto e do Discurso.

 Linha de pesquisa: Análise do Discurso.

 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Letras.

 Bibliografia: 131-135.

 Inclui CD-ROM com o corpus da análise.

1. Análise do discurso – Teses. 2. Discurso jurídico – Teses. 3. Oratória – Teses. 4. Aborto – Teses. 5. Direito – Teses. I. Lima, Helcira Maria Rodrigues de. II. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Letras. III. Título.

CDD : 418

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Letras
Programa de Pós-graduação em Estudos Linguísticos

Dissertação intitulada “Análise do Discurso Jurídico: a polêmica sobre o aborto de fetos anencéfalos”, de autoria da mestrandia Tatiana Affonso Ferreira, apresentada em 08 de agosto de 2013 à Banca Examinadora, constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Wander Emediato de Souza
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alberico Alves da Silva Filho
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG

Orientadora: Profa. Dra. Helcira Maria Rodrigues de Lima
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

A meus pais, Roberto e Ana Rita

AGRADECIMENTOS

"Together we stand,
divided we fall"
(Hey You - Pink Floyd)

À minha orientadora Helcira Maria Rodrigues de Lima, pelo tempo dedicado a mim, por todas as sugestões e privilegiadas interferências que foram tão importantes para o desenvolvimento desta pesquisa, além das constantes palavras de carinho e incentivo.

Ao professor Alberico Alves da Silva Filho, por me acompanhar desde a época da minha graduação, mostrando caminhos tão importantes, e por vezes ignorados, dentro do curso de Direito.

Ao professor Wander Emediato de Souza, por me honrar com sua participação na apreciação do meu trabalho.

A todos professores da área da Linguística do Texto e do Discurso, por todas as contribuições e ensinamentos.

Aos meus colegas da Pós, pelos momentos de estudo, alegria, medos e angústias tão compartilhados. Em especial àqueles aos quais posso chamar de amigos: Ester, Luana, Marcos, Allana, Thaís e Thiago.

Aos meus pais, Roberto e Ana Rita, pelo apoio, força, carinho e compreensão. Ao meu irmão Roberto e à Kryscia pelo companheirismo, parceria e por me proporcionarem momentos felizes.

Aos amigos do CPE, da PUC, da UFMG e do Rui que ainda se mantêm presentes mesmo diante à minha necessária ausência.

À FAPEMIG e à CAPES pelo apoio financeiro durante o curso.

À Maria por trazer sempre seu sorriso em tantos congressos, reuniões e orientações.

Resumo

A pesquisa visa proceder a uma análise argumentativa dos votos dos Ministros Marco Aurélio Mello, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e José Celso de Mello Filho do Supremo Tribunal Federal que compõem a decisão da ação de descumprimento de preceito fundamental número 54. Esse processo trata da possibilidade da antecipação terapêutica do parto de fetos já diagnosticados anencéfalos não ser considerada crime de aborto, conforme a tipificação dos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro. Tratava-se de um complicado pedido de ordem jurídica, tendo em vista a questão ser considerada pertencente às zonas cinzentas do Direito brasileiro, já que não havia leis claras sobre o assunto nem um posicionamento jurisprudencial consolidado. Entretanto, em recente decisão, no ano de 2012, o STF, em sua maioria, posicionou-se favorável ao pedido. O objetivo da análise é verificar como o Direito, que prima pela objetividade e coerência com seu sistema legal, pode ser influenciado por elementos extrajurídicos e pelos discursos difusos na sociedade. Para isso, analisar-se-ão os argumentos utilizados pelos Ministros nas construções de seus respectivos votos a partir de um ponto de vista que considera a argumentação ancoradas em três dimensões: *dimensão da construção de imagens*, *dimensão patêmica* e *dimensão demonstrativa*. A reflexão sobre o tema engloba ainda questões pertinentes ao universo feminino e às representações sociais do aborto e da anencefalia, além de esclarecer quais são os direitos fundamentais e princípios constitucionais postos em questão.

Palavras-chave: Discurso Jurídico; Argumentação; Aborto de fetos anencéfalos

Résumé

Le but de cette recherche est d'examiner l'analyse argumentative des votes des Ministres Marco Aurélio Mello, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e José Celso de Mello Filho du Tribunal Fédéral Suprême du Brésil, la Haute Cour Brésilienne, qui composent la décision du Procès de Violation du Précepte Fondamental numéro 54. Le procès porte sur la possibilité d'anticipation thérapeutique de l'accouchement des foetus anencéphales préalablement diagnostiqués ne pas être considérée crime d'avortement d'après la typification des articles 124 à 128 du Code Pénal Brésilien. Il s'agissait d'une compliquée demande d'ordre juridique, étant donné que la question est considérée appartenante aux zones grises du Droit Brésilien, puisqu'il n'y avait pas de lois claires à ce sujet, ni une position jurisprudentielle consolidée. Cependant, dans une décision récente en 2012, le Tribunal Fédéral Suprême, dans sa majorité, s'est montré favorable à la demande. L'objectif de l'analyse est de vérifier comment le Droit, qui se fait remarquer par l'objectivité et la cohérence avec son/système judiciaire, peut être influencé pour des éléments extra-juridiques et par les discours répandus dans la société. Pour cela, on analysera quels sont les arguments utilisés par les Ministres dans la construction de ses respectifs votes à partir d'un point de vue qui considère l'argumentation soutenue en trois dimensions : *dimension de la construction d'images*, *dimension pathémique* et *dimension démonstrative*. La réflexion sur le thème englobe aussi des questions pertinentes sur l'univers féminin, les représentations sociales de l'avortement et de l'anencéphalie, en plus d'éclaircir quels sont les droits fondamentaux et les principes constitutionnels mis en question.

Mots-clés: Le discours juridique; Argumentation, Avortement des foetus anencéphales

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 REPRESENTAÇÕES SOBRE GÊNERO, MATERNIDADE E ABORTO.....	14
2.1 A legislação brasileira e a tipificação do aborto	16
2.2 Uma breve historificação moral, política e religiosa sobre o aborto.....	22
2.3 Esclarecimentos sobre a anencefalia.....	32
2.4 Gênero e maternidade: o aborto como um desvio de conduta da mulher.....	35
3 O DIREITO BRASILEIRO E A ANENCEFALIA.....	46
3.1 Princípios e direitos fundamentais.....	46
3.1.1 Princípio da legalidade.....	49
3.1.2 Princípio da fundamentação das decisões.	50
3.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	51
3.1.4 A República Federativa do Brasil como estado laico.....	51
3.1.5 Direito à vida	54
3.1.6 Direito à saúde.....	56
3.1.7 Direito à integridade física e moral.....	57
3.1.8 Direito à privacidade.....	58
3.2 Os casos de anencefalia analisados pelo Supremo Tribunal Federal.....	59
3.2.1 O caso Gabriela.....	59
3.2.2 A ADPF nº54.....	60
3.3 Os equívocos do positivismo jurídico	66
4 ANÁLISE ARGUMENTATIVA DO DISCURSO JURÍDICO.....	72
4.1 As três dimensões da argumentação.....	79
4.1.1 A dimensão da construção de imagens.....	80

4.1.2 A dimensão patêmica.....	85
4.1.3 A dimensão demonstrativa.....	94
5 A ARGUMENTAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: METODOLOGIA DE PESQUISA E ANÁLISE DO <i>CORPUS</i>	97
5.1 Apresentação do <i>corpus</i>.....	97
5.2 Análise do <i>Corpus</i>.....	100
5.2.1 Pela procedência ou improcedência do pedido: justificativas e motivações.....	100
5.2.2 Linha argumentativa: Religião e Laicidade do Estado Brasileiro.....	107
5.2.3 Linha argumentativa: Saberes médicos e conhecimentos científicos.....	110
5.2.4 Linha argumentativa: saberes jurídicos.....	116
4.2.5 Linha Argumentativa: o universo feminino e os direitos das mulheres.....	120
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	128
REFERÊNCIAS.....	132

1 INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é proceder a uma análise argumentativa dos votos de quatro Ministros do Supremo Tribunal Federal que compõem a decisão proferida na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental número 54, na qual se discute a possibilidade da antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos não ser considerada crime. Essa questão mostrou-se complexa tendo em vista se tratar de um assunto gerador de opiniões e discursos divergentes nas diversas esferas sociais tais como: religiosa, política, jurídica, médica e social.

Ao analisar a decisão que ampliou o rol das excludentes de ilicitude para o crime de aborto previstas no artigo 128 do Código Penal, observamos que o Direito, que prima pela objetividade e coerência com seu sistema legal, pode ser influenciado por discursos difusos na sociedade que poderão, muitas vezes, levar o julgador a decidir levando em consideração elementos metajurídicos e não apenas aqueles provenientes da esfera legal e jurídica.

Nesse sentido, as decisões judiciais, tais como são definidas na doutrina, deveriam sempre ser imparciais, fundamentadas em dispositivos legais e baseadas em critérios precisos e objetivos que estejam em conformidade com um sistema de regras determinadas. Ocorre que isso nem sempre é o que acontece, já que o julgador também se guia pela discricionariedade¹.

Dessa forma, acreditamos que a análise dos votos dos Ministros Marco Aurélio Mello, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e José Celso de Mello Filho que compõem a decisão da ADPF n° 54 poderá suscitar reflexões mais amplas a respeito da aplicação prática das normas e dos princípios jurídicos e poderá também mostrar como a *doxa* pode estar presente na formação discursiva desse domínio. Para isso tentaremos refletir sobre algumas questões que nortearão a pesquisa. O julgador respeita os parâmetros objetivos do Direito? Ou ele confere um caráter subjetivo em suas decisões? Quais elementos discursivos e extrajurídicos podem estar presentes em uma decisão? A segurança jurídica pode ser afetada por uma aplicação subjetiva do Direito? Quais seriam os elementos que contribuem para a construção do discurso jurídico? Os julgadores apoiam suas decisões em imaginários? De que maneira esses imaginários se encontram nas decisões?

Para responder a algumas das questões propostas acima, pretendemos entender em que medida o ordenamento brasileiro pode sofrer interferências de elementos metajurídicos. O Direito prima pela objetividade e é amparado por princípios e pressupostos processuais tais

¹A palavra *discricionariedade* pode ser entendida como a possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas consideradas constitucionalmente válidas para o Direito.

como a legalidade, a imparcialidade do julgador e a fundamentação legal das decisões que fazem com que todas as sentenças, acórdãos ou qualquer decisão jurídica estejam fundamentadas e baseadas em normas presentes no ordenamento jurídico. Muitos doutrinadores garantem que o sistema legal é pleno e o julgador sempre encontraria uma regra aplicável ao caso concreto. Dessa forma, nenhum operador do Direito deveria se pautar em outros elementos para defender, acusar ou decidir dentro da esfera judicial.

É nesse sentido que a lógica formal, pretendida pela corrente positivista, foi a grande responsável pela diminuição do pensamento prático na aplicação do Direito. Ela pode ser entendida como uma tentativa de fornecer um procedimento racional que seja tomado como válido, ou seja, uma forma correta de pensar, independente de todos os aspectos históricos e humanos. Neste sentido, essa lógica seria insuficiente para operar raciocínios típicos de áreas como a Filosofia, as Ciências Humanas e Sociais e o Direito e pode ser percebida como uma forma de reducionismo lógico do Direito.

As decisões judiciais deveriam, portanto, se pautar em fundamentos legais e critérios objetivos. Entretanto, muitas vezes, os julgadores levam em conta a realidade social que permeia o caso, a força argumentativa de peças jurídicas bem elaboradas, ou ainda o aspecto emocional que o objeto jurídico pode causar. Dessa maneira, os elementos estabelecidos em lei e descritos no ordenamento jurídico nem sempre se mostram suficientes para justificar as decisões judiciais. Ou seja, embora sempre fundamentadas em artigos de leis, as decisões podem se encontrar amparadas em representações sociais.

A pesquisa, então, será orientada no sentido de verificar quais seriam esses elementos extrajurídicos e como eles poderiam influenciar na construção do discurso no âmbito judicial. Para isso, escolhemos uma decisão colegiada cujo tema é bastante polêmico e poderá nos mostrar como elementos estudados no âmbito da Análise do Discurso podem estar presentes na construção do discurso jurídico.

Para tanto, faremos uso de contribuições da Análise do Discurso objetivando a identificação de estudos sobre a argumentação que ainda não foram absorvidas pelos cursos de Direito e que poderiam nos permitir melhor compreender a construção do discurso jurídico e a racionalidade do Direito no contexto de sua aplicação.

Deste modo, estabeleceremos um diálogo entre o Direito e a Análise do Discurso no sentido de melhor compreender o discurso jurídico e suas relações com a *doxa*, bem como compreender em que medida tais relações condicionam determinadas decisões judiciais. Com isso, mostraremos que não são apenas os elementos jurídicos estabelecidos e positivados em

lei os responsáveis na formação de opinião do julgador e na construção de uma decisão judicial.

O objetivo geral desse trabalho, dessa forma, é verificar, a partir do diálogo proposto, se os princípios e pressupostos norteadores do processo judicial realmente se efetivam na prática e se se encontram livres de influências externas a esse ramo de conhecimento. Para isso, pretendemos: verificar como o discurso decisório acerca do aborto de fetos anencéfalos é construído e quais as linhas argumentativas mais recorrentes na decisão; mostrar a importância de quebrar a concepção de um raciocínio deduzido de lei e como os elementos provenientes da *doxa* podem interferir na construção do discurso jurídico; e identificar como as perspectivas contemporâneas da Análise do Discurso sobre argumentação vêm tratando a racionalidade e as emoções.

No Capítulo intitulado *Representações sobre gênero, maternidade e aborto* procuraremos abranger as questões que circundam o *corpus* escolhido para esta pesquisa. Para isso, traremos uma perspectiva histórica sobre o que a maternidade representa para a mulher, como o aborto é tratado em diversas sociedades e, ainda, vincularemos os principais conceitos e diagnósticos da anencefalia. Além disso, todos esses conceitos e perspectivas serão relacionados com o campo jurídico.

No Capítulo seguinte, a partir de um ponto de teórico, elucidaremos quais os princípios e garantias constitucionais estão presentes no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental número 54; os casos mais conhecidos na justiça brasileira acerca da anencefalia; e uma breve reflexão sobre os equívocos do Positivismo Jurídico que, com sua pretensão de cientificidade, pretendia isolar o Direito das demais ciências.

O Capítulo quatro será dedicado às contribuições da Análise do Discurso no que se refere à Argumentação, de forma que se pretende perceber como as perspectivas contemporâneas nos estudos sobre argumentação poderiam ser absorvidas pelo Direito conferindo-lhe mais aplicabilidade ao que se entende por Argumentação Jurídica.

Ademais, antes das considerações finais, uma proposta de análise argumentativa do discurso jurídico será feita no Capítulo cinco a fim de aplicar os conceitos trabalhados nos demais Capítulos e de perceber na materialidade discursiva como a argumentação aparece nos votos que compõem a decisão da ADPF n°54.

Por fim, é importante destacar que a pesquisa se mostra relevante tanto para o domínio da Análise do Discurso quanto para o do Direito porque irá possibilitar a verificação das

especificidades do discurso jurídico, principalmente ao que se refere à argumentação, assim como proporcionar reflexões sobre a construção das decisões jurídicas.

2 REPRESENTAÇÕES SOBRE GÊNERO, MATERNIDADE E ABORTO

O aborto é um tema controverso que, mesmo diante de mudanças sociais cada vez mais profundas, pode ser visto de maneiras divergentes quando analisado por enfoques teóricos distintos. Sob ângulos muitas vezes contraditórios, diversas áreas de conhecimento tratam do tema a partir de representações sociais da mulher, do corpo e da sexualidade. A controvérsia deve-se tanto a fatores socioculturais como diferenças de crenças religiosas e representações assimétricas entre homens e mulheres, quanto a fatores jurídicos que tratam o aborto como crime em alguns países, enquanto outros já o consideram uma prática social, inclusive, regulada por lei. São inúmeras as percepções a respeito do tema que demonstram que a

legalidade depende do modo como noções de dever são contrabalançadas com noções de necessidade ou outros sentidos múltiplos de justiça fortemente situacionais. As demonstrações de *justiça* popular constituem um elemento central para perceber a forma como a ilegalidade é protagonizada por agentes sociais que substituem o dever colectivo pela convicção privada (SANTOS *et al.*, 2010, p.13).²

Ampliar o entendimento acerca do aborto e de suas consequências sociais e daquelas relacionadas ao foro íntimo da mulher faz-se necessário para o aprofundamento desta pesquisa, tendo em vista tal prática ainda ser considerada crime no Brasil. Para muitos estudiosos, principalmente aqueles cuja nacionalidade não é brasileira, a pesquisa pode parecer anacrônica, já que em inúmeros países³ a prática do aborto é permitida e não é necessário nenhum tipo de autorização judicial.

Pode-se pensar que não haveria interesse, nesses países, de se estudar as consequências sociais ou legais provenientes da legalização da antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos e, muito menos, os argumentos que seriam utilizados pelos juristas⁴ a respeito da legalidade da conduta, pois, há tempos, o aborto, de uma maneira geral, já é uma prática descriminalizada.

Embora haja certo consenso sobre o fato dessa discussão já não ser tão atual em vários países, há linhas de pensamentos que mostram que o assunto não é tão pacífico assim. Para a elucidação do tema, os estudos de Dworkin (2003) em sua obra *Domínio da Vida: aborto*,

² Esta e as demais ocorrências do autor tratam-se de Português europeu.

³ A título de exemplificação: Albânia, Armênia, Áustria, China, Croácia, Bélgica, Bulgária, Camboja, Coreia do Norte, França, Estônia, Macedônia, Dinamarca, Alemanha, Hungria, Itália, Grécia, Geórgia, Guiana, Lituânia, Mongólia, Montenegro, Nepal, Países Baixos, Portugal, Porto Rico, Noruega, Rússia, Sérvia, Romênia, República Tcheca, Eslováquia, Eslovênia, Cingapura, África do Sul, Suíça, Tunísia, Turquia, Turcomenistão, Uzbequistão, Ucrânia e Suécia.

⁴ Trata-se dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que em decisão colegiada decidiram pela legalidade da conduta de antecipação terapêutica de fetos anencéfalos em abril de 2012.

eutanásia e liberdade individuais, mostram como as legislações de países que já descriminalizaram a conduta podem ser diferentes e ainda serem influenciadas por pensamentos religiosos. Na Alemanha, por exemplo, houve uma conflituosa luta parlamentar para adotar uma lei nacional sobre o aborto. De acordo com o estudioso, em 1989, antes da reunificação da Alemanha Ocidental e da Alemanha Oriental, as leis que regulavam o aborto eram completamente diferentes nos dois países.

Na Alemanha Ocidental, cuja lei vigente já sofrera um processo de liberalização nos anos de 1970, para o cometimento do aborto era necessária uma autorização médica que recomendasse a prática e esclarecesse sua necessidade. Já na Alemanha Oriental, do mesmo modo que em muitos países comunistas, o aborto era totalmente permitido e visto pela sociedade como um método comum de controle da natalidade. E foi nesse cenário político dividido e confuso que as duas antigas nações não conseguiam chegar a um consenso para a criação de uma lei única que seria aplicada no país reunificado (DWORKIN, 2003).

A solução encontrada como medida transitória para o país seria a lei que vigorava na antiga Alemanha Oriental continuar sendo aplicada na parte que constituía seu território antes da reunificação. “Essa flagrante exceção à reunificação foi necessária porque a questão era por demais emocional e politicamente sensível para que se pudesse chegar a qualquer outra solução” (DWORKIN, 2003, p. 3).

Apenas em 1992, após calorosas discussões que dividiram o partido Democrata-Cristão que governava à época, o Parlamento já unificado adotou uma lei para todo o país que permitia às mulheres decidirem pelo abortamento nos três primeiros meses. Todavia, houve discordância pela corrente adversária que considerou a lei inconstitucional e apelou para o Tribunal Constitucional Alemão que se posicionou a favor da proteção da vida desde a concepção, mas afirmou que não se deve punir o aborto cometido até as doze primeiras semanas (DWORKIN, 2003). Ainda hoje, existem projetos⁵ de lei que propõem alteração na legislação sobre o aborto. Esse fato mostra que a matéria é ainda controversa e talvez não tão bem aceita socialmente, seja pela liberação total do aborto ou por sua completa proibição.

⁵ “Os conservadores da União Demócrata Cristã (CDU) e União Social Cristã (CSU) apresentaram um projeto de lei segundo o qual a mulher deverá obrigatoriamente ser orientada a respeito do aborto e depois disso esperar três dias até a execução do aborto. Além disso, os partidos exigem que todo caso seja documentado e incluído numa estatística federal. Há ainda outros dois projetos de lei em debate no Parlamento: um apresentado por deputados do Partido Liberal (FDP) e outro por deputados do Partido Social Democrata (SPD) e dos Verdes. Além disso, há também uma moção apresentada pela maioria dos parlamentares social-democratas e verdes pedindo um apoio maior e melhor orientação às gestantes em questão, sem contudo prever qualquer mudança na lei atual.” – Informação disponível em: <http://www.dw.de/parlamento-alem%C3%A3o-debate-lei-que-regulamenta-aborto/a-3886837> Acesso em: 30 dez 2012.

Além da polêmica alemã acerca do tema, o mesmo autor mostra ainda situações as quais divergem muito entre si no continente europeu. A Polônia – que à época comunista considerava o aborto praticamente uma conduta livre para a gestante –, em 1993, adotou uma política bem mais restritiva sobre a conduta, tendo em vista ser um país predominantemente católico. Já a Espanha e a Itália são países cujas leis são bem liberais para o aborto, no entanto, ainda há acirradas campanhas por regimes mais rigorosos, fato que ocorre, principalmente, pelo fato de a Igreja ter considerável poder político nesses países. A Irlanda, entretanto, teve a sua Constituição emendada em 1983 para garantir o direito à vida de uma criança ainda em gestação. Porém, é comum mulheres optarem pelo aborto e viajarem até a Inglaterra para realizarem o procedimento (DWORKIN, 2003).

2.1 A legislação brasileira e a tipificação do aborto

A legislação brasileira trata sobre a criminalização do aborto na parte especial⁶ do Código Penal de 1940, ainda em vigor. Esse código é o responsável por proteger os bens jurídicos que possuem um alto valor para a sociedade tais como a vida humana, a integridade física, o patrimônio e a honra. Há, portanto, uma descrição das condutas tidas como ilícitas e as sanções legais direcionadas àqueles que cometerem determinado ato. Assim: se matar alguém, a pena para o autor da ação será de seis a vinte anos de reclusão⁷.

Os artigos que tipificam o aborto como prática ilícita localizam-se no Capítulo I – Dos crimes contra a vida – do Título I – Dos Crimes contra a pessoa – e o texto é disposto da seguinte forma:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

⁶ O Código Penal Brasileiro é dividido em duas partes: parte geral e parte especial. A parte especial trata dos crimes em espécie, por exemplo, crime de homicídio, crime de estupro, aborto, etc.

⁷ Art. 121 do Código Penal Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Todos os artigos acima tratam o aborto como crime, já que haveria uma violação ao princípio constitucional do direito à vida do feto. Para efeito elucidativo, vale, portanto, um breve esclarecimento sobre a letra da lei.

No artigo 124, a punição é direcionada à mulher gestante que praticou o ato ou que tenha permitido a prática em si por outrem. A pena estabelecida, que pode variar de um a três anos de detenção, parece pequena se comparada a penas relativas a outros crimes descritos no Código Penal. Porém, o que pode ter sido levado em conta pelos legisladores e contribuído para a determinação da pena é o possível sofrimento pelo qual a autora do crime teria passado que, de certa forma, já poderia ser considerado uma punição um tanto quanto cruel, devido às prováveis condenações sociais e familiares e àquelas provenientes da própria consciência da mãe a qual estaria cometendo um crime tipificado contra o próprio filho.

Existem condições psicológicas importantes envolvidas no processo de abortamento, principalmente devido ao conflito vivido na decisão de rejeição da maternidade, no sentimento de culpa imputado pela cultura de pecado e crime que envolvem a questão e pelo medo da morte que, em geral acompanham a mulher nesta vivência (BARCHIFONTAINE *apud* MARQUES, 1999, p. 37).

Este raciocínio seria o mesmo que vigora em alguns casos de homicídios culposos⁸ em que pais matam seus filhos por imprudência ou negligência⁹. O juiz leva em consideração a grande dor ocasionada pela perda do filho e entende, muitas vezes, que essa seria a pior pena

⁸ Quando não há a intenção de cometer o crime.

⁹ A título de exemplificação, casos já noticiados e ocorridos no Brasil: pais que esqueceram seus bebês nos carros; atropelamentos de filhos ao sair da garagem de casa; afogamentos de crianças na piscina da residência.

que o autor do crime poderia receber. Nesse sentido, é comum a justiça decidir, em casos semelhantes, pela absolvição do réu.

Os artigos 125 e 126 relacionam-se ao tratamento penal direcionado ao terceiro envolvido com a prática delituosa. Esses terceiros poderiam ser desde um amigo que ajudou a gestante no cometimento do crime a figuras como parteiras, aborteiros ou até mesmo médicos os quais, clandestinamente, trabalham em clínicas destinadas ao auxílio de mulheres que desejam praticar o aborto. Esses artigos são de importante análise, tendo em vista que no *corpus* a ser analisado no Capítulo 5 deste trabalho, o que está sendo questionado é o tratamento penal dado a uma equipe médica ao realizar a antecipação terapêutica de feto já diagnosticado anencéfalo, conceito que será trabalhado ainda neste Capítulo.

A pena para aqueles que provocam o aborto sem o consentimento da gestante, conforme o artigo 125, é de três a dez anos de reclusão. Normalmente, essa pena é aplicada a pais que obrigam suas próprias filhas a praticar o ato por não concordarem em ter herdeiras que figurariam como mães solteiras e também a maridos que não desejam mais ter filhos e impõem a prática às suas esposas como condição para continuarem casados.

Já o artigo 126 pune aqueles que praticam o aborto com o consentimento da gestante com a pena de reclusão de um a quatro anos. A diminuição do tempo de reclusão desse artigo para o anterior é lógica, já que se leva em conta a concordância da mãe, ou seja, quando é uma decisão dela e há a busca de ajuda para cometimento da prática. Porém, esse artigo traz em seu parágrafo único que se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, ou ainda se a mãe não tiver mais que quatorze anos ou for incapaz por alguma alienação mental ou demência, a pena será aquela trazida no artigo anterior, ou seja, de reclusão de três a dez anos.

A forma qualificada do crime de aborto encontra-se tipificada no artigo 127 no qual há o aumento da pena trazida nos dois artigos anteriores, caso ocorra alguma complicação médica com a mulher envolvida no ato. Aumenta-se, portanto, em um terço a pena se, em consequência do aborto ou dos instrumentos utilizados na realização da prática, a gestante sofrer grave lesão corporal. Pode-se, ainda, dobrar a pena, se em decorrência da prática abortiva, sobrevier a morte da gestante.

Entretanto, o artigo 128 e seus incisos I e II estabelecem as únicas situações nas quais o aborto é permitido, no Brasil. A essas situações dá-se o nome de “aborto necessário”, já que enquadraria os casos em que há risco de morte da gestante, e de “aborto sentimental”, que é a prática realizada em gravidez decorrente de estupro. A partir da leitura desse artigo, pode-se parecer que a hipótese da anencefalia não estaria enquadrada explicitamente nas situações

excludentes de ilicitude da conduta, no entanto, outro foi o entendimento que prevaleceu na recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em abril de 2012, o STF entendeu que a anencefalia estaria sim enquadrada como excludente de ilicitude elencada no inciso I do próprio artigo 128. Ou seja, mesmo não estando explícito no Código Penal, há o entendimento médico majoritário, que foi comprovado em audiências públicas, de que a anencefalia fetal coloca a saúde da mãe em risco, configurando-se, assim, a nova hipótese de aborto legal.

Corroborando esse entendimento, Barroso¹⁰ (2004), advogado constitucionalista responsável pela investidura da ação de descumprimento de preceito fundamental número 54 proposta perante o Supremo Tribunal Federal, defende que:

a hipótese em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a parte especial daquele diploma, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma (BARROSO, 2004, p.6).

Embora haja a tipificação penal da prática do aborto, convém mostrar de maneira sucinta como a apuração do crime ocorre no cotidiano das delegacias e das instâncias judiciais brasileiras. Ao citar Ardaillon (1994), Paulinelli (2011), por seu turno, mostra que, mediante pesquisas realizadas em São Paulo, a maior parte de inquéritos policiais que apuravam o crime de aborto, entre as décadas de 1970 e 1980, era arquivada. Já entre os crimes que passaram para a esfera judicial, houve condenação em somente quatro por cento dos casos. Isso levou à conclusão de que o crime de aborto normalmente não é punido se a acusada é a própria gestante e somente penas leves são aplicadas nos casos em que os acusados são os terceiros, como as parteiras ou enfermeiras.

Enfim, esse panorama nos revela que a sociedade insiste e investe em sua proibição, reclamando leis de natureza criminal que estabeleçam penas duras a quem incorra nessa prática, mas quando um caso concreto chega à instância judiciária, observa-se pouco interesse na condenação do fato (PAULINELLI, 2011, p. 107-108).

Na tentativa de promover os direitos humanos, há uma tendência entre os países em seguir recomendações jurídicas de instâncias internacionais como a Organização das Nações

¹⁰ Luís Roberto Barroso, na data do dia 26 de junho de 2013, tomou posse do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Unidas (ONU), a Organização Mundial da Saúde (OMS) e Organização Internacional do Trabalho (OIT) e é nessa direção que o Estado regula as relações sociais e, frequentemente, elabora projetos a fim de garantir e de promover os direitos sociais, incluindo os direitos específicos das mulheres. Porém, quando o assunto é o aborto há, na sociedade brasileira, opiniões antagônicas que, muitas vezes, não permitem que novas políticas, em conformidade com o cenário internacional ou alterações no ordenamento vigente, sejam levadas até o fim.

Nesse sentido, Paulinelli (2011) afirma que, mesmo diante de uma legislação penal que condena a prática do aborto e de um entendimento jurisprudencial consolidado a respeito das hipóteses permissivas para a sua ocorrência, há discursos divergentes na sociedade brasileira. Há aqueles que lutam pela descriminalização da prática em qualquer situação, aqueles que não a admitem em hipótese alguma, os que defendem que a gestante deveria ter o direito a encaminhamentos em postos e hospitais públicos em qualquer situação de necessidade e aqueles que acreditam que a justiça deve legislar sobre os casos específicos e, com ressalvas, a prática poderia ser permitida.

Assim, todas essas opiniões discrepantes fazem com que haja o que Santos *et al.* (2010, p. 35) chama de “Estado Paralelo” no qual “algumas das lógicas [...] passam, precisamente, pela não aplicação da lei, pela instrumentalização da lei e pela aplicação selectiva da lei.” Essa instrumentalização da lei é percebida na medida em que há a sua criação, sua vigência, sua aceitação e a existência de órgãos responsáveis para garantir a sua aplicação. Porém, não é o que efetivamente ocorre na prática, já que, por algum motivo, a legislação que regula a prática do aborto nem sempre é aplicada.

Em diversos ordenamentos jurídicos são conhecidas múltiplas situações em que a lei vigente não tem qualquer aplicação efectiva, sem, no entanto, ser alterada ou revogada. Nalguns casos são leis produzidas numa determinada conjuntura política e que depois, ultrapassada essa conjuntura, não são revogadas por falta de vontade política ou por conservadorismo (SANTOS *et al.*, 2010, p. 35).

Isso nos mostra que o assunto ainda é controvertido e que não há uma concordância social plena com as leis que regulam o aborto. Assim, se o Estado regulamenta a prática proibindo-a na maioria dos casos e permitindo-a apenas nas situações previstas no artigo 128, faz com que haja uma crença de que a lei é ineficaz, tendo em vista que o aborto é um fato social, muitas vezes, associado a uma prática comum.

Assim, ao mesmo tempo em que o Estado parece reforçar a legislação e as políticas estatais em relação a esta matéria, também parece ter menos capacidade para as efetivar e levar a que estas provoquem verdadeiras mudanças" (SANTOS *et al.*, 2010, p. 35).

Além de todos os problemas ocasionados pela não aplicação da lei ou pela discordância de vários setores sociais em relação à tipificação do aborto como ato ilícito, há uma outra dificuldade ocasionada pela incompletude da legislação brasileira. Apesar da facilidade oferecida pelas perícias médicas em determinar se houve a prática do aborto, não há, na lei, nenhuma elucidação sobre a definição exata sobre o termo "aborto". Essa imprecisão terminológica faz com que a definição seja

preenchida com suporte na valoração social que recai sobre o fato, o que abre uma fenda em um terreno que parecia tão sólido e pacificado em forma de lei. Essa abertura permite que questões de ordem biológica, moral e religiosa influam na taxatividade da lei penal e encaminhem a discussão para um ponto bastante polêmico, que é o início da vida humana no útero materno. Existem diversas correntes de pensamento a esse respeito, algumas mais atreladas a conceitos biológicos, como a fecundação, a nidação ou o início da atividade cerebral, outras mais voltadas para valores filosóficos, como a que entende que a vida se inicia com o estabelecimento de um compromisso relacional entre mãe e filho, ou seja, quando a mãe reconhece o produto da concepção como pessoa (PAULINELLI, 2011, p. 108).

Isso nos leva a entender que o Direito e sua aplicação não se baseiam somente em leis livres de interpretação. Ao contrário, embora esteja sempre pautado em um ordenamento jurídico, o Direito deve ser visto como um fenômeno social, já que ele existe para regular as relações sociais. É necessário, portanto, que se estabeleça um diálogo entre os elementos que possuem uma natureza jurídica e os elementos que não possuem essa mesma natureza, mas são extremamente importantes no âmbito sociocultural. A grande característica de um sistema baseado em normas e leis é justamente a sua transformação dialética e não a sua imutabilidade, como muitos ainda pensam. É nesse momento que a Análise do Discurso se apresenta como meio para a compreensão da racionalidade jurídica, oferecendo mecanismos e ferramentas para uma análise interdisciplinar que levam em consideração as teorias jurídicas atreladas ao contexto sociocultural.

Tendo em vista a necessidade de ampliação da pesquisa sobre o tema no Brasil e para a compreensão dos efeitos jurídicos e sociais ocasionados pela permissividade legal do aborto de fetos anencéfalos, é preciso antes de tudo verificar como o conceito de aborto é construído e como pode ser percebido como uma prática social. Após, buscaremos apresentar, sem a pretensão de esgotar o tema, uma breve conceituação sobre anencefalia.

2.2 Uma breve historificação moral, política e religiosa sobre o aborto

Prado (2007) ensina que o aborto era uma prática recorrente entre os povos mais antigos e alcançava alta aceitabilidade até o início do Cristianismo. As mulheres gregas e romanas passavam os conhecimentos sobre receitas que incluíam plantas medicinais e outras técnicas abortivas para as gerações mais novas e, assim, o conhecimento sobre a prática era difundido. A autora cita, inclusive, o nome de Soranos, um ginecólogo que viveu no século II, que deixou alguns escritos sobre métodos anticonceptivos e abortivos, dentre eles o uso do “tampão” – lã embebida com vinho e ervas.

Segundo a feminista, as receitas e técnicas abortivas atuais assemelham-se muito com aquelas datadas da Antiguidade cujo objetivo é “descolar o embrião da parede uterina onde se aninhou, seja de maneira mecânica, despregando-o com algum instrumento, seja forçando o útero a contrair-se” (PRADO, 2007, p. 39-40). O que se sabe é que os métodos normalmente empregados são perigosos e, na maioria das vezes, o procedimento é realizado pela própria gestante ou por terceiros desqualificados.

Quando os métodos empregados são perigosos, como instrumentos agudos (agulhas de tricô, pedaços de fios elétricos, de canos, talos de plantas, etc.), podem perfurar o útero, sendo quase sempre dolorosas essas intervenções, degenerando em hemorragias ou infecções graves que requerem hospitalização. Outras práticas são aquelas que visam a originar contrações no útero, empregando saponáceos ou misturas venenosas, que podem causar infecções graves e intoxicações mortais. Quando surge infecção ou hemorragia [...] com frequência essas práticas redundem em lesões irreversíveis, em esterilidade por obstruções tubárias e até em mortes (PRADO, 2007, p. 40)¹¹

Os perigos decorrentes do aborto devem-se à brutalidade com a qual a prática é realizada em órgãos vistos como frágeis pela Medicina. Atualmente, há conhecimento de técnicas e medicamentos que propiciam um risco muito menor à gestante, se forem utilizados com acompanhamento de profissional habilitado, como o misoprostol¹² seguido de métodos tradicionais de curetagem (PRADO, 2007).

Foi o Código de Hamurabi, o conjunto mais antigo já encontrado de leis escritas, o qual era pertencente à Mesopotâmia e datada de 1700 anos antes de Cristo, que tratou pela primeira vez do aborto. O tema é tratado neste conjunto de leis como um crime accidental que prejudicava os interesses econômicos do pai e do marido e podia significar uma lesão contra a

¹¹ Saponáceos é um tipo de sabão que age como abrasivo.

¹² O misoprostol é a versão sintética da prostaglandina usado no tratamento e prevenção de úlcera do estômago. Esta substância também é ilegalmente usada como abortivo.

mulher. Já a lei hebraica, em um período posterior, 1000 anos antes de Cristo, preconizava que qualquer homem que, por ventura, viesse a provocar o parto prematuro de uma mulher grávida por espancamento, seria culpado e deveria ser punido conforme o arbítrio social e o marido quisessem (PRADO, 2007).

Ao mencionar Tessaro (2006), Paulinelli (2011) faz uma referência à Grécia antiga onde o aborto era uma prática descriminalizada e comum entre as classes sociais. Esta era, muitas vezes, “até mesmo aconselhada, como método de controle do crescimento populacional. Em Esparta, no entanto, o aborto era proibido, pois o Estado evocava para si o direito de contar com o maior número possível de atletas e guerreiro” (PAULINELLI, 2011, p. 110).

Em Roma, por sua vez, conforme os ensinamentos de Paulinelli (2011) e Prado (2007), o abortamento era uma prática que poderia ser entendida como um ato atentatório à moral, mas não ao Direito, por não haver tipificação desse ato como crime no início do Império. Porém, mesmo indo contra os princípios morais romanos, a prática abortiva era corrente pois pensava-se que o feto poderia ser comparado a uma víscera ou a qualquer parte integrante ao corpo da mulher, o que permitia à mãe fazer com o feto o que julgasse necessário. Em substituição a esse pensamento, logrou êxito o argumento que defendia ser, a prática do aborto, uma ofensa ao direito do marido à prole e passaram a ser aplicadas graves penas à mulher que, por qualquer motivo, cometesse o ato.

Com o advento do Cristianismo, seguindo os ensinamentos de Tessaro (2006), Paulinelli (2011) explica que o aborto foi assimilado ao homicídio, mas a tipificação da conduta não teve como objetivo único e primordial a proteção da vida do feto e sim o poder de coibir a prática de adultério por parte das mulheres. No mesmo sentido, Stigert (2007, p. 111) afirma que “o aborto era considerado pecado de lascívia, de impureza e particularmente desprezível, pois, via de regra, era realizado com sortilégios e métodos mágicos, com o intuito de esconder atos de luxúria e de adultério.”

Na Idade Média, alguns filósofos influenciaram o pensamento cristão com base em conhecimentos biológicos da época. Até o século IV, partia-se do pressuposto de que o feto ganhava vida e alma no momento de sua fecundação e por isso a Igreja Católica condenava o aborto em qualquer circunstância ou momento da gravidez (STIGERT, 2007).

Assim, pensadores como Santo Agostinho, que viveu em meados do século IV, até Santo Thomaz de Aquino, pertencente ao século XIII, defenderam a ideia de que somente haveria crime se o aborto fosse realizado depois que o feto já tivesse recebido alma. Porém,

enquanto aquele acreditava, com base na filosofia de Aristóteles¹³, que isso só ocorreria quarenta dias após a concepção se fosse homem e oitenta dias se fosse mulher, este difundia que a recepção da alma estava determinada quando o feto tomasse forma humana e tivesse movimentos. Era certo, todavia, que apenas se consideravam homicidas aqueles que realizassem o aborto após o feto ter recebido alma, conforme as *Decretais* de Gregório IX¹⁴ (STIGERT, 2007).

A discussão a respeito do início da vida, então importante para a estipulação do *quantum* de pena a ser aplicada ao acusado, perdurou por 18 séculos na Igreja Católica e só foi mais ou menos resolvida a partir do Iluminismo, que revogou a equiparação das penas do aborto e do homicídio, por considerar que o crime praticado contra a pessoa é mais grave que aquele cometido contra o nascituro (PAULINELLI, 2011, p. 110-111).

Já em 1588, o Papa Sisto V sentiu a necessidade de condenar o aborto em qualquer estágio da gravidez, pois ele percebia a conduta como uma forma de difusão da prostituição e de desmoralização dos bons costumes (STIGERT, 2007).

Após toda essa dificuldade de lidar com o aborto em toda o período correspondente à Idade Média e ao início do Período Moderno, foi apenas com a ampliação dos conhecimentos científicos, após o Iluminismo¹⁵, que se passou a entender com mais precisão que o feto e a gestante constituíam duas entidades autônomas e, por isso, ambos necessitavam de proteção proveniente dos Estados (SANTOS *et al.*, 2010).

Assim, foi no início do século XIX, que os Estados Unidos da América e vários países europeus começaram a legislar sobre o aborto, tendo em vista as primeiras descobertas embriológicas que consideraram a conduta perigosa para a mulher e, por isso, encaminharam-se para uma regulação social da prática (MARQUES, 1999). Essa forma de perceber o aborto foi repassada para os outros países, até então não tão representativos na esfera mundial, como o Brasil.

Paulinelli (2011) explica que o Código Criminal do Império de 1830 foi a primeira referência sobre o aborto no Brasil. No referido diploma legal, havia a incriminação do terceiro que participasse da prática abortiva, com ou sem o consentimento da gestante. Cometia, portanto, o crime quem oferecesse suporte ou auxílio à mulher, entretanto esta não

¹³ Aristóteles, 384 a.C. – 322 a. C., discípulo de Platão, entendia que como não era possível determinar o sexo do bebê antes do nascimento, o aborto só poderia ser realizado até o 40º dia. Seu mestre, no entanto, acreditava que a alma era adquirida no momento do nascimento. Informação disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-primeiro-instante-446063.shtml> Acesso em: 27 dez. 2012.

¹⁴ Foi Papa nos anos de 1227 a 1241.

¹⁵ Período compreendido no século XVIII, anterior à Revolução Francesa em 1789.

era penalizada. Já o Código Penal Republicano de 1890 trouxe alterações significativas: o autoaborto também se tornou uma conduta ilícita e houve a instituição permissiva do aborto terapêutico, ou seja, da prática realizada para resguardar a vida da gestante. O atual Código Penal Brasileiro, por sua vez, alargou as condutas tipificadas, como já dito anteriormente, abrangendo as restrições à prática e estabelecendo as possíveis situações em que esta seria permitida.

Em sequência, foi no século XX que os desenvolvimentos das sociedades industriais, das ciências e da Medicina influenciaram nos planos de reflexão acerca da natalidade, paralelamente aos pensamentos religiosos e jurídicos.

Num contexto de preocupação com a diminuição da natalidade, prejudicial ao desenvolvimento econômico e à concretização de pretensões imperialistas; de assumpção e afirmação de nacionalismos assentes em concepções conservadoras, assim como o estabelecimento de regimes fascistas, acentuou-se a repressão sobre a prática do aborto (SANTOS *et al.*, 2010, p. 25).

A Igreja Católica sempre se manifestou neste sentido. Ou seja, completamente contrária à prática do abortamento. Conforme Prado (2007), em 1917 houve uma declaração por parte da Igreja que determinava a excomunhão de todas as pessoas que por ventura participassem de práticas abortivas tais como a gestante, parteiras, aborteiros, médicos ou qualquer um que oferecesse qualquer forma de auxílio ao ato. Assim, a Igreja negar-lhes-ia todos os tipos de sacramentos e de comunicação com o Catolicismo, tendo em vista o cometimento do pecado do aborto. A punição para tal conduta seria eterna e se estenderia até o inferno.

A autora cita ainda um trecho da encíclica *Matrimônio Cristão* elaborada pelo Papa Pio XI, em 1930, cuja determinação é que os direitos dos fetos sejam entendidos de forma equivalente aos direitos de toda mulher e qualquer método contraceptivo seja visto como crime contra a natureza, exceto a medida de abstinência sexual para os períodos férteis. Reafirmando esse entendimento, o Papa Paulo VI, em 1976, disse que o feto tem pleno direito à vida a partir do momento da concepção e que nenhuma mulher tem o direito a abortar, mesmo se for para salvar a própria vida.

Esse posicionamento se deve, segundo a autora, a quatro dos princípios que fundamentam a ordem Católica: Deus é autor da vida e até mesmo o embrião no útero da mãe recebe o direito à vida diretamente de Deus; a vida humana se inicia no momento da concepção; ninguém tem direito de tirar a vida humana inocente; o aborto, em qualquer estágio do desenvolvimento fetal, significa tirar uma vida humana inocente.

Entretanto, ocorrem algumas situações em que a Igreja Católica resolve a questão de forma contraditória, como nos casos em que a gravidez se desenvolve nas trompas impedindo o feto de sobreviver nessas condições. Para esses casos, a única solução seria a interrupção da gravidez antes que o embrião se desenvolvesse nesses locais inapropriados provocando rupturas nas trompas e, conseqüentemente, acarretando risco para a gestante.

A Igreja, porém, em 1902, rejeitava essa hipótese não admitindo salvar a mulher em detrimento do feto. Apenas em 1947, esse entendimento tornou-se insustentável evoluindo, então, para uma recomendação ainda obsoleta a qual permite a interrupção da gravidez nos casos de alojamentos e desenvolvimento embrionário nas trompas uterinas. Todavia, essa não poderia acontecer com a simples retirada do embrião do corpo da mulher e sim com a remoção completa das trompas, o que dificultaria uma gravidez posterior. Isso se justificaria sob o argumento de que a Igreja não poderia permitir a intercorrência direta no óvulo fecundado, apenas no corpo da mãe.

Permanece, ainda, nos dias atuais esse posicionamento Católico de acordo com o qual apenas o câncer uterino e a gravidez que se desenvolve nas trompas ameaçam a vida da mulher suficientemente para autorizar o aborto. Lembrando que nessas hipóteses não haveria interferência direta no óvulo fecundado, pois, o que aconteceria nesses casos seria, respectivamente, a retirada do útero e a retirada das trompas.

Ocorre que outras religiões e vertentes do Cristianismo também passaram a se manifestar a respeito do aborto. No Protestantismo, por exemplo, o aborto é visto de forma mais branda. Mesmo condenando a prática, se acontecer de o médico, em alguma situação, perceber que a gravidez gera risco à gestante, caberia a ele a decisão de salvar a vida da mãe em face da vida do feto. Essa linha de raciocínio também seria adotada pelo Espiritismo que também condena o aborto, considerando-o um crime por recusar os desígnios de Deus e frustrar um plano de reencarnação para o espírito, mas o aborto torna-se plausível em situações de risco de morte à gestante.

A autora faz, ainda, referências aos ensinamentos provenientes das religiões Islâmica, Judaica e do Candomblé. A primeira mostra-se, através de seus líderes, desfavorável ao aborto, mas este só se igualaria a um assassinato se fosse cometido após o corpo embrionário ser “vestido” de carne e osso, conforme preconizam os versos do Corão. Já a segunda considera que o aborto não é desejável, mas também não é considerado um assassinato, já que em todos os casos prevalece a saúde física ou mental da mulher. Segundo essa religião, o feto é considerado um ser humano apenas no momento de seu nascimento e a questão que envolveria a encarnação da alma não seria o problema fundamental do aborto, pois essa, por

ser pura e espiritual, voltaria a Deus em qualquer circunstância. Para os seguidores dessa doutrina, não estaria muito distante a mãe, que deseja interromper uma gestação, daquela que deixa de se relacionar com o marido para não ser acometida por uma gravidez. “Se no segundo caso não há homicídio, também não há no primeiro” (FELDMAN *apud* PRADO, 2007, p. 69). Para a última religião citada, o Candomblé, o aborto é possível e seria livre para ser praticado com apenas uma exceção: se a concepção de determinado feto ocorrer em período de recolhimento religioso, pois poderia ser fruto de conjunturas alheias à vontade daquela mulher, obedecendo a um desígnio superior devendo, portanto, ser seguido.

Ocorre que a falta de coerência entre as teorias difundidas pelas diversas religiões e até mesmo pela sociedade científica sempre esteve associada a variações de concepções a respeito do momento em que o embrião adquire vida. Nesse sentido, Dworkin (2003) expõe que os cientistas ainda não chegaram a uma conclusão sobre qual é o exato momento em que a vida se inicia, “mas parece inegável que um embrião humano é um organismo vivo identificável ao menos no momento em que é implantado em um útero” (DWORKIN, 2003, p.29), cerca de quatorze dias após a concepção, e que esse embrião implantado já possui códigos genéticos que serão reguladores de sua formação física posterior.

Porém, a controvérsia vai além das questões puramente biológicas. O jurista afirma que grande parte da problemática sobre o aborto está ligada à moral, na qual se questiona se o feto já é detentor de direitos e interesses que devem ser tutelados pelo Estado. Para o autor (2003, p.29), “a questão de saber se o feto é um ser humano já a partir da concepção, ou de algum momento posterior da gravidez, é simplesmente demasiado ambígua para ter alguma utilidade.” Segundo ele, para decidir sobre os direitos inerentes ao feto, não é necessário que se estabeleça um momento biológico em que o embrião torna-se uma pessoa, e sim quando o ser adquire direitos e interesses. Para entender essas questões, conforme o autor, torna-se secundária a decisão sobre o momento em que o feto se torna um ser humano.

Portanto, seria inteligente deixar de lado a questão de saber se o feto é uma pessoa, não por tratar-se de uma questão irrespondível ou metafísica, como afirmam muitos juízes e comentaristas, mas por ser demasiado ambígua para ser útil. Em vez disso, devemos fazer novamente as perguntas-chave de natureza moral por mim distinguidas: O feto tem interesses que devem ser protegidos por direitos, inclusive pelo direito à vida? Devemos tratar a vida de um feto como sagrada, tenha ele ou não interesses? Outra vez, não precisamos decidir se o feto é uma pessoa para responder a essas perguntas, que são as que contam (DWORKIN, 2003, p. 30-31).

Voltando às medidas políticas reguladoras do aborto, Marques (1999) verifica que foi com a formação do bloco socialista europeu, a partir da segunda guerra mundial, que muitos

países perceberam a necessidade de reconsiderar as políticas restritivas ao aborto, conforme vimos no início do Capítulo a respeito das discussões legislativas em países como Alemanha e Polônia. Com a crescente demanda pela inserção da mulher no mercado de trabalho, era preciso que se garantisse a boa saúde das trabalhadoras e, a partir desse cenário, na Rússia pré-stalinista, o aborto foi legalizado pela primeira vez.

A autora afirma que, a partir da década de 1960, iniciaram-se as lutas, principalmente dos movimentos feministas, pela legalização da conduta tanto nos Estados Unidos quanto em países europeus. Esse processo de legalização foi sustentado pelas ideias principiológicas do direito à privacidade da mulher. A questão teórica sobre o aborto foi se modificando gradualmente e, hoje, deixa de ser puramente criminal e passa a ser vista como um problema de saúde pública.

No Brasil, a problematização do aborto começou a entrar em evidência por volta da década de 1970, quando alguns estudos começaram a revelar “a alta incidência dessa prática, suas relações com a pobreza e falta de serviços de planejamento familiar” (MARQUES, 1999, p. 26). Porém, a ideia de que “criminalização do aborto é útil para reprimir a prática de infidelidade conjugal por parte da mulher” (PAULINELLI, 2011, p. 111) resistia à mudança de pensamento acerca do aborto voluntário. À época era aceita a ideia de que

preconizar o aborto é aconselhar a prática de um ato profundamente imoral e antissocial. Com a licença para o aborto, a mulher perderia o medo de conceber filhos ilegítimos e estaria assim assegurado livre curso aos amores *extra matrimonium* (HUNGRIA *apud* PAULINELLI, 2011, p. 111).

Todas essas questões nos levam a refletir sobre o papel secundário da mulher na sociedade. A tipificação do aborto como conduta ilícita estaria associada à cultura mundial a qual determina que o papel de maior importância da mulher seria o seu enquadramento como mulher e esposa?

Na década de 1980, quando mulheres começaram a ocupar importantes cargos na esfera pública, as discussões acerca do aborto avançaram no sentido de que se deveria proporcionar uma melhoria na assistência à saúde das mulheres. Nessa época, dados relevantes sobre a “queda da taxa de fecundidade das mulheres brasileiras ligada ao uso distorcido de métodos anticoncepcionais como a esterilização de mulheres e o recurso ao aborto” (MARQUES, 1999, p. 27) ampliaram e incrementaram o debate social a respeito do tema.

Até o final daquela década, existiram importantes discussões e implantações de programas responsáveis por determinar as diretrizes a serem seguidas pelo Estado em função do bem-estar da mulher. Por exemplo, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), elaborado pelo Ministério da Saúde, que estabelecia como dever do Estado a criação de políticas públicas para o planejamento familiar. Ocorre que esse programa, considerado avançado e adequado à realidade brasileira, “nunca se tornou realidade restringindo-se a poucos municípios brasileiros” (MARQUES, 1999, p. 34).

Era necessário que o assunto fosse cada vez mais polemizado e debatido tendo em vista se tratar de uma situação tão calamitosa. Era preciso determinar políticas que colocassem em foco: o direito das mulheres de decidir sobre questões ligadas à sua intimidade; o aborto como sendo da alçada da esfera pública ou da esfera privada; a necessidade de o Estado interferir no planejamento familiar diminuindo a prática de abortos; e a defesa de uma legislação que regulasse, de uma maneira mais abrangente, a prática no Brasil.

Marques (1999) afirma ainda que, na primeira metade da década de 1990, iniciou-se uma ampliação conceitual do direito à saúde das mulheres que passou a abranger, também, os direitos reprodutivos. Porém, para uma maior autonomia sexual da mulher, é necessário que o Estado crie condições adequadas que a fundamente.

Assim, é fundamental a qualidade de vida: boas condições de alimentação, habitação, emprego e assistência social, assistência integral à saúde, com bons serviços de anticoncepção e direito ao aborto, bem como acesso a creches e escolas de boa qualidade. Direitos Reprodutivos devem ser pensados, portanto, dentro de uma perspectiva mais ampla de direitos humanos [...] (AZEREDO; STOLKE *apud* MARQUES, 1999, p. 29).

O debate, ora internacionalizado, influenciou a elaboração de documentos aprovados pela ONU – Cairo 94 e Beijing 95 – os quais reconheceram que o aborto era um grave problema de saúde pública e que era necessária a criação de serviços de planejamento familiar e de atendimento às mulheres que sofressem complicações provenientes do ato, segundo a autora.

Após 1995, a mídia começou a participar da discussão a respeito do aborto e a trazer informações que até então não eram veiculadas. A pesquisa de Marques (1999) verificou que o tema apareceu de forma regular em diversos jornais. Essa autora classificou quantitativamente as matérias publicadas em 1997: 44% foram as abordagens favoráveis ao

direito ao aborto; 25% contra; e 31% optaram pela neutralidade. Nota-se, portanto, que as discussões acerca do assunto estão cada vez mais frequentes no Brasil.

Além de todas as questões já mencionadas a respeito da problemática do aborto, vale ressaltar que as mulheres pertencentes às classes sociais mais baixas sofrem muito mais com as limitações da prática. Essas normalmente a realizam de forma bastante insegura por não terem um alcance aquisitivo para recorrer a profissionais mais experientes e lugares um pouco mais adequados – embora a inadequação exista em qualquer caso por ser uma prática clandestina – ao contrário do que acontece com as mulheres de classes sociais mais elevadas.

O risco a que as mulheres se submetem quando realizam o aborto é maior ou menor de acordo com a classe social a que pertencem. As de pouco recurso recorrem a métodos mais rudimentares, como a introdução de sondas ou objetos pontiagudos para a dilatação do colo uterino. Depois, geralmente procuram os serviços públicos para a realização da curetagem, pois o aborto praticado nestas condições quase sempre resulta incompleto. São elas, portanto, as que enfrentam maior risco. Já a prática abortiva das mulheres de maior poder aquisitivo normalmente é realizada em “clínicas especializadas”, é relativamente segura do ponto de vista médico. Isto, entretanto, não significa que estejam imunes aos riscos decorrentes da clandestinidade, nem às situações de violência e medo próprias da circunstância (COSTA *apud* MARQUES, 1999, p. 36).

Dessa forma, o aborto ilegalmente provocado é um grave problema de saúde pública no Brasil, principalmente porque está relacionado ao alto índice de mortalidade materna, ou, se não há a morte, muitas vezes, a mulher perde a potencialidade de uma nova gravidez por possíveis infecções ou erros no procedimento.

Marques (1999) ainda traz, em sua pesquisa, informações relevantes sobre o assunto baseando-se em diversos grupos de pesquisas e estudiosos. De acordo com *The Alan Guttmacher Institute*, em 1991, havia uma estimativa de 1 milhão e 400 mil abortamentos provocados clandestinamente no Brasil. Esses dados mostram que o aborto é a quarta causa de morte materna. “Na maioria dos países da América Latina, as complicações da gravidez, parto e puerpério estão entre as 5 principais causas de morte de moças entre 15 e 24 anos. Uma parte considerável destas mortes se deve a complicações do aborto” (CHIPKEVITCH *apud* MARQUES, 1999, p. 35).

Dados, ainda levantados pela autora, revelam que em 1996 mais de 20% das curetagens realizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) foram em adolescentes de 10 a 19 anos. Traduzindo isso em números, em 1997, ocorreram mais de 241 mil internações no SUS de adolescentes para a realização de curetagens após abortos mal executados.

Em levantamento de dados obtidos através de pesquisas do DATASUS nos anos de 1995 até 2007, realizado pelo Instituto do Coração da Universidade de São Paulo, verificou-se

que a curetagem foi a cirurgia mais realizada pelo SUS no período. Foi um total de 3 milhões e cem mil registros. Segundo Adson França, assessor especial do Ministro José Gomes Temporão¹⁶, o número de curetagens entre os anos de 2004 a 2011 diminuiu de 241 mil para 183 mil por ano, o que seria decorrência das políticas de ampliação ao acesso de contraceptivos.¹⁷

O foco do presente trabalho não é discutir a ilegalidade do aborto em sentido amplo e suas consequências, no entanto, os números acima elencados permitem a compreensão da importância de pesquisas relacionadas ao tema. Torna-se importante um breve estudo sobre o aborto para ampliar as noções básicas acerca do assunto central do *corpus* qual seja a antecipação terapêutica de partos fetos anencéfalos.

É necessário, portanto, conhecer as consequências que a prática acarreta na sociedade e qual a participação dos diversos grupos sociais na demanda do abortamento. Convém, ainda, levantar questões que nos levam a pensar como as representações sociais podem influenciar decisões as quais costumam ser tomadas em âmbito privado e que, por vezes, poderiam gerar danos no âmbito público, como muitos pensam.

Falar sobre o aborto e determinar suas causas e implicações sociais tem se tornado cada vez mais urgente na sociedade brasileira. Ocorre que nas pesquisas acima citadas não há menção sobre estudos realizados que enquadraram casos em que o feto seja inviável, isso é, sem possibilidade de vida após o nascimento. Esse fato torna a matéria controvertida à medida que não há no ordenamento jurídico uma lei¹⁸ que trata especificamente do assunto. Sobre essas contradições trataremos logo a diante na análise do *corpus*.

Como já dito anteriormente, em Abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a antecipação terapêutica de feto anencéfalo já seria hipótese abarcada no artigo 128, inciso I do Código Penal Brasileiro, por ser comprovado cientificamente que a gravidez nesses casos geraria grave risco de morte à gestante.

Essa decisão foi vista como um importante passo para os cenários: feminino, por enfatizar o direito à integridade física e mental da mulher; médico, por salvaguardar as equipes médicas que, eventualmente, participarem de procedimentos de antecipação terapêutica de parto; e jurídico, por, finalmente, uniformizar o entendimento de que esse tipo

¹⁶ José Gomes Temporão foi ministro da Saúde no Governo Lula de março de 2007 a janeiro de 2011.

¹⁷ Reportagem disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,curetagem-apos-aborto-e-a-cirurgia-mais-realizada-no-sus-revela-estudo,580854,0.htm> Acesso em: 10 dez 2012.

¹⁸ Ressalta-se que somente em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela legalidade do aborto de fetos anencéfalos. Assim, hoje, temos uma jurisprudência que regula as decisões de instâncias judiciais inferiores, entretanto não há uma lei específica que regulamenta o aborto de anencéfalos e seu procedimento.

de gravidez gera danos à saúde da mãe. Todavia, tal decisão não teria agradado a outros grupos como os religiosos e defensores da família.

Dessa forma, a descriminalização da conduta não gerou uma tendência harmoniosa nos pensamentos das variadas esferas sociais. Pelo contrário, mesmo que legalmente permitida a prática, os valores éticos e morais de uma decisão que leva ao abortamento do feto ainda são discutidos e, muitas vezes, tornam a prática socialmente condenável.

Se pensarmos em uma discussão mais ampla sobre o assunto, veremos que existem várias divergências para a criação de um projeto de lei que autorize o aborto de um feto sadio com potencialidade de vida extrauterina¹⁹. Porém, quando se trata de uma discussão acerca da possibilidade da antecipação terapêutica de feto anencéfalo a questão é diversa, tendo em vista se tratar de um feto sem possibilidade de vida após o parto. Torna-se importante, portanto, esclarecer o conceito da anencefalia e suas ocorrências para analisarmos suas implicaturas no judiciário, mais especificamente ao que se relaciona à decisão da qual pertencem os votos que serão trazidos para análise no Capítulo 4.

2.3 Esclarecimentos sobre a anencefalia

Antes dos avanços científicos na área da embriologia, era impossível o diagnóstico de ocorrência de fetos anencéfalos. A anomalia fetal era verificada apenas na hora do nascimento ou no momento em que ocorressem eventuais interrupções de gravidez, devido à forte propensão do feto anencéfalo não ter o seu desenvolvimento completo e, por isso, o próprio corpo da mãe tender a rejeitar a continuidade da gravidez.

Stigert (2007) estabelece um parâmetro sobre o desenvolvimento de pesquisas médicas e científicas no ramo e mostra que, embora os estudos embrionários tenham se iniciado em 1950, foi apenas em 1970 que se começou a falar em “pré-natal”. Assim, somente na década de 1980, com a utilização do ultrassom, implantaram-se os processos de identificação de deformidades fetais que, com os avanços da década seguinte, começaram a ser mais precisos. Com a ultrassonografia, a partir das doze primeiras semanas gestacionais já é possível detectar a anencefalia com certeza absoluta de diagnóstico. Após a detecção da anomalia não há na literatura e na prática médica nenhum procedimento que pode reverter a situação, ou seja, ainda não há possibilidade de cura para anencefalia.

¹⁹ Recentemente, em março de 2013, o Conselho de Medicina, após anos em silêncio, emitiu parecer no sentido favorável para o aborto em geral até as primeiras doze semanas.

A anencefalia é uma má formação congênita que consiste no não desenvolvimento do sistema nervoso completo, “caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária” (MELLO, 2012, p. 46). É a ausência de cérebro, podendo, às vezes, existir parte do tecido cerebral, sem a presença das meninges e da calota craniana em decorrência de falhas no fechamento da região anterior do tubo neural.

Em sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008, na transcrição compreendida à folha 24 do processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, o Doutor Heverton Neves Pettersen²⁰ esclareceu que a formação do encéfalo compreende na presença dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e do tronco cerebral e afirmou que para o diagnóstico da anencefalia é necessário

ter a ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio” (PETTERSEN *apud* MELLO, 2012, p. 46).

Ao elencar os ensinamentos de Cochard (2003), Stigert (2007) mostra que, por volta do 18º dia da gravidez, a constituição do sistema nervoso é iniciada e após a constituição do tubo neural há a formação do cérebro e da medula espinhal, os dois componentes do sistema nervoso central. É neste momento do desenvolvimento embrionário que podem ocorrer más formações, incluindo a anencefalia, se não houver o devido fechamento do tubo neural.

Como causas de tal problema podem ser apontadas anormalidades genéticas, fatores ambientais, entorpecentes, enfermidades metabólicas, interação de fatores genéticos e ambientais de deficiências nutricionais e vitamínicas, especialmente a baixa ingestão de ácido fólico. A incidência pode ser maior também em mulheres muito jovens ou de idade avançada. A exposição da gestante no início da gravidez a produtos químicos, solventes e irradiações, e o consumo de tabaco e bebidas alcoólicas também são apontados como elementos capazes de influenciar a má-formação fetal” (FERNANDES, 2007, p. 114-115).

O feto anencéfalo é neurologicamente deficiente, faltando-lhe funções específicas e atribuídas ao córtex e aos hemisférios cerebrais como a sensibilidade, a mobilidade, a consciência, a cognição e a comunicação. “Esta é a condição de um feto anencefálico: ele não

²⁰ Formado pela Universidade Federal de Minas Gerais, com título de Especialista em Ginecologia e Obstetrícia pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Pós-graduado em Medicina Fetal pelo Hospital King’s College – Londres, à época, Vice Presidente da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Diretor da Clínica Gennus – Núcleo de Medicina Fetal de Belo Horizonte e Coordenador do Serviço de Medicina Fetal do Hospital Vila da Serra/Nova Lima.

tem crânio nem cérebro. Logo, não pode ter nenhum tipo de sentimento, porque não há uma estação que processe isso” (GOLLOP *apud* MELLO, 2012, p. 46).

A anencefalia é uma doença congênita letal e faz com que a morte do feto seja inexorável e peremptória. Quando corretamente diagnosticado, o feto anencéfalo é um natimorto neurológico, dotado de batimento cardíaco e respiração, entretanto sem potencialidade de vida extrauterina em cem por cento dos casos²¹. Nos dizeres do Dr. José Aristodemo Pinotti²², nos estudos de obstetrícia, há dois diagnósticos que, quando corretos, são indiscutíveis: o óbito fetal e a anencefalia (MELLO, 2012).

Tal como o morto cerebral, o feto anencéfalo não tem atividade cortical, mas possui batimentos cardíacos e respiração. Conforme Gollop, médico que também participou da audiência pública em 28 de agosto de 2008 para prestar esclarecimentos sobre a anencefalia, há uma linha isométrica no eletroencefalo nos portadores da anomalia, rigorosamente igual a pacientes com morte cerebral (MELLO, 2012). Então, pode-se dizer que

a anencefalia é o equivalente ao Estado Vegetativo Permanente (EVP) que implica a perda absoluta da consciência, a afetividade e a comunicação, com conservação dos ciclos sono – vigília, reflexos e movimentos oculares, respiração espontânea, reflexos protetores do vômito e tosse (BAVIO *apud* STIGERT, 2007, p. 60).

Stigert (2007), tomando por base os conhecimentos de Sebastiani (2005), menciona ainda que, além de todas as intercorrências mencionadas acima, o feto anencéfalo apresenta a ausência do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise, estruturas faciais alteradas e desconformes, irregularidades nas vértebras cervicais e os nervos óticos, quando existentes, não têm alcance satisfatório. Ademais, é possível dizer que não há cura para a anencefalia, sendo esse um quadro irreversível.

É, portanto, uma situação clínica “que provoca profundas transformações em várias áreas do conhecimento humano” (STIGERT, 2007, p. 61), de forma que se torna necessário um pensamento mais aberto e um olhar mais tolerante para que não se aplique, de maneira equivocada, conhecimentos rígidos e por muito tempo aceitos, mas que já se tornaram obsoletos e inaplicáveis a casos como os de anencefalia.

²¹ Conceitos retirados em exposições realizadas em audiências públicas da ADPF nº54 pelos especialistas: Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes; Dra. Marlene Rossi Severino Nobre; Dr. Heverton Pettersen; e Dr. José Aristodemos Pinotti.

²² Médico sanitário, especialista pelas Universidades de Florença e Milão – Itália e pelo Institute Gustave Roussy de Paris.

2.4 Gênero e maternidade: o aborto como um desvio de conduta da mulher

Compreender as consequências do aborto, para Stefani (1998), mesmo quando se trata de fetos anencéfalos, depende de uma análise do contexto cultural no qual valores, crenças e costumes estão difusos e são socialmente partilhados, aceitos e reproduzidos pela coletividade. Cada esfera que compõe uma sociedade, através de suas formações determinadas, ressignifica o contexto situacional e orienta seus membros a agir de maneiras específicas diante dos fatos. Pode-se dizer que são microssistemas que reproduzem saberes e reinterpretem fatos conforme “suas condições reais de existência, agrupando e diferenciando os indivíduos segundo seus diversos interesses e concepções de mundo” (STEFANI, 1988, p. 54).

Para a autora, alguns padrões de comportamento tendem a ser mais bem aceitos que outros, normalmente, aqueles que disseminam ideias sociais já consolidadas e não aqueles que tentam, de alguma forma, questionar a ordem vigente. Assim, para tratarmos do aborto é necessário perceber como os diversos grupos sociais veem as consequências de tal ato para a ordem moral adotada por determinada sociedade.

Devemos ter em mente, ainda, que as ideias morais concernentes à prática do aborto são produzidas em estreita relação com as visões predominantes, a cada época, sobre reprodução e maternidade (STEFANI, 1988, p.56).

A maternidade é vista, muitas vezes, como a função mais importante da mulher em sociedade, fato que a coloca sempre em um lugar delicado em discussões a respeito do aborto, já que a mulher que pratica tal ato estaria indo contra a ordem socialmente imposta. Talvez, toda essa subordinação do sexo feminino ao imaginário de diversas culturas, inclusive a brasileira, estaria, há séculos, associada a certa hierarquização social em relação ao sexo masculino e sua conseqüente inferiorização fundamentada em crenças e costumes que colocam a mulher em um plano muito inferior ao do homem.

Na Grécia Antiga, considerada o berço da Democracia, a cidadania excluiu as mulheres, confinando-as à esfera privada e a funções consideradas naturais e integrantes da sua identidade, designadamente procriar, criar e cuidar" (SANTOS *et al.*, 2010, p. 20-21).

A imagem da mulher é uma construção sociocultural que muitas vezes está associada a duas linhas de imaginário: o papel da mulher como esposa e o papel da mulher como mãe (SANTOS *et al.*, 2010). No entanto, outros elementos como a beleza, a delicadeza e a

fraqueza podem aparecer na caracterização e na identificação da figura feminina, conforme demonstrado por Santos *et al.* (2010) ao recordar de alguns mitos como os de Afrodite, Cassandra, Pandora²³ e de outros relacionados à cultura judaico-cristã através das imagens de Eva e Maria²⁴. Essas imagens trouxeram outros adjetivos associados às mulheres que poderiam ser de grande influência na formação do pensamento da cultura ocidental.

“Quando buscamos apreender as formas de representação que distinguem os dois sexos, o que vamos encontrar, em toda a história das sociedades, é a designação de uma diferença entre eles, reproduzidas e reatualizadas através dos mitos, das religiões [...]” (STEFANI, 1988, p. 61). As narrativas mitológicas que apareceram com força e influência nas sociedades primitivas são responsáveis por fundamentar as práticas adotadas pela coletividade e por ditar os modelos a serem seguidos por várias gerações, principalmente aqueles relacionados à autoridade e à hierarquia. O que se objetivava com a ampla divulgação de mitos era assegurar a ordem previamente estabelecida, determinando que cada setor social continuasse a exercer suas funções específicas (STEFANI, 1988).

Assim, era possível, através de histórias míticas, estruturar o sentido de cada prática coletiva e garantir o controle social para a manutenção do sistema imposto, aceito e seguido. É comum os mitos expressarem as diferenças entre homem e mulher e estabelecer certa supremacia do primeiro em relação ao segundo. “O homem aparece sempre associado à ordem, à autoridade, ao poder” (STEFANI, 1988, p. 61), com atividades culturalmente mais valorizadas e as mulheres aparecem, normalmente, ligadas às instâncias de subordinação e, até mesmo, relacionadas às práticas de feitiçaria (STEFANI, 1988).

Além desses fatores, ao citar Lígia Amâncio, Santos *et al.* (2010) menciona que houveram várias tentativas de explicar as diferenças e especificidades do sexo feminino, inclusive, por métodos supostamente científicos que trataram sobre possíveis diferenças biológicas tais como: os tamanhos da cabeça e do cérebro das mulheres como forma de justificar a inferioridade intelectual; e o funcionamento hormonal que explicariam as instabilidades emocionais femininas. Essas possíveis diferenças foram utilizadas, muitas vezes, para justificar a incapacidade da mulher em ocupar os mesmos cargos masculinos nos trabalhos privados ou públicos.

²³ Afrodite é conhecida como a deusa grega da beleza; Cassandra era uma profetisa muito bonita que tinha suas previsões descartadas por não ter credibilidade; e Pandora, devido à tentação, abriu uma caixa que escondia todos os males do mundo (SANTOS *et al.*, 2010, p.20).

²⁴ As duas personagens bíblicas acrescentaram à imagem feminina outros atributos tais como a tentação, o pecado, a pureza e a virgindade (SANTOS *et al.*, 2010, p. 20).

Porém, Simone de Beauvoir²⁵ (1970) entende que a origem das diferenças entre homens e mulheres se deu através das distintas formas que cada sexo se apropriou do mundo. O homem sempre esteve associado à figura do criador enquanto a imagem da mulher aparece ligada a ele como um ser secundário que existiria em função de sua subordinação ao sexo masculino e de “sua capacidade biológica de procriar e amamentar” (STEFANI, 1988, p. 64). Beauvoir (1970) mostra que é exatamente essa a condição de ser “o outro” da mulher, já que esta se submeteu, por muitos séculos, às funções de sua inerente natureza feminina. O homem seria o ser primário, justamente, por não ter reproduzido ao longo das épocas apenas sua condição de ser masculino e sim de ter transcendido sua condição de animal e criar, produzir, proteger, caçar, lutar, liderar e assumir posições de poder.

Culturalmente, essa posição não reverteu em nenhum prestígio para a mulher. Ao invés disso, criou-se uma dicotomia entre os sexos: que designa o masculino como o ser ativo *versus* o feminino como o ser passivo, caráter depreciativo imputado a esta “espécie envergonhada”, reproduzido socialmente e interiorizado pelas próprias mulheres (STEFANI, 1988, p. 66).

Diante de vários processos históricos, principalmente os situados na modernidade, que buscavam apreender as diferenças entre o masculino e o feminino, as mulheres passaram por uma inferiorização e tiveram seus direitos limitados e sua participação social bastante reduzida. A Democracia e os processos de cidadania processaram-se “durante séculos como se as mulheres não existissem” (PHILIPS *apud* SANTOS *et al.*, 2010, p. 21).

Na Sociologia é possível encontrar referências a estudos sobre o gênero²⁶ como os de Émile Durkheim (1977) que trouxe como algo natural a hierarquização entre os sexos. O sociólogo francês entende que as diferenças entre os sexos, reconhecidas e socialmente aceitas, seriam requisitos essenciais e necessários para o desenvolvimento das sociedades e serviriam para justificar a segregação sexual que vigora nos campos de trabalho.

Através dos principais agentes de socialização – como a família, a escola e instituições políticas e/ou religiosas – e de vários instrumentos como a linguagem, os símbolos ou as narrativas, estas formas de pensar e viver o *feminino* e o *masculino* são veiculadas e entram nos mapas cognitivos dos seres humanos. [...] Ao serem interiorizados estes são frequentemente objectivados e naturalizados, estruturando as leituras e percepções sociais dos indivíduos e as suas atitudes, práticas e comportamentos (SANTOS *et al.*, 2010, p. 22).

²⁵ “A rigor, embora não haja formulado o conceito de gênero, Simone de Beauvoir mostra que só lhe faltava a palavra, pois, em sua famosa frase – “Ninguém nasce mulher, mas se torna mulher” – estão os fundamentos do conceito de gênero. Lutando contra o essencialismo biológico – “A anatomia é o destino” –, enveredou pela ação da sociedade na transformação do bebê em mulher ou em homem. Foi, por conseguinte, a precursora do conceito de gênero (SAFFIOTI, 2004, p.107).

²⁶ Neste trabalho “gênero” é tido como a construção social do feminino e do masculino.

A diferenciação entre os sexos, mais que um fato biológico, é uma relação socialmente construída. Dessa forma, pertencer ao gênero masculino ou ao gênero feminino é uma questão de posição do sujeito na sociedade, não é, necessariamente, uma questão ligada ao sexo biológico. Nesse sentido, conforme os entendimentos de Samara (1997, p.39), “a relação entre os sexos não é, portanto, um fato natural, mas sim uma interação social construída e remodelada incessantemente, nas diferentes sociedades e períodos históricos.”

Sob essa perspectiva, entende-se que as classificações de gênero estariam relacionadas à situação social do sujeito. Butler (1990) elucida a questão ao dizer que a pertença a determinado gênero é mutável e pode variar de acordo com os diferentes contextos sociais e históricos. Assim, não seria uma regra a ligação restrita de determinado sexo para determinado gênero, o que aconteceria é uma construção discursiva social que pré-estabelece os papéis sociais. Esses são, normalmente, naturalizados e interiorizados e, poucas vezes, questionados. “Assim, os papéis normativos, os comportamentos atribuídos a homens e mulheres e a relação entre os sexos não são discursos neutros, mas representações construídas repletas de significados e de relações de poder” (POSSAS, 2004, p.255-256).

As relações sociais são estabelecidas e constituídas pelas diferenças entre os sexos e, assim, conforme os ensinamentos de Scott (1995), a conceituação de gênero seria uma primeira forma de perceber e estabelecer as relações de poder. Neste sentido, “o gênero é um primeiro campo no seio do qual, ou por meio do qual, o poder²⁷ é articulado. O gênero [...] parece ter construído um meio persistente e recorrente de dar significação do poder [...]” (SCOTT, 1995, p. 15). A autora ainda estabelece que os conceitos que diferenciam os gêneros e os colocam em oposições binárias são veiculados pelos grupos que exercem grande influência na formação do pensamento de uma sociedade. Esses grupos seriam as instituições religiosas, políticas, de ensino, entre outras.

Ampliando esse entendimento, Felipe (2006) explica que a prática social é fortemente ordenada pelos gêneros que sugerem, inclusive, uma subordinação das mulheres e uma dominância dos homens. Vale lembrar, entretanto, tomando como base os conhecimentos de Saffioti (2004) que a desigualdade entre os gêneros não ocorre explicitamente, pois, normalmente, certas formas de hierarquização são presumidas. “Nas relações entre homens e mulheres, a desigualdade de *gênero* não é dada, mas pode ser construída, e o é, com frequência” (SAFFIOTTI, 2004, p. 71).

²⁷ No sentido explorado por Michel Foucault (1988), de que a noção de “poder” é construída como uma estratégia ou tática capaz de gerar efeitos nos âmbitos sociais.

Fato é que a construção do gênero masculino, por séculos, esteve ligada ao poder e à dominação. Essa dominação masculina ocorre através de um dos mecanismos opressores mais eficazes que Bourdieu (2002) chama de “violência simbólica”, pois ela normalmente é “suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento” (2002, p.7-8). Para o autor, a invisibilidade da dominação justifica-se pelo fato de as diferenças entre os sexos estarem “na ordem das coisas”, ou seja, aquilo que é normal, natural e socialmente aceito e legitimado. Além de a ordem masculina ser socialmente aceita e legitimada, ela ainda é vista como neutra²⁸, sem marcadores em seu discurso.

A construção social das divisões entre os sexos é dada como natural e evidente²⁹, de forma que passa a ser reconhecida, aceita e legitimada. Nesse sentido, quando os dominados estruturam seus pensamentos em conformidade com ideias e conceitos que lhes foram impostos, significa que seus atos sustentam o sistema de dominação e acabam por reconhecer sua submissão. Para exemplificar, o sociólogo (2002) traz uma interessante análise ao identificar atitudes cotidianas das mulheres que confirmam certa aceitação e conformidade com sua posição de subordinação: “os braços cruzados sobre o peito, pernas unidas, vestes amarradas” (2002, p. 25).

Visto isso, a organização das diferenças entre os gêneros está longe de ser determinada pela Biologia, é uma construção social e arbitrária a respeito do corpo, de suas funções na sociedade e inclusive da reprodução biológica. E, para Bourdieu (2002), é essa arbitrariedade

que dá um fundamento aparentemente natural à visão androcêntrica da divisão de trabalho sexual e da divisão sexual do trabalho [...]. A força particular da sociodicéia masculina lhe vem do fato de ela acumular e condensar duas operações: *ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada* (2002, p. 33).

Portanto, a construção simbólica produz cada um dos dois gêneros “como *corpo socialmente diferenciado* do gênero oposto” (BOURDIEU, 2002, p. 34). Assim, suas funções se organizam sob as expectativas do masculino e do não masculino, ou seja, a partir de uma visão androcêntrica que se mostra “nas rotinas sociais da divisão do trabalho ou dos rituais

²⁸ “Ao contrário do feminino, que é explicitamente caracterizado” (BOURDIEU, 2002, p. 18).

²⁹ Principalmente, se analisadas conforme as diferenças físicas e biológicas entre homens e mulheres. As mulheres têm uma representação bem negativa do próprio sexo, já que seu órgão só seria bonito se fosse escondido ao passo que ao homem não cabe esconder nada, já que a própria anatomia sustentaria essa hipótese (BOURDIEU, 2002).

coletivos ou privados" (BOURDIEU, 2002, p. 34). Essa percepção torna-se clara se se analisar alguns fatores como: a exclusão das mulheres em tarefas mais nobres; as mulheres terem que se portar de maneira correta e manterem uma postura digna e feminina; e, inclusive, o fato de elas mesmas não poderem frequentar lugares “pertencentes” ao universo masculino desacompanhadas.

Quando uma mulher, por exemplo, consegue atingir cargos mais altos na esfera social e, por vezes, ganhar mais que seu companheiro tem "que “pagar”, de certo modo, por este sucesso profissional com um menor “sucesso” na ordem doméstica. (divórcio, casamento tardio, celibato, dificuldades ou fracassos com os filhos)" (BOURDIEU, 2002, p. 126). O que poderia ser o contrário nos casos em que a mulher, para chegar à completude do trabalho doméstico, muitas vezes, renuncia seu sucesso ou até mesmo seu acesso à vida profissional.

O que se tem é a tentativa de diferenciar em cada agente social as características do ser que estão em conformidade com seu sexo, de forma que se proíbe ou, pelo menos, desencoraja-se condutas impróprias a este e relacionadas ao outro. Deve-se, principalmente, negar qualquer parte feminina no universo masculino.

Bourdieu (2002) continua sua explanação sobre a dominação masculina e exemplifica o lugar de “dominado” da mulher com o que ele chama de “intuição feminina”. Pelo seu lugar de subordinação, a mulher deve-se manter em atenção àquilo que não é tão perceptível ou expressamente demonstrado, devendo ter uma “vigilância necessária para prever os desejos ou pressentir os desacordos” (2002, p. 42).

Muitas pesquisas puseram em evidência a perspicácia peculiar dos dominados, sobretudo das mulheres (e muito especialmente das mulheres dupla ou triplicemente dominadas, como as donas de casa negras, de que fala Judith Rollins em *Between Women*): mais sensíveis aos sinais não verbais (sobretudo à inflexão) que os homens, as mulheres sabem identificar melhor uma emoção não representada verbalmente e decifrar o que está implícito em um diálogo; segundo uma pesquisa realizada por dois holandeses, elas são capazes de falar de seus maridos dando uma série de detalhes, ao passo que os homens não conseguem descrever suas mulheres senão com estereótipos muito vagos [...] ³⁰ (BOURDIEU, 2002, p. 43-44).

É notório, portanto, que em diversas esferas sociais a mulher foi e ainda é vista, muitas vezes, como seres inferiores que devem apenas cumprir seu papel vinculado ao matrimônio e à maternidade. Assim, a mulher deveria sempre seguir um padrão ideal de feminilidade que

³⁰ As pesquisas às quais o autor refere-se aparecem em nota e são respectivamente: W.N. Thompson, *Quantitative Research in Public Address na Communication*, New York, Random House, 1967, p.47-48; e A. Van Stolk e C. Wouters, “Power Changes and Self-Respect: Comparison of Two Cases of Established-Outsiders Relations”, *Theory, Culture and Society*, 4 (2-3), 1987, p. 477-488.

determina que para ela se realizar enquanto ser social seria necessário o cumprimento de um requisito primordial entendido como o momento finalístico de suas obrigações: tornar-se mãe.

Por ser uma construção social, a feminilidade normalmente aparece associada à maternidade. Essa ideia é tão reforçada que as mulheres acabam por internalizá-las e se submeterem a essa categorização.

Toda sociedade cria um conjunto coordenado de representação, um imaginário através do qual ela se reproduz e que designa em particular o grupo a ele próprio, distribui as identidades e os papéis, expressa as necessidades coletivas e o fins a alcançar (ANSART *apud* STEFANI, 1988, p. 60).

É nesse sistema de representação que as normas e valores presentes em uma sociedade se fixam, e atrelada a essa ideia, mesmo diante de relações sociais cada vez mais complexas, a identificação do feminino sempre esteve associada à maternidade. A mulher só tem seu papel socialmente reconhecido quando cumpre sua função primordial de ser mãe, mas se ela romper com as ordens morais, estigmatiza-se,³¹ à medida que subverte normatizações sociais (STEFANI, 1988).

Assim, qualquer prática ou comportamento que se oponha às regras e normas seria uma transgressão à ordem de gênero vigente. Se a norma é a maternidade, o cometimento do aborto seria uma ruptura da norma, ou seja, estar-se-ia infringindo uma regra moral socialmente pré-estabelecida. Na construção do feminino no imaginário social, “a prática do aborto [...] expressa uma negação da maternidade enquanto um valor incondicional. Designa uma transgressão à maternidade enquanto um bem institucionalizado e legitimado” (STEFANI, 1988, p. 70).

Cada sociedade, através das mudanças socioculturais, recria seu universo de crenças e valores que orientam e regulam as práticas dos sujeitos. Alguns padrões de comportamento são tidos como dominantes e aqueles que praticam atos que não se enquadram nesses padrões são vistos como desviantes da regulação social. É necessário que haja sistemas de valores mais ou menos homogêneos que trabalhem em busca de uma estabilidade na ordem vigente. Todavia, são esses mesmos sistemas, às vezes incoerentes, que oferecem argumentos para que haja desvios de suas próprias orientações, pois esses nem sempre “dão conta da complexidade da dinâmica social” (STEFANI, 1988, p. 74).

³¹ Nesta pesquisa, que não tem por finalidade trabalhar de maneira aprofundada o termo “estigma”, usa-o no sentido desenvolvido por Goffman (1982) como marcas ou sinais que indicam algo sobre o comportamento moral da pessoa que o carrega. Assim, as pessoas estigmatizadas são aquelas, normalmente evitadas que não são recomendadas para uma convivência social.

Nesse sentido que certos tipos de conduta que, supostamente, ultrapassam paradigmas socialmente legitimados, podem ser considerados como desviantes. Dessa forma só é possível falar em desvio em relação a determinadas normatizações e tradições, podendo um mesmo comportamento ser definido ou não como desviante em contextos socioculturais diferenciados. Se tomados como desviantes, os indivíduos ou grupos podem sofrer reprovação ou estigmatização (STEFANI, 1988, p. 75).

O aborto, portanto, é ainda uma ação com a aceitabilidade reduzida na sociedade brasileira, tendo em vista dois fatores primordiais: o primeiro seria o fato de o aborto ser considerado crime no ordenamento jurídico do país; e o segundo, que é também uma realidade, seria a ocorrência de números significativos e majoritários de Cristãos que, por suas crenças religiosas, não concordam com a prática.

Assim, a mulher que comete um aborto provocado pode ser estigmatizada e passar a sofrer restrições sociais, já que, como salientado anteriormente, a maternidade é vista predominantemente como uma condição para o ser social feminino e transgredir essa norma resulta em um desvio de conduta.

Ocorre que condutas desviantes, aquelas que fogem ao mais frequente e comumente aceito, podem ser vistas como partes da desordem social. Porém, a definição e o enquadramento das condutas podem ser diversas se a questão for observada sob ângulos distintos, já que “grupos diferentes julgam coisas diferentes como sendo desviantes” (DURKHEIN, 1977, p.55). Por exemplo, a mulher que incorre na prática do abortamento induzido, normalmente, não deixa que a experiência se torne pública ou que ultrapasse grupos restritos de pessoas íntimas a ela. Pois ela sabe que sua conduta pode ser socialmente condenada e ela pode vir a sofrer preconceitos e ser enquadrada às margens da sociedade. Além disso, mesmo que não haja possibilidade do conhecimento público de seu ato, é comum a própria mulher, que já tenha passado por processos de interiorização de normas, punir-se através de sentimentos mórbidos de culpa, depressão ou arrependimento.

Porém, não é sempre que as gestantes que praticaram o abortamento passam por esse tipo de autopunição. Muitas delas compartilham de ideais, normalmente vinculadas a grupos feministas, que tentam desviar o caráter maternal e de subordinação da mulher. “O feminismo tem um papel de particular relevo na desconstrução de papéis” (SANTOS *et al*, 2010, p.37). Assim, agir contra as normas socialmente padronizadas pode, muitas vezes, não significar para elas uma condenação moral, já que não consideram aqueles que a julgam como competentes para tal e agem “fora dos padrões porque não acreditam ou discordam deles” (STEFANI, 1988, p. 78).

Sob este ponto de vista, se considerarmos a sociedade brasileira como uma sociedade plural formada por grupos diferentes que preconizam ideias nem sempre coesas, há a possibilidade de o aborto ser experienciado por mulheres que não veem a prática como algo imoral ou conflitante à identidade feminina e, assim, estas não passarão por nenhum conflito interno após o cometimento do ato. Essa é a concepção que vamos encontrar, principalmente, no ideário feminista, ou seja, que a mulher deve ser dona do próprio corpo e deve ter também controle sobre si mesma. “Neste sentido, as teorias feministas vão cumprir um importante papel no redimensionamento da categoria de gênero, descaracterizando a maternidade como um fator inerente à natureza feminina e afirmando-a como construção social.” (STEFANI, 1988, p. 79).

Inicialmente, o movimento feminista de primeira onda³² percebeu na maternidade o diferencial da mulher e a considerou como um lugar positivo para marcar as diferenças femininas. Já para o movimento feminista de segunda onda³³, a maternidade tornou-se “um problema quase incontornável, uma marca da diferença feminina que foi associada por muitas delas à dependência e à dominação” (MARTINS, 2010, p. 171). Assim, a maternidade tornou-se uma forte experiência de subjetividade de gênero que continua a criar problemas no universo feminino, gerando desafios e questões que perpassam diferentes níveis de cultura (MARTINS, 2010).

O feminismo contemporâneo procura pensar a maternidade a partir de referenciais teóricos que levam em consideração a diversidade de experiências culturais, históricas, sociais e políticas não só das mulheres, mas das instituições e das representações. Pensar a maternidade, portanto, requer uma atitude reflexiva que dê conta da força das ideias e dos valores associados à reprodução social e às relações de poder que constituem aspectos importantes do gênero [...] (MARTINS, 2010, p. 172).

Essas relações de poder têm sido objeto de estudos na contemporaneidade e algumas linhas de pensamento vêm associando o poder a vários aspectos sociais, por exemplo, à ideia de corpo. Para Foucault (1987), a partir do século XVII, o corpo passou a ser visto e entendido de maneira associada às relações de poder que fazem parte de um sistema mais amplo de dominação.

³² O início da primeira onda feminista é datada de meados do século XIX (1840-1860). Baseava em conceitos mais alargados e inclusivos de cidadania como: “a luta pela melhoria das condições materiais da vida das mulheres, a cruzada por direitos civis, tratamento igual na lei, cidadania e direitos sociais” (SANTOS *et al.*, 2010, p.38).

³³ A luta dessa segunda onda feminista, que se iniciou em 1960 e prolongou-se até meados da década de oitenta, questionou com mais afinco as sociedades patriarcais e ampliou a exigência do fim da opressão das mulheres (SANTOS *et al.*, 2010).

O corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais. Este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado); o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso. Essa sujeição não é obtida só pelos instrumentos da violência ou da ideologia; pode muito bem ser direta, física, usar a força contra a força, agir sobre elementos materiais sem no entanto ser violenta; pode ser calculada, organizada, tecnicamente pensada, pode ser sutil, não fazer uso de armas nem do terror, e no entanto continuar a ser de ordem física (FOUCAULT, 1987, p. 37).

A partir disso, nos últimos anos, tem sido intensa a produção científica que tenta relacionar o corpo com o Direito, já que este pode ser visto por uns, como um sistema de opressão e por outros, por exemplo, as mulheres, como “um instrumento de promoção da igualdade e um recurso efectivo das mulheres para a garantia dos seus direitos” (SANTOS *et al.* 2010, p. 26). A sexualidade humana é, para Foucault (1994), um dos lugares em que a percepção acerca dos exercícios de poder na contemporaneidade torna-se mais clara.

Devemos, sobretudo, analisar o Estado e o Direito como campos de poder que se refletem em quase todas as relações de gênero existentes. Assim, a imagem do Direito como um sistema de representação e de codificação do poder deve ser mantida em evidência para conseguirmos dissociá-la da imagem do Direito como modelo e como código. O filósofo (1994) entende que não é apenas o Estado que exerce poder sobre a sociedade, pelo contrário, há uma diversidade de formas de poder.

Porém, mesmo diante das diversas formas de representação de poder, o Direito tem uma relevância primordial no que se refere ao campo da sexualidade. As próprias teorias feministas referem-se ao Direito para demonstrar como no campo legal são perceptíveis as desigualdades de gêneros. As imagens de neutralidade nas quais a lei e as instituições judiciais se sustentam, são vistas, muitas vezes, como falsas. “Assim com a capa aparente de neutralidade, não raras vezes o Direito, seja através da lei ou das decisões judiciais, mais não faz do que reproduzir o *status quo* em vigor, seja ele o da classe dominante, seja o do patriarcado” (SANTOS *et al.*, 2010, p. 28). Não significa que o Direito cria relações patriarcais, mas que reproduz, muitas vezes de forma contraditória, “condições materiais e ideológicas sob as quais estas relações podem sobreviver” (SMART, *apud* SANTOS *et al.*, 2010, p. 28).

Aspectos relativos à conduta sexual da mulher persistem em várias decisões judiciais sobre violação, investigação de paternidade ou mesmo aborto e são frequentemente determinantes. O corpo é, como Foucault sugere, um local onde se encontram discursos médicos, jurídicos, biológicos, epidemiológicos, criminológicos, etc., e isto acontece sobretudo relativamente ao corpo da mulher [...]. No caso do aborto, o corpo da mulher é usado como ponto de entrada de valores sociais [...] (SANTOS *et al.*, 2010, p. 29).

Os valores sociais tratados na norma e trazidos pelo Direito muitas vezes são questionados e categorizados, não havendo consenso sobre qual direito é hierarquicamente superior em um sistema jurídico pautado no Estado Democrático do Direito. Ao se discutir assuntos relacionados ao aborto, tais como os elencados anteriormente (gênero, maternidade, representações sociais do aborto e conceito da anencefalia), tem-se o objetivo de sustentar a teoria que iremos trabalhar nos Capítulos seguintes. Apesar de se tratar de questões que recentemente foram uniformizadas dentro do sistema jurídico brasileiro, não há, ainda, no Direito brasileiro, leis claras sobre o assunto. Por isso, no Capítulo a seguir, elucidaremos quais são os princípios jurídicos diretamente ligados à decisão judicial sobre o aborto de fetos anencéfalos; como os casos de anencefalia apareceram na justiça brasileira; e como o Direito Positivo pode não ser a melhor forma de aplicar o Direito.

3 O DIREITO BRASILEIRO E A ANENCEFALIA

Após a breve reflexão proposta no Capítulo 1 a respeito do gênero feminino e das questões associadas ao aborto, buscar-se-á, neste momento, esclarecer sobre as problemáticas jurídicas que perpassam o processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) número 54. O objetivo é tornar a controvérsia mais clara e conseguir alcançar a todos os leitores, inclusive aqueles que não fazem parte dos estudos nas escolas de Direito, proporcionando-lhes a compreensão da recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do aborto de fetos anencéfalos.

O Capítulo se divide em três tópicos nos quais se discutirá: os princípios e direitos constitucionais que fundamentam a discussão jurídica; os casos de anencefalia que já chegaram ao conhecimento do STF; e quais são os equívocos do Positivismo jurídico que colaboram, ainda na atualidade, para um engessamento do poder judiciário na resolução de casos concretos que não estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Princípios e direitos fundamentais

Para o estudo sobre a anencefalia e suas implicaturas no judiciário, é mister ressaltar quais direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988 podem ser afetados ou até mesmo lesados em uma decisão judicial cujo objeto se encontrava, até recentemente, nas ditas zonas cinzentas do Direito brasileiro. Uma decisão sobre a possibilidade da antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo não ser considerada crime de aborto relaciona-se a questões principiológicas que alicerçam o Direito e devem ser discutidas de forma criteriosa, já que conceitos como “vida” e “morte” podem estar a cargo de um julgador com todo o seu poder de decisão e discricionariedade.

O intuito desse estudo acerca dos direitos fundamentais não é de aprofundar nos aspectos jurídicos da decisão, mas sim de situar as questões que aparecem na ADPF n° 54 e esclarecer os aparentes conflitos que ocorrem dentro do nosso ordenamento jurídico, mais especificamente aos inerentes à discussão da anencefalia. Portanto, o assunto não será tratado partindo de uma hierarquização³⁴ dos princípios e garantias fundamentais, restringindo-se, apenas, ao plano de conceituação.

³⁴ Os direitos fundamentais podem ser separados em três gerações. Para aprofundamento do tema ler: BONAVIDES, 2009, p. 562-578.

Os direitos fundamentais são resultantes de um processo histórico cuja conceituação é socialmente construída, tendo em vista fazer parte de um ordenamento jurídico positivado de uma sociedade com relações sociais cada vez mais complexas.

Os direitos fundamentais, segundo Hesse, citado por Bonavides (2009), objetivam “criar e manter pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana” (2009, p. 560). Já na concepção de Carl Schmitt, também apresentado no *Curso de Direito Constitucional* do mesmo estudioso, os direitos fundamentais podem ser caracterizados por dois critérios formais. Assim, de acordo com o primeiro critério, “todos os direitos e garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional” (BONAVIDES, 2009, p. 561) podem ser classificados como direitos fundamentais. Já pelo segundo critério, podem receber essa nomeação “aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança” (BONAVIDES, 2009, p. 561).

Nessa perspectiva, podemos perceber diante da diversidade dos direitos fundamentais que estes não devem ser vistos como contraditórios entre si, mas devem coexistir dentro do ordenamento jurídico de forma que um não elimine o outro em casos reais.

Há, no Direito brasileiro, muitas discussões acerca dos princípios constitucionais³⁵, principalmente quando se parte de um princípio de que todos os direitos garantidos na Constituição devem ser respeitados e jamais suprimidos em razão de uma possível hierarquia entre eles. Todas as leis do ordenamento jurídico devem estar condizentes com a Constituição Federal e a busca do judiciário é sempre decidir casos concretos com a máxima obediência às normas e aos princípios constitucionais.

Entretanto, muitas vezes, o judiciário se depara com conflitos de normas existentes dentro do ordenamento e a responsabilidade do julgador vai além de um julgamento justo de um caso concreto específico para uma decisão mais abrangente sobre possíveis conflitos entre normas jurídicas.

A título de exemplificação, Ferreira *et al.* (2007) mostram situações conflituosas entre o Princípio Processual da Publicidade³⁶ e os Direitos de Personalidade, mais especificamente

³⁵ Ao citar Luís-Diez Picazo, Bonavides (2009, p. 255-256) esclarece que princípios são verdades primeiras que estão ao princípio; são premissas de todo um sistema. Seriam, portanto, verdades objetivas que pertencem ao mundo do ser e do dever-ser, como normas jurídicas. Parte de processo de inspiração para leis de um ordenamento e de certa forma também generaliza o comando dessas mesmas leis. Expressão “o conjunto de valores que inspirou o constituinte na elaboração da Constituição” (CARVALHO, 2009, p. 641). Porém, ressalto que neste trabalho não faço distinção aprofundada entre princípios e direitos fundamentais, por não julgar como necessária à compreensão do objeto específico e central do estudo.

³⁶ “A publicidade dos atos processuais, que garante às partes e à própria opinião pública o controle da função jurisdicional, constitui um dos elementos do Estado Democrático de Direito, acha-se prevista no art. 5º LX, da Constituição [...]. O princípio vem reproduzido no art. 93, IX [...]” (CARVALHO, 2009, p. 869).

o direito à intimidade³⁷, ao citar um caso ocorrido em São Paulo, em março de 1994. Um casal dono de uma escola, dois funcionários e dois pais de alunos foram investigados em razão de uma possibilidade de abuso sexual de crianças. Os investigados tiveram suas imagens divulgadas pela televisão brasileira e a escola foi apedrejada. Porém, o inquérito policial foi arquivado por falta de provas, o que gerou uma grande ofensa moral e prejuízo material e profissional dos indivíduos envolvidos. Diante disso, Ferreira *et al.* (2007) considera:

A divulgação de informações processuais por meio da mídia exerce, por um lado, um papel importante no direito-dever de informação, tendo viabilizado inclusive o princípio da publicidade processual. Objetiva-se pela divulgação televisiva a maior conscientização dos cidadãos sobre seus direitos e deveres, possibilitando maior segurança jurídica e maior participação popular na fiscalização das atividades do Poder Judiciário. Dessa forma, o debate sobre as questões relevantes deixa de ser solipsista (envolvendo apenas as partes envolvidas no processo) e passa a atingir maior número de pessoas. Contudo, a mencionada divulgação pode representar um aspecto negativo, ao possibilitar a violação dos direitos de personalidade das partes envolvidas no processo. O princípio do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa asseguram que ninguém seja considerado culpado antes de provimento final irrecorrível. Contudo, as informações divulgadas de forma sensacionalista pela mídia acarretam uma “condenação antecipada”. Os suspeitos da prática de um crime, p.ex., frequentemente têm suas imagens divulgadas pelas imagens televisivas. Contudo, uma absolvição futura pode não ser divulgada, levando a pessoa ao ostracismo social (FERREIRA *et al.*, 2007, p. 11).

Neste caso, questionou-se como se poderia compatibilizar o direito à informação dos cidadãos com os direitos de personalidade sem que houvesse prejuízo às partes. A solução trabalhada para uma possível solução quanto ao problema da escola foi baseada em estudos elaborados por Habermas (1997) que propunham que, ao optar por um princípio em detrimento de outro, teríamos uma forma de mensuração, tendo em vista que os princípios seriam uma recomendação e não propriamente normas a serem seguidas.

Se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo como uma “contradição” no sistema de normas estaríamos confundindo a validade de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a adequação de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação (Habermas, 1997, p. 271).

Ocorre que na decisão da ADPF n°54, há uma aparente colisão de conflitos em que se teria que decidir em favor de determinado princípio constitucional em detrimento de outro. Por se tratar de princípios fundamentais, como o direito à vida e o princípio da dignidade da

³⁷ Dentro da esfera privada há um espaço que é da intimidade. “O indivíduo deseja manter-se titular de direitos impenetráveis mesmo aos mais próximos” (CARVALHO, 2009, p. 754).

pessoa humana, a questão torna-se ainda mais complexa, pois são valores que não podem de maneira alguma serem suprimidos em um Estado Democrático de Direito.

Para iniciar o Estudo de análise dos votos que compõem da ADPF n° 54, faz-se necessária, portanto, a elucidação conceitual dos direitos fundamentais que permeiam a discussão, já que a grande problemática seria qual princípio poderia sobrepor-se a outro sem gerar danos aos sujeitos envolvidos. Os princípios fundamentais elencados a seguir foram retirados não apenas do *corpus* que será analisado, mas também das peças processuais que compõem todo o processo da ADPF n°54 e serão tratados em tópicos separados que permitirão esclarecer cada conceito de maneira objetiva.

3.1.1 Princípio da legalidade

O artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, todo o cidadão estará assegurado de que apenas “espécies normativas, devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem criar obrigações para o indivíduo” (MORAES, 2003, p. 69).

Esse princípio impede que o Estado aja arbitrariamente, conforme a vontade dos seus representantes e sem atenção à garantia de imparcialidade³⁸ do julgador. “A paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei” (ARISTÓTELES *apud* MORAES, 2003, p. 69). Assim, o indivíduo não precisa obedecer a nenhuma ordem que não seja por via da lei.

Quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex, sed lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem ‘dentro da Constituição’ e especialmente de acordo com sua ‘ordem de valores’ que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais (ENTERRÍA *apud* MORAES, 2003, p. 69).

Esclarece-se, entretanto, que no ordenamento jurídico brasileiro não existe lei anterior ao julgamento da ADPF n° 54 ocorrido em abril de 2012 que trate sobre a antecipação

³⁸ “A imparcialidade pode ser examinada sob um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo. No aspecto objetivo, a imparcialidade se traduz na equidistância prática do juiz no desenvolvimento do processo, dando às partes igualdade de tratamento. [...] Para que se concretize a imparcialidade objetiva, é preciso que o juiz seja subjetivamente imparcial, isto é, que seja verdadeiramente um estranho à causa e às partes. O juiz, que de qualquer modo esteja vinculado à causa, por razões de ordem subjetiva, tem comprometida a sua imparcialidade e, portanto, não deve atuar no processo (GRECO FILHO, 2007a, p. 241).

terapêutica de parto de fetos anencéfalos, já que nas hipóteses dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, não há referência expressa sobre o assunto. A decisão do Supremo Tribunal Federal seguiu no sentido de adequar a hipótese no já existente inciso I, do artigo 128 do referido diploma legal, que trata sobre o aborto necessário. Assim, todos os casos que, eventualmente, ocorrerem a partir desse momento já se encontram amparados legal e jurisprudencialmente.

3.1.2 Princípio da fundamentação das decisões

Ao tomar alguma decisão, o juiz deve explicar todas as questões de fato e de direito que a motivaram. Esse princípio está consagrado no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal e determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional, reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciados, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais (MELLO *apud* CARVALHO, 2009, p. 870).

É a fundamentação legal das decisões que faz com que todas as sentenças, acórdãos ou qualquer decisão jurídica sejam baseadas em normas já existentes no ordenamento jurídico. O sistema legal deveria ser pleno e o julgador sempre encontraria uma norma jurídica aplicável ao caso concreto. Dessa forma, nenhum operador do direito deveria se pautar em outros elementos para defender, acusar ou decidir dentro da esfera judicial.

O que vamos analisar com mais profundidade nos Capítulos seguintes é justamente se os julgadores observam esse princípio e se este é realmente pleno dentro do ordenamento. Na decisão da ADPF nº54, verificaremos que não só argumentos legais são levados em conta, mas também argumentos provenientes de outras esferas sociais tais como médica e religiosa, o que coloca em dúvida a real aplicabilidade desse princípio.

3.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado promovido pela Carta Magna de 1988. O termo indica o respeito que todos merecem ter dentro do Estado e que devem ter em relação aos demais cidadãos.

Este princípio, que está descrito no artigo 1º, inciso III da CF/88, abrange os direitos individuais, econômicos, sociais e culturais dentro do Estado Democrático de Direito para que seja possível a plena realização da personalidade humana.

Através da valorização do trabalho e da livre iniciativa, a ordem econômica assegura a existência digna dos cidadãos. A ordem social aparece quando se trata do bem-estar e das justiça sociais. Já na esfera individual, tem-se a proibição de qualquer forma de discriminação que atente os direitos e liberdades fundamentais (CARVALHO, 2009).

“A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana (em todo o homem e em toda a mulher se acham presentes em todas as faculdades da humanidade), é irrenunciável e inalienável” (CARVALHO, 2009, p. 674). É um valor absoluto do ser humano, centra-se na autonomia de cada um e fundamenta todo o sistema de direitos fundamentais da CF/88, assegurando todos os direitos inerentes à pessoa humana.

Desse modo, a dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, por isso mesmo, explicitações da dignidade da pessoa, já que em cada direito fundamental há um conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa (CARVALHO, 2009, p. 675).

3.1.4 A República Federativa do Brasil como estado laico

O Estado brasileiro é considerado constitucionalmente laico, conforme o artigo 5º, inciso VI e artigo 19, inciso I da Constituição Federal. O primeiro diz ser “inviolável a liberdade de consciências e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantidas, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”. Já o segundo elucida ser vedado aos entes federativos “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Fica clara, portanto, a tentativa de distanciamento do Estado em relação a qualquer linha filosófica ou religiosa. Assim, todos os cidadãos estariam supostamente livres para seguir qualquer crença e realizar qualquer tipo de culto.

De acordo com tal princípio, o Brasil seria um país cuja religião oficial é inexistente e há total separação entre religião e Estado, tolerando-se toda e qualquer manifestação religiosa dentro da esfera privada, mantendo, ao Estado, uma postura neutra e independente.

Em todas as Constituições desde 1824 há menção à religião e como esta deveria ser tratada pelo Estado e por seus cidadãos. A Constituição do Império, de 1824, inicia-se com “Em nome da Santíssima Trindade” e em seu artigo 5º está escrito:

a Religião Catholica Apostólica Romana continuará sendo a Religião do Império .
Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.

Assim, de acordo com Silva (1997), em 1824, a religião do Estado era a Católica Apostólica Romana com todas as consequências de um Estado ligado à religião, enquanto as demais religiões eram apenas toleradas. Já, em 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil trouxe pela primeira vez, em seu artigo 11, parágrafo 2º, o Princípio da Laicidade, de acordo com o qual seria vedado ao Estado “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”.

A partir desse momento, todos os textos constitucionais reproduziram a base desse artigo com algumas mudanças e ampliações relacionadas ao tema e a sua aplicabilidade: na Constituição de 1934, a laicidade estatal aparece no artigo 17, incisos II e III; na Constituição de 1937, o princípio encontra-se amparado no artigo 32, alínea b; e na Carta maior de 1946, o tema é tratado no artigo 31, incisos II e III (MELLO, 2012).

Em 1988, a atual Constituição Federal separa Estado e Igreja e ainda consagra a liberdade religiosa e o Estado laico. Porém, seu Preâmbulo enuncia.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Em razão das palavras que inauguram a atual Constituição Federal, muitas controvérsias já foram sustentadas no sentido de o Brasil ser ou não um Estado laico. Isso se

deve ao trecho “sob a proteção de Deus” que vai contra a ideia trazida no interior da atual Constituição de laicidade estatal.

Ocorre que, mesmo diante do entendimento de que o conteúdo do Preâmbulo tem significação política³⁹, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC, entendeu que essa referência ao nome de Deus não tem força normativa.

Conclui-se que, a despeito do preâmbulo, destituído de força normativa – e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida -, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I e 5º, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro (MELLO, 2012, p. 41).

No caso da anencefalia, por exemplo, deveria haver certo distanciamento dos argumentos religiosos, para que as crenças individuais não influenciassem em uma decisão tão importante para o cenário jurídico brasileiro. Todavia, isso não é o que ocorre, como veremos a seguir no Capítulo de análise dos votos que compõem a decisão da ADPF nº54. Nesse sentido, Gruman (2005) manifesta sobre o papel da religião no âmbito social e jurídico:

As crenças religiosas deixam de ser meras intérpretes do processo social, modelando-o. A união de distintos segmentos evangélicos na votação de temas de interesse comum (notadamente aqueles relacionados ao aborto e à união conjugal de indivíduos de mesmo sexo), a ausência de um voto iurdiano, uma vez que os políticos desta igreja se distribuem por diversos partidos e a filiação partidária pode sobrepor-se à filiação religiosa dependendo da pauta em votação, e a elaboração de Projetos de Lei que pouco ou nada dizem respeito ao conforto material dos fiéis, revelam que, para além do clientelismo político (que não negamos), a relação entre religião e política está intimamente atrelada ao estabelecimento de fronteiras entre o público e o privado e à noção de cidadania estendida pelos atores políticos e pela população de uma maneira geral (GRUMAN, 2005, p. 110).

Em um país culturalmente marcado pela diversidade religiosa, não se pode, dessa forma, desconsiderar a religião como um fato social que influencia de forma direta a formação de um pensamento social o qual se refletirá em determinado comportamento político, mesmo em direção contrária ao que o princípio do Estado laico prelude.

O fato de se fechar o discurso constitucional aos argumentos religiosos não resolverá o problema; pelo contrário, será um dogmatismo “às avessas”. O fato de se incluir argumentos religiosos no discurso, sejam eles de qualquer espécie, não significa que tais argumentos serão o fio condutor de deslinde da controvérsia. Pelo contrário, a

³⁹ Termo utilizado por: FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira* v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

abertura aos argumentos religiosos, desde que traduzidos para o código binário⁴⁰ do Direito significa apenas a inclusão de mais um argumento no seio da discussão, e não o seu embasamento. Não se pode dizer que tais argumentos não valem, isto é, eles não devem ser considerados faticamente. Pelo contrário: eles devem ser incluídos, mas, deve-se buscar, discursivamente, demonstrar a falácia, a falibilidade presente em tais argumentos, e não negá-los *a priori* (...). A incorporação dos mais variados argumentos no bojo da discussão/controvérsia significa um ganho de legitimidade, uma abertura dentro dos discursos jurídicos que muito se coaduna com o ideal de democracia hoje difundido no seio da sociedade (STIGERT, 2007, p.106).

3.1.5 Direito à Vida

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988, que trata sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. Assim, o direito à vida é uma garantia fundamental que é direito de todos e deve ser respeitado por todos.

Visto isso, a questão norteadora que se traz na discussão sobre anencefalia está focada em que momento a vida se inicia e termina. Sempre houve discussão se o momento para considerar o indivíduo vivo era o da concepção ou do nascimento. A Igreja Católica, por exemplo, proíbe o aborto em qualquer estágio da gestação, considerando que o feto é detentor de todos os direitos inerentes à vida, desde sua concepção. Neste sentido, o Pontífice Pio XII proferiu mensagem aos médicos, em 1951, dizendo que “todo ser humano, até mesmo a criança no seio de sua mãe, recebe o direito à vida imediatamente de Deus [...]. A vida de um inocente é intangível, e todo atentado direto ou agressão contra ele viola uma das leis fundamentais, sem as quais não é possível a vida em segurança na sociedade” (PIO XII *apud* ALVES *apud* STIGERT, 2007, p. 112).

No sentido fisiológico, a vida consiste no conjunto de propriedades e qualidades graças às quais os seres organizados, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções, tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução e outras [...]. As definições acima enunciadas deixam margem a questionamentos, porquanto: na fisiologia, certas máquinas exercem as funções apontadas; na metabólica, as sementes, seres vivos, não se ajustam à definição; na bioquímica, o vírus *scrapie* é considerado um organismo vivo, mas não contém ácidos nucléicos (CARVALHO, 2009, p. 738).

⁴⁰ Permite a construção de um sistema jurídico dinâmico capaz de adequar-se à sociedade atual e toda a sua complexidade.

Há, inclusive, várias teorias que tentam esclarecer qual seria o momento inicial da vida: “teoria da concepção, teoria da nidção, teoria da implementação do sistema nervoso, teoria dos sinais eletroencefálicos” (TAVARES *apud* CARVALHO, 2009, p. 739)⁴¹. Pode-se dizer a partir disso que o Direito à vida

é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência (MORAES, 2003, p. 63-64).

Neste sentido, o artigo 227 da atual Constituição Federal preceitua que

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Porém, quando se trata de anencefalia não cabe apenas conceituar o momento da vida e os papéis da sociedade e do Estado na garantia dos direitos do feto, é necessário esclarecer, também, sobre a caracterização de morte dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo se se considerar o momento da concepção como critério de aplicação do princípio constitucional do direito à vida, o feto anencéfalo também se enquadra dentro do conceito de morte adotado pela lei brasileira.

A Lei nº 9.434/97, que trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, estabelece a morte com a ausência de atividade cerebral do indivíduo e não mais em critérios de respiração e batimentos cardíacos. Assim, o *caput* do artigo 3º dessa lei elude que “a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos, ou partes do corpo humano, [...] deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos [...]”. O parágrafo terceiro desse mesmo artigo reitera o momento da morte estabelecendo que “será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica”.

A morte, segundo definição mais amplamente aceita, ocorre quando se verifica a parada irreversível das funções cerebrais, cujo diagnóstico é feito ao exame do traçado do registro eletroencefalográfico do córtex cerebral isoeletrico, ou seja, ausência de sinal por determinado período de tempo (CARVALHO, 2009, p. 740).

⁴¹ Para aprofundamento do tema, ler: TAVARES, André R. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Dessa forma, se para a doação de órgãos e tecidos, a morte cerebral comprovada caracteriza indivíduo morto, não haveria motivos para considerar um feto diagnosticado portador de anencefalia como um indivíduo vivo dotado de direitos, já que inexistente cérebro e qualquer presunção de vida extrauterina.

3.1.6 Direito à saúde

O direito social à saúde⁴² decorre do direito à vida e é um bem jurídico constitucionalmente tutelado. Portanto, conforme preconiza o artigo 196 da Constituição Federal, “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

O direito à saúde, então, está associado ao bem-estar físico e mental e impede que o Estado ou terceiros possam ameaçar ou lesar esse direito a quem lhe é o titular. Ampliando esta concepção, esse direito também garante que é o Estado o responsável por implementar políticas públicas para que a saúde esteja ao alcance de todos.

A mulher grávida, por exemplo, passa por mudanças em seu corpo e sofre alterações psicológicas, decorrentes do aumento de responsabilidade que ela passa a ter em relação a outro ser. Assim, a sua saúde, em um momento de gravidez pode ser abalada. Isso porque a gestação pode causar diversas alterações de comportamento tanto de foro íntimo quanto social.

Tendo em vista o contexto social no qual estamos inseridos, o que ocorre é que, muitas vezes, a mulher espera ansiosamente por esse momento e, por isso, essas alterações são aceitas e assumidas em prol de um bem maior, que é a gestação e o nascimento do filho.

Porém, quando se trata de uma inviabilidade do nascimento do feto devido à ocorrência da anencefalia, o que se discute é o porquê de a mulher ser obrigada a levar a gravidez até o final, sendo que o resultado desse quadro seria, no mínimo, a morte do bebê recém-nascido.

A gestação de um feto viável pode trazer complicações, certos riscos de alteração na saúde da mãe e, em casos extremos, até mesmo o risco de morte. Não há como negar o acarretamento de um risco maior para a mãe se, ainda, tratar-se de um feto portador de anencefalia, já que em uma gravidez de anencéfalo, na maioria das vezes, o feto vai morrer

⁴² Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...] (BRASIL, 1988).

ainda no interior do útero da mãe, podendo causar dores, infecções e dificuldades na sua expulsão. Outros fatores como hipertensão, diabetes, aumento de partos prematuros e aumento no número de casos de gravidez prolongada são consequências possíveis desse tipo de gravidez (MELLO, 2012,).

Mello (2012) esclarece, segundo documento expedido pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia,

é comum a apresentação fetal anômala – pélvico transverso, de face e oblíquos – ante a dificuldade de insinuação do polo fetal no estreito inferior da bacia. Isso ocorre porque a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se “encaixar” de maneira adequada na pélvis, o que importa um trabalho mais prolongado, doloroso, levando, comumente, à realização de cesariana. Em 50% dos casos, a polihidrâmnio, ou aumento de líquido amniótico, está ligada à anencefalia, tendo em vista a maior dificuldade de deglutição do feto portador de referida anomalia, situação que também pode conduzir à hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragia pós-parto e ao prolapso de cordão (MELLO, 2012, p. 69).

Além da saúde física da gestante de um feto anencéfalo poder ser altamente abalada, há notória e justificada alteração psíquica nas mulheres que passam por esse tipo de experiência, já que até abril de 2012 não havia entendimento jurisprudencial consolidado sobre a possibilidade da antecipação terapêutica do parto de feto já diagnosticado portador de anencefalia não ser considerada crime de aborto. “Impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador” (MELLO, 2012, p. 70), pois, levar uma gravidez por nove meses de um feto com a certeza de que este, após o seu nascimento ou mesmo em momento anterior, irá morrer, pode gerar grandes transtornos psíquicos à mãe.

Assim, poder-se-ia equiparar a obrigatoriedade de ser levada até o fim uma gravidez anencéfala com um ato de tortura cometido pelo próprio Estado ao proibir a antecipação terapêutica do parto.

Conforme o artigo 5º, inciso III da CF/88, “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Desta forma, a obrigatoriedade de manter a gravidez de um feto inviável até o final poder ser considerada uma analogia à tortura, atingindo o direito à saúde das mulheres.

3.1.7 Direito à integridade física e moral

O direito à integridade física e moral, também chamado de direito à segurança individual, é a segurança física, mental e moral garantida pela Constituição Federal. Há na Carta Magna menção expressa a esse direito que proíbe, por exemplo, a tortura e o tratamento

desumano ou degradante. A resolução n° 34/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas define tortura em seu artigo 1° como “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa [...]”.

O espaço da integridade física ou moral deve ser assegurado a todas as pessoas e são “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano” (TEPEDINO *apud* BARROSO, 2004, p. 15), oponíveis ao Estado e à coletividade.

Forçar a mulher a manter a gestação de feto anencéfalo contra a sua vontade é uma manifesta afronta ao seu direito de integridade física, pois representa verdadeira ameaça a sua vida e um desrespeito a sua autonomia reprodutiva e aos seus direitos sobre o próprio corpo (FERNANDES, 2007, p. 142).

Pode-se comparar à tortura o convívio entre a gestante e um feto inviável em decorrência da anencefalia, já que, por nove meses, os sentimentos de dor, angústia e frustração podem ser os mais frequentes sentidos pela mulher.

3.1.8 Direito à privacidade

O artigo 5° inciso X da CF/88 dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Do mesmo modo, a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, em seu artigo 12, explicita que “ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”.

A privacidade está, portanto, ligada à autonomia da vontade e à autonomia sobre o próprio corpo, de forma que nenhuma gestante de fetos anencéfalos deveria ter seu direito de decidir privado pelo Estado. Desde que não haja violação a nenhum princípio ou direito fundamental, o Estado não pode interferir na vida individual da mulher que gerará um filho sem a menor chance de vida extrauterina.

Após esse breve esclarecimento sobre os direitos fundamentais que permeiam o processo, o julgamento e a decisão da ADPF n°54, trataremos dos casos de anencefalia que chegaram ao conhecimento do STF.

3.2 Os casos de anencefalia analisados pelo Supremo Tribunal Federal

Quando se pretende acessar o judiciário, é necessário que haja observância aos requisitos necessários para que isso possa ser feito. Há, no Direito, diversos procedimentos que visam obter tutelas diferenciadas e específicas. Assim, diferenciam-se os pedidos, os atos, os procedimentos, os órgãos aos quais as peças processuais são dirigidas e os requisitos formais⁴³ a que cada peça ou ato deve obedecer. Em virtude do Princípio da Tipicidade⁴⁴, “para que um ato processual produza efeitos, é necessário que se conforme ao modelo da lei” (TORNAGHI *apud* GRECO FILHO, 2007b, p. 10).

3.2.1 O caso Gabriela⁴⁵

O primeiro caso de anencefalia que chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal em 26 de fevereiro de 2004 tratava-se de um pedido de *habeas corpus*⁴⁶ em defesa de uma garota de 19 anos chamada Gabriela Cordeiro, de Teresópolis, Estado do Rio de Janeiro (ANIS, 2004). Quatro meses antes da propositura do *habeas corpus* perante o STF, Gabriela recorreu ao Poder Judiciário na tentativa de conseguir uma autorização judicial para a antecipação terapêutica de parto, tendo em vista o diagnóstico médico de que ela estava grávida de feto portador de anencefalia (ANIS, 2004).

Em novembro de 2003, a defensora pública responsável pela defesa de Gabriela apresentou ao juízo de Teresópolis o pedido de autorização judicial para o parto antecipado. Porém, o pedido foi negado pelo juiz que fundamentou sua decisão no fato de que o Código Penal Brasileiro não mencionava expressamente a anencefalia como excludente de ilicitude (ANIS, 2004).

Continuando a corrida judicial, imediatamente após a negação do pedido, a defensora de Gabriela recorreu da decisão ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) o

⁴³ “Os requisitos do ato são concernentes a seu objeto e definem a sua natureza jurídica, seu conteúdo. Todavia, no direito processual, em virtude do princípio da tipicidade dos atos processuais, os modelos definidos pela lei descrevem não só a forma externa, mas também o que o ato deve conter” (GRECO FILHO, 2007b, p. 10).

⁴⁴ “O princípio da tipicidade preceitua que os atos processuais devem corresponder a um modelo previamente consignado na lei, que lhe dá, senão todos, pelo menos os requisitos básicos. Assim, ao se falar em petição inicial, apelação, sentença, depoimento pessoal, etc., já se antevê o tipo de ato a que se trata, devendo cada um deles, ao ser praticado, assumir a configuração legal” (GRECO FILHO, 2007b, p. 7-8).

⁴⁵ *Habeas Corpus* n° 84.025, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que teve como objeto o acórdão do STJ proferido nos autos do *Habeas Corpus* n. 32.159. Este último teve como objeto o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos da Apelação Criminal n°200305005208 que reformou a decisão de primeira instância do processo n° 2003061007746-1.

⁴⁶ O *habeas corpus* está garantido no art. 5°, inciso LXVIII da CF/88. Esta ação tutela a liberdade de locomoção e é admitida sempre que houver ilegalidade ou abuso de poder.

qual, no mesmo mês, através da desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, concedeu a autorização para a realização da antecipação terapêutica do parto (ANIS, 2004).

Todavia, no dia 21 de novembro, dois advogados católicos agravaram a decisão no Tribunal, alegando a intocabilidade da vida do feto. No mesmo dia, também, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz⁴⁷, que estava determinado em impedir a antecipação do parto de Gabriela, impetrou outro *habeas corpus* em favor do feto no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Dias depois, a desembargadora manteve a autorização que tinha concedido previamente. Entretanto, no mesmo dia, o STJ, através da Ministra Laurita Vaz, derrubou a autorização da desembargadora até que o Tribunal julgasse o mérito da ação. O procurador-geral da República Cláudio Fonteles, então, emitiu parecer em 10 de dezembro apoiando a decisão da Ministra Laurita Vaz do STJ (ANIS, 2004).

Logo depois, a Justiça entrou em recesso por causa das comemorações de final de ano, momento em que Gabriela encontrava-se no sexto mês de gravidez e, em 26 de fevereiro de 2004, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e a Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS) impetraram *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal em favor de Gabriela. O *habeas corpus* foi fundamentado nos direitos à saúde, à liberdade e à dignidade da gestante (ANIS, 2004).

A votação no STF para esse caso iniciou-se em março de 2004, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa que enquadrou o pedido como urgente. Porém, Gabriela entrou em trabalho de parto e no dia 28 de fevereiro de 2004 nasceu sua filha Maria Vida que faleceu sete minutos após o parto (ANIS, 2004).

Imediatamente, foi apresentado ao STF o atestado de óbito de Maria Vida, o que fez com que houvesse perda de objeto, não podendo mais a Suprema Corte decidir sobre aquele caso específico (ANIS, 2004).

3.2.2 A ADPF n°54

A ADPF n°54 foi o segundo pedido de tutela jurisdicional que chegou ao Supremo Tribunal Federal e tratava-se de um pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) que buscava amparo legal e judicial para a realização de antecipação terapêutica de parto de fetos já diagnosticados portadores de anencefalia.

⁴⁷ Presidente do movimento Pró-Vida da Igreja Católica de Anápolis/GO.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no parágrafo primeiro do art. 102 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que a apreciação dessa ação deve ser feita pelo Supremo Tribunal Federal, e o seu processo e o julgamento estão regulados pela Lei nº 9.882/99.

O art. 1º dessa lei possibilita utilizar essa ação em três hipóteses: para evitar lesão a preceito fundamental⁴⁸, resultante de ato do Poder Público; para reparar a lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Ainda no art. 1º, a lei expõe que a proposta seja feita perante o Supremo Tribunal Federal e, no art. 2º, determina que os legitimados⁴⁹ para a propositura dessa ação são os mesmos do art. 103, incisos I a IX, da Constituição Federal⁵⁰.

O art. 3º trata dos requisitos necessários para a propositura de uma APDF e estabelece que a petição inicial deve conter: I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado; II – a indicação do ato questionado; III – a prova da violação do preceito fundamental; IV – o pedido, com suas especificações; V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado. O parágrafo único desse artigo complementa: “a petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação”.

A petição inicial é o instrumento pelo qual é possível acessar o judiciário. “É o ato formal do autor que introduz a causa em juízo. Nesta, em essência, está descrito o pedido do autor e seus fundamentos e sobre esse pedido incidirá a prestação jurisdicional” (GRECO FILHO, 2007b, p. 105). Assim, esse instrumento é uma peça técnica que deve conter

⁴⁸ Apesar de não ser pacífica na doutrina o conceito e a identificação dos preceitos fundamentais, utilizo o termo conforme o entendimento do constitucionalista José Afonso da Silva que os indica como “além dos princípios fundamentais, todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais.” (SILVA, 1997, p. 530). Acrescento ainda, conforme entendimento do Ministro Gilmar Mendes (2001, p. 28), o princípio federativo, a separação de poderes, o voto direto, universal e secreto.

⁴⁹ Legitimidade “é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto” (GRECO FILHO, 2007a, p.81). A legitimação para agir no judiciário em relação ao objeto da demanda e de propor ações relativas aos seus direitos, normalmente, quando não especificados expressamente em lei, pertencem aos sujeitos da relação jurídica que for trazida ao judiciário.

⁵⁰ O Presidente da República, as mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

requisitos formais próprios, especificados na legislação e “seu conteúdo precisa estar apto a propiciar uma decisão judicial coerente com a correção da alegada lesão de direito que se pretende corrigir” (GRECO FILHO, 2007b, p. 105). Essa peça inaugural, um gênero textual do domínio jurídico com características e formalidades próprias, deve ser elaborada por um advogado o qual deve estar atento aos requisitos formais de produção que se encontram na legislação. Se esses requisitos não forem criteriosamente seguidos poderá, o juízo, declarar a petição como inepta por falta de qualquer requisito formal e não ter sua questão de mérito⁵¹ analisada.

Art. 4º A Petição Inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias.

No artigo 5º da mesma lei, ainda se tem hipóteses que devem ser observadas no processo de ADPF. Em seu *caput* está descrito que o STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir o pedido de medida liminar, porém em seu parágrafo 1º, deixa-se a cargo do relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno em casos de extrema urgência, perigo de lesão grave ou em período de recesso. O relator, conforme o art. 5º §2º, poderá ainda “ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República”.

Art. 5º§ 3º: A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada.

O art. 6º, em seus parágrafos 1º e 2º, e o art. 7º estabelecem que o relator poderá: solicitar informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado; designar perícia para a emissão de parecer sobre a questão; ouvir, em audiências públicas, pessoas com experiência e autoridade na matéria; autorizar sustentação oral e juntada de memoriais por requerimento dos interessados no processo; lançar relatório com cópia a todos os demais

⁵¹ As questões formais são aquelas relacionadas ao processo, ou seja, ao meio apropriado de acionar o judiciário, conforme as regras do direito processual. Já as questões materiais são as relacionadas à tutela específica que se busca ao recorrer ao judiciário. São questões de fato ou de direito que é o objeto principal de uma demanda judicial, que no caso em questão, é a possibilidade ou não da ocorrência de aborto de feto já diagnosticado portador de anencefalia.

Ministros; e pedir dia para julgamento. É importante ressaltar, ainda, conforme o art. 8º, que a decisão sobre a ADPF só poderá ser tomada se pelo menos 2/3 dos Ministros estiverem presentes na sessão de julgamento.

Assim que a ação for julgada, de acordo com o artigo 10, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados serão comunicados, delimitando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Logo, o Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão e lavrar-se-á o acórdão⁵² posteriormente. Após dez dias do trânsito em julgado da decisão, a sua parte dispositiva⁵³ será publicada⁵⁴ e terá eficácia *erga omnes*⁵⁵ e efeito vinculante⁵⁶ aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Os artigos finais⁵⁷ 12 e 13 ressaltam, respectivamente, que a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido feito em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurável e que caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo STF.

A partir desses requisitos, em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 54⁵⁸. A ação foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio de Mello e o objetivo era alcançar a autorização judicial para a prática do procedimento médico de antecipação terapêutica do parto de feto já diagnosticado portador de anencefalia e com mínimas possibilidades de vida

⁵² Decisão de um tribunal colegiado. Ou seja, trata-se de decisões formadas por mais de um julgador, conhecidas como acórdãos, típicas de instâncias superiores como o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal e os próprios tribunais estaduais como o TJMG. Em primeira instância, as ações judiciais são julgadas apenas por um juiz e, em sede de recursos, por um grupo de desembargadores ou ministros.

⁵³ A parte dispositiva de uma sentença é um dos requisitos essenciais, juntamente com o relatório e com os fundamentos, de uma decisão judicial em que o juiz resolve as questões que lhe foram submetidas pelas partes (LEAL, 2005)

⁵⁴ O princípio da divulgação oficial dos atos procedimentais, ou seja, o princípio da publicidade elencado no inciso LX do art. 5º da Constituição Federal vincula-se ao princípio institutivo constitucional do processo da ampla defesa, colocando todos os sujeitos do procedimento e terceiros interessados em nível de igualdade ao tomarem ciência, através de um órgão oficial, sobre os atos processuais e procedimentais (LEAL, 2005). Neste caso em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

⁵⁵ Atinge a todos que no Direito estiverem em uma mesma situação específica.

⁵⁶ O efeito vinculante faz com que o judiciário decida de maneira uniforme as ações que se pautarem nos mesmos fundamentos legais (GRECO FILHO, 2007b)

⁵⁷ O art. 14 estabelece que a “lei entra em vigor na data de sua publicação”.

⁵⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091> Acesso em: 11 abr 2011.

após o nascimento. Para isso, o pedido elaborado pelo advogado Luís Roberto Barroso seguiu no sentido de requerer, em sede de medida liminar, a suspensão do andamento de processos que se enquadrariam nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de anencéfalos, assegurando-se “o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento aqui referido, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação” (BARROSO, 2004, p. 22).

O pedido principal da demanda é de que fosse declarada inconstitucional a interpretação dos artigos 124, 126 e 126 do Código Penal

como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, [...] reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado (BARROSO, 2004, p. 22).

Para o alcance da procedência dos pedidos, os fundamentos trazidos na petição para a discussão do mérito foram criteriosamente selecionados pelo procurador responsável. A principal tese trabalhada foi a de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não configuraria aborto, portanto, não seria crime. Além disso, os requerentes ressaltaram que o feto anencéfalo não tem possibilidade de vida extrauterina, configurando um natimorto, já que, para a doutrina médica, não há nada o que possa ser feito em relação à inviabilidade do feto. Foram trazidas, ainda, na petição inicial, informações esclarecedoras acerca dessa má formação fetal e das altas estimativas da morte intrauterina de fetos anencéfalos.

Outro fundamento que sustenta a petição é o fato de o atual Código Penal Brasileiro ter sido legislado em 1940, época em que ainda não se tinha tecnologia suficiente para diagnosticar anencefalia fetal e, por isso, essa hipótese não teria sido considerada como excludente de ilicitude do crime de aborto. Assim

o anacronismo da legislação penal não pode impedir o resguardo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, privilegiando-se um positivismo exacerbado em detrimento de uma interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma (ALVES JR., 2010, p. 26).

Esses argumentos associados à indicação dos preceitos fundamentais que estariam sendo lesados levaram o Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, em 01 de julho de 2004, a proferir a decisão monocraticamente e em caráter liminar no sentido da procedência do pedido. O Relator levou em conta o perigo da demora, tendo em vista casos particulares como

o caso Gabriela – que entre a descoberta da anencefalia fetal e a prestação jurisdicional, ocorreu o nascimento e o tempo de vida da criança foi menor que sete minutos.

Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto (MELLO, 2004, p. 35).

Em 27 de setembro do mesmo ano, a Procuradoria-Geral da República que era chefiada à época pelo Procurador-Geral Cláudio Fonteles apresentou parecer⁵⁹ optando pelo indeferimento do pedido da ADPF nº 54. Fonteles afirmou que o aborto de feto anencéfalo não poderia ser enquadrado nas hipóteses do artigo 128 do Código Penal, tendo em vista que o rol elencado é taxativo e se restringe a casos de estupro e de risco de morte da gestante. Para o procurador-geral, a anencefalia não causa morte à mãe nem oferece riscos à sua saúde. Além disso, ele considerou que a tese apresentada pela CNTS sacrifica o direito fundamental e atemporal à vida.

Ao final, sustentou ainda que a autorização judicial para a antecipação terapêutica de parto impede a doação de órgãos a outros bebês, frustrando-lhes também o direito à vida. Fonteles seguiu no sentido de um “legalismo-positivismo” (STIGERT, 2007, p.133), em que “a interpretação das normas jurídicas ocupa lugar desprivilegiado e sem conexão alguma com o contexto do caso concreto” (STIGERT, 2007, p.133).

Nos dias 02 de agosto, 20 de outubro de 2004 e 27 de abril de 2005, houve sessões de julgamento do caso e o acórdão desse julgamento⁶⁰ foi publicado em 31 de agosto de 2007. Na decisão, há termos referentes à adequação do meio utilizado pela CNTS para acessar o judiciário, ou seja, se a arguição de descumprimento de preceito fundamental era um meio cabível para discutir valores consagrados na Constituição Federal como os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e da legalidade.

Há na decisão, também, o entendimento de que a arguição e os processos criminais em curso a respeito da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia deveriam ficar suspensos até o crivo final. Além disso, não poderia prevalecer decisão monocrática em caráter liminar

⁵⁹ Parecer nº 3.358/CF

⁶⁰ O inteiro teor do acórdão está disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738666/questao-de-ordem-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf> Acesso: 07 set 2010.

para afastar a glosa penal relativa àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

Em 2012, os trabalhos foram retomados visando a colocar um fim no mérito da questão. Com a participação de dez dos onze Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, o julgamento foi finalizado, resultando em oito votos pela procedência do pedido formulado na Petição Inicial e dois votos pela improcedência.

Esse processo, que demorou oito anos para ser julgado, traz uma reflexão do caráter extremamente positivista que pauta muitas decisões atuais do Poder Judiciário. O que se vê na aplicação da lei através de sentenças e decisões colegiadas é uma desconsideração da hermenêutica jurídica em detrimento da utilização de artigos de lei descontextualizados e desconexos com os casos concretos.

3.3 Os equívocos do Positivismo jurídico

Originariamente, o Positivismo era uma corrente da Teoria do Direito que tinha como único objetivo estudar o Direito Positivo, ou seja, explicar o fenômeno jurídico a partir da análise e aplicação das normas positivadas. Então, as teorizações davam-se através do estudo das normas em vigor e não se procurava entender quais eram os fundamentos ou as razões do Direito.

Porém, analisando historicamente, observamos que a doutrina juspositivista não se ateu a esse sentido original de projeto científico. Foram introduzidos parâmetros psicológicos, sociológicos e historicistas que contrariaram, notoriamente, a ideia de cientificidade proposta e, a partir de critérios ideológicos e axiológicos, afastaram a neutralidade pretendida pelas ideias originárias. Este é exatamente o problema que se configura como um dos equívocos do Positivismo jurídico que o torna um pensamento repleto de contradições internas.

Pode-se entender como positivação, durante o século XIX, a redução do jurídico ao legal, tendo em vista a grande importância que a lei passou a ter como fonte do Direito. Isso porque, cada vez mais, sentia-se a necessidade de aumentar a segurança jurídica que seria alcançada através da criação de códigos que ordenassem os preceitos legais e as normas jurídicas.

Isso é, de fato, o que se entende por racionalização do princípio da legalidade, pois, dessa maneira, o pensamento jurídico se limitou ao estudo da lei positiva, fundamentando a Ciência Dogmática do Direito como um sistema fechado, acabado e, presumivelmente, sem

lacunas, cujos conceitos e proposições jurídicas estariam em perfeita combinação. Essa ciência, portanto, baseou-se em um Direito posto e estabelecido previamente e caracterizou-se como: um “conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente” (FERRAZ JR., 2007, p.82).

As correntes desse século, tais como as da Escola de Exegese e da Escola Histórica influenciaram os pensamentos de muitos estudiosos que viriam a seguir, como Hans Kelsen, eliminando qualquer tipo de interpretação transpositiva ou axiológica no sentido de isolar completamente o Direito da demais ciências. “A consequência lógica desse legalismo que reduz o direito à lei é que esta passa a ser considerada em seu componente formal e não em seu componente material” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 75).

O procedimento racional construído sob a perspectiva da lógica formal é caracterizado pela tentativa de se estabelecer uma fórmula de pensamento que deve desconsiderar todo o conteúdo material e todos os aspectos históricos e humanos da situação concreta em que tal pensamento deva ser empregado. Assim, para Hans Kelsen (1987), que é considerado um dos grandes teóricos do Direito,

o Direito, como objeto normativo de conhecimento, é uma estrutura lógica que se organiza de forma escalonada a partir da norma hipotética fundamental até as normas jurídicas mais primárias, através de um sistema de validade derivativa, isto é, que busca seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior (Kelsen, 1987, p.240).

O Positivismo, então, pauta-se em traços de autossuficiência e prioridade e não admite ser baseado nas intenções do legislador nem nas finalidades das regras de direito. Entretanto, foi apenas no início do século XX que essa corrente adquiriu maior consistência teórica e suas preocupações metodológicas tornaram-se mais evidentes.

Diante das profundas transformações da sociedade moderna, do crescente nível de industrialização e do efeito do ideal de codificação do século XIX, culminou-se a necessidade de ordenar logicamente os mais variados conceitos jurídicos, tais como: o direito das coisas, o direito de propriedade, o direito real sobre coisas alheias etc.. A intenção era garantir uma proteção jurídica maior que pudesse defender os direitos individuais e coletivos, reprimir ações contrárias à ordem social e enfatizar as normas de organização, enquanto efeito do programa de codificação do Direito.

Hans Kelsen (1987) descarta a possibilidade de o Direito sofrer qualquer tipo de interferências metajurídicas. Para ele, o Direito Positivo é descrito pelos poderes públicos, ou

seja, procede do Estado e se organiza como um sistema a fim de garantir que as regras internas estatais não sejam contrárias nem incoerentes às regras constitutivas de um Direito nacional, resguardadas sob a Constituição.

A Constituição é a base necessária da ordem jurídica e essa ordem é resguardada por um sistema jurídico piramidal no qual as normas são sobrepostas entre si. Assim, os vários patamares de normas se articulam de forma que as regras de cada nível estejam de acordo com as normas hierarquicamente superiores e sempre subordinadas às normas constitucionais.

Outro ponto importante na análise desse sistema piramidal é “que a especificidade dessa ordem é que ela mesma regula sua própria criação da regra constitucional à regra legislativa e ao regulamento legislativo, toda criação do Direito é aplicação de direito e toda aplicação do Direito cria direito” (GOYARD-FABRE, 2002, p.136). Ou seja, o único fundamento para a validade de uma norma é a validade de outra norma do mesmo sistema. Kelsen (1987), portanto, considera que o sistema é movimentado a partir de uma norma inferior que encontra seu fundamento de validade na norma superior.

A necessidade de se obedecer à compatibilidade das normas hierarquicamente superiores não pode ser vista como única para a formação do Direito, pois se se for observar apenas essa compatibilidade, é possível que o direito material se torne secundário no *corpus* jurídico em virtude do direito formal. Dessa forma, quando se propõe que apenas o Direito cria o Direito existe uma possibilidade de a forma sobrepor-se ao conteúdo material.

Por esses motivos, o Positivismo está associado a alguns sintomas como: a legalização do direito; as reivindicações sociais acerca dos direitos individuais e coletivos; a confusão do Positivismo doutrinário com o epistemológico; a tentativa de estabelecer o Positivismo jurídico alheio ao Positivismo filosófico; e principalmente a insistência de perceber o Direito como um sistema de regras.

Apesar das pretensões científicas do Positivismo, este teve o seu percurso traçado por equívocos e incertezas que geraram dúvidas e, inclusive, uma imprecisão da própria palavra "positivismo". A teoria positivista, em sua preocupação epistemológica de objetividade e realismo, tentava tornar-se o mais neutra possível e, para isso, tentava se afastar de qualquer perspectiva axiológica.

Existem, portanto, três dos equívocos do positivismo que, conforme Goyard-Fabre (2002), merecem destaque: o primeiro trata-se da pretensão da teoria de afastar-se de toda a filosofia existente, a fim de se estabelecer em uma neutralidade axiológica buscando uma autossuficiência da ciência; o segundo ponto relaciona-se ao fato de existir uma contradição nesta teoria que, ao afirmar a autonomia do Direito, utiliza a negação do caráter jurídico do

Direito, assim teria “forte propensão a rebaixar o Direito, aquém de suas próprias prescrições, ao plano das condições empíricas, sociais ou históricas que as motivaram” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 101); já o último ponto estaria ligado à tentativa de construção do Direito a partir de uma racionalidade científica baseada em uma legislação abstrata que faria com que o sistema se caracterizasse por uma estrutura rígida, morta e não aplicável.

Visto isso, entende-se que o Positivismo foi incapaz de assumir seu projeto epistemológico de cientificidade, já que essa busca em estabelecer uma Ciência do Direito desprovida de influência de qualquer outra ciência e com um método jurídico isolado seria apenas uma descrição pura do Direito e não sustentaria a sua aplicação nos casos concretos.

Então, as teorias positivistas, embora tenham grande importância na história do Direito, além de não mais corresponder às mudanças da sociedade em toda a sua complexidade, mostravam a incapacidade lógica do formalismo que não conseguia responder, de forma satisfatória, às questões relevantes “no processo de especialização tecnológica do saber e de suas próprias contradições internas” (MONTEIRO, 2001, p.63).

Pode-se dizer que o próprio Kelsen (1987) não elimina, em sua teoria pura, a ideia de supraconstitucionalidade que é a única capaz de responder o porquê de ser preciso obedecer às regras contidas na Constituição e em que se deve basear tal obediência. Então, a Ciência do Direito não consegue eliminar o problema acerca do fundamento do Direito, principalmente, porque não se pode restringir tal questão “à sua congruência simplesmente formal com a norma constitucional” (RIALS *apud* GOYARD-FABRE, 2002, p.138).

A lógica formal baseia-se na tentativa de fornecer um procedimento racional que seja tomado como válido. Há, na verdade, uma tentativa de atribuir uma forma correta de pensar independente de todos os aspectos históricos e humanos, o que faria com que fosse possível chegar a conclusões verdadeiras a partir de premissas que também tivessem sido tomadas como verdadeiras. As conclusões seriam, portanto, calculáveis e o que não é redutível ao cálculo não poderia interferir no procedimento da lógica formal. “A insuficiência desse modelo de lógica faz-se presente sobretudo quando se tenta operar racionalmente os raciocínios típicos de áreas como a Filosofia, as Ciências Humanas e Sociais e o Direito” (MONTEIRO, 2001, p.22).

A falha da lógica formal aplicada ao Positivismo jurídico foi a grande responsável pela diminuição do pensamento prático. Em busca, unicamente, das análises formais dos fenômenos relacionados ao Direito, restringiu-se inegavelmente o objeto de estudo da Ciência do Direito. O reducionismo seria a tentativa de estabelecer a lógica formal como único

parâmetro de validade e legitimidade do discurso jurídico, portanto a lógica formal é, na verdade, uma forma de reducionismo lógico do Direito.

A necessidade de formulação de novas teorias para acompanhar as novas sociedades, desencadeou tentativas de superação das concepções formalistas do Direito e, principalmente, no que diz respeito à proposta de interpretação formal e unilateral. Embora houvesse uma inequívoca tentativa de se construir a Ciência do Direito sob parâmetros absolutamente racionais, o Positivismo jurídico não conseguiu responder a uma série de questões presentes na rotina do jurista prático (MONTEIRO, 2001).

O raciocínio jurídico não poderia partir de métodos exatos, tendo em vista que o Direito não se resume ao texto descrito em lei. O Direito deveria sempre levar em consideração todos os fatores sociais e extrajurídicos no momento de sua aplicação.

A maturidade da Ciência do Direito adviria não de um modelo teórico que a isolasse de qualquer intercâmbio com as demais ciências humanas, mas sim de um profundo e dialético contato das diversas formas de conhecer o homem em suas interações socioculturais (BITTAR, 2009, p.472).

Tendo em vista a necessidade dessa (re)formulação teórica e prática do Direito, foi perceptível que, após a Segunda Guerra Mundial, o Positivismo jurídico passou por um processo de enfraquecimento. Os acontecimentos da primeira metade do século XX, como o advento de governos fascistas e totalitários e a ascensão da Guerra Fria em meados da década de 1940, determinaram a necessidade de se construir uma racionalidade prática para o Direito. Não era mais possível explicar essa área de conhecimento a partir de pressupostos nos moldes do Positivismo moderno. Afinal, a racionalização do Direito não pode ser compreendida apenas por seus aspectos lógico-formais, e sim em um contexto prático de sua aplicação.

A partir de toda a problemática apresentada e de todas as mudanças históricas e sociais que vêm ocorrendo desde a segunda metade do século XX, novas correntes de pensamento vêm propondo discussões sobre a lógica, a natureza e a função do Direito, na tentativa de buscar a racionalização do sistema jurídico. Atrelados ao pós-positivismo, autores como Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Toulmin, Neil Maccormick e Robert Alexy elaboraram teorias do Direito ligadas intimamente aos conceitos de linguagem e argumentação jurídica.

Esses autores dedicaram-se a estudos que desenvolvessem a lógica do pensamento jurídico a fim de emancipar o raciocínio proveniente dessa área de conhecimento. A proposta comum a eles é o desenvolvimento de uma lógica específica do Direito que não se valesse apenas do raciocínio lógico formal, e sim de uma soma de fatores sociológicos. Devendo o

raciocínio jurídico estar sempre atrelado ao contexto histórico-social no qual ele se desenvolve, já que

o texto da lei é traidor, se encarado como texto dotado de um único sentido, pois quanto mais vagos são os recursos linguísticos da lei, maior o campo que se abre para a interpretação da lei. A interpretação jurídica não pode fixar-se no princípio *in claris cessat interpretatio*, muito menos admitir que um texto jurídico possa chegar à sua plenitude absoluta de sentido (BITTAR, 2009, p.450).

Há, portanto, a intenção de ampliar os conceitos do discurso científico – objetivo, neutro e universal –, através dos conceitos provenientes do discurso filosófico, o qual se baseia em um mundo de valores que pretendem um reconhecimento universal, entretanto sem lhes ser imposto, já que nada na filosofia pode ser provado ou negado independente do contexto sociocultural (MONTEIRO, 2001).

Diante disso, vê-se que essas correntes de pensamento propõem que o Direito deve ser concebido como um fenômeno da linguagem e, assim, os estudos acerca da argumentação jurídica mostram-se importantes para a compreensão das atuações práticas dos juristas. O rigor do formalismo positivista perderia, então, o lugar para um raciocínio jurídico que garantiria uma aproximação das práticas e rotinas forenses com a verdadeira justiça.

O próximo Capítulo mostrará como o Direito pode ser estruturado a partir dos fenômenos da argumentação jurídica e como as perspectivas contemporâneas da Análise do Discurso vêm tratando a racionalidade construída sob a égide de estudos atuais sobre argumentação.

4 ANÁLISE ARGUMENTATIVA DO DISCURSO JURÍDICO

Pretende-se, neste Capítulo, tratar a argumentação através de contribuições teóricas desenvolvidas por estudiosos da Análise do Discurso, as quais não foram, ainda, apropriadas pelos cursos de Direito no Brasil. Essa delimitação metodológica se faz necessária a fim de situar o leitor no contexto dessa pesquisa que se propõe, entre outros objetivos, em ampliar o universo teórico dos estudos sobre argumentação jurídica.

Atualmente, no ensino do Direito, pouco se fala em estudos sobre argumentação. Há, apenas, algumas referências à Retórica, sobretudo nas disciplinas de *Filosofia do Direito*, *Introdução ao Estudo do Direito* e *Linguagem Jurídica*, nos raríssimos casos em que esta última existe. Alguns nomes, como o de Chaïm Perelman, que já é bem conhecido pelos estudantes de Análise do Discurso, aparecem em manuais de juristas reconhecidamente dotados de saberes jurídicos como Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Eduardo Carlos Bianca Bittar. Entretanto, o tempo dedicado ao estudo da Linguagem Jurídica, da Retórica e da Argumentação nos cursos de Direito é pequeno, tendo em vista a grande preocupação com técnicas objetivas de operacionalidade e aplicação do Direito, gerando pouco interesse por estudos que buscam fundamentar ou criticar a prática.

A proposta de estudar a argumentação através de mecanismos e metodologias próprias à Análise do Discurso se deu por causa do seu caráter essencialmente interdisciplinar que possibilita relacionar as pesquisas linguísticas com os conhecimentos provenientes de outras áreas de conhecimento. Acredita-se, neste trabalho, que colocar o Direito em diálogo com a Análise do Discurso proporcionará uma melhor compreensão da racionalidade jurídica no contexto de sua aplicação prática.

Em oposição ao que determinam os fundamentos do Positivismo jurídico, o Direito não pode se basear apenas em dispositivos legais seguindo uma lógica formal livre de influências de outros campos sociais. Ao contrário, o que se tem é uma área de conhecimento marcada pelo subjetivismo, pelas emoções e pela influência de fatores socio-histórico-culturais.

Tudo que gera algum efeito no ambiente jurídico é baseado em signos linguísticos que informam ou regulam ações juridicamente relevantes, portanto “a linguagem jurídica funciona como ponto de partida para as ações sociais e o movimento das relações humanas” (BITTAR, 2009, p.568).

Nesse sentido, a linguagem, em especial a jurídica, não é simplesmente um dado existente na natureza, ela é uma característica humana que funciona para interceder nas

práticas socioculturais. É dessa maneira que o Direito realiza-se como um fenômeno da linguagem e como um fenômeno social, já que a prática jurídica é alicerçada em práticas discursivas. “É em discurso que se constrói o saber jurídico; é em discurso que se constrói a justiça, a equidade, a razoabilidade, a aceitabilidade das decisões judiciais” (BITTAR, 2009, p. 454).

As decisões judiciais, seguindo o raciocínio proposto pelo Positivismo, deveriam sempre se pautar em fundamentos legais e critérios objetivos que pudessem garantir sua efetividade dentro de uma esfera jurídica e social. Esses critérios encontram-se determinados em normas e princípios legais descritos em uma legislação norteadora da aplicação do Direito. Porém, as decisões judiciais, mesmo que devidamente fundamentadas, não se encontram livres de influências extrajurídicas ou de discursos provenientes de outras esferas sociais.

O discurso jurídico não é construído apenas por descrição de fatos. Ao contrário, sua peculiaridade é seu caráter tipicamente argumentativo através do qual o locutor pretende produzir efeitos em seu interlocutor. Assim, é possível identificar especificidades do discurso jurídico a partir da linguagem utilizada, dos lugares e das vozes discursivas que se articulam.

Nesse sentido, os operadores do Direito desenvolvem uma argumentação que pode ser passível de uma contra-argumentação e a partir da análise de tais argumentos e da influência que cada um exercerá sobre o público-alvo é que o julgador irá aderir a uma das teses apresentadas e julgar o caso concreto.

Pode-se perceber que, muitas vezes, os julgadores levam em conta a realidade social que permeia o caso, a força argumentativa de peças jurídicas bem elaboradas, ou ainda, o aspecto emocional proveniente do objeto jurídico em questão. Dessa maneira, os elementos estabelecidos em lei e descritos no ordenamento jurídico nem sempre se mostram suficientes para justificar as decisões judiciais. Ou seja, embora sempre fundamentadas em artigos de leis, as decisões podem se encontrar amparadas em representações sociais e imaginários⁶¹.

O fato de a decisão do STF sobre a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos não ser considerada crime de aborto é um exemplo de como fatores extrajurídicos podem influenciar a aplicação do Direito. Ela evidenciará como podem ocorrer, no ordenamento jurídico, conflitos entre normas e princípios que não podem ser solucionados

⁶¹ Charaudeau (1997) afirma que os *imaginários* são o conjunto das representações relativas a um grupo social ou um indivíduo sobre o mundo. Essas representações referem-se às percepções do sujeito sobre tudo que está em sua volta e aos valores sociais atribuídos por ele.

apenas com a observância de dispositivos legais. Muitas vezes, esses conflitos só são solucionados quando os aplicadores do Direito recorrem à *doxa*⁶².

Dessa forma, a Análise do Discurso, aliada aos estudos sobre argumentação, poderá contribuir para uma explicação mais satisfatória sobre a aplicação do Direito e para a compreensão sobre como o Positivismo jurídico já não consegue resolver de forma inequívoca as questões do judiciário.

Para o Pós-positivismo não é possível chegar ao que chamamos de justiça partindo apenas da aplicação de uma fórmula dedutiva, é necessário que se busque a verdade dos acontecimentos que ensejaram os litígios jurídicos. Portanto, de acordo com Lima (2001), há, no Direito, a necessidade de se argumentar a partir do verossímil, pois se a verdade já fosse conhecida no âmbito judiciário, caberia aos tribunais apenas registrar fatos e não seriam lugares de resoluções de litígios.

A realidade processual nem sempre coincide com a realidade de fato e, por isso, os operadores do Direito precisam construir teses, que se atenham ao verossímil, capazes de persuadir o público-alvo. Assim, a argumentação jurídica é produzida para que seja possível obter a adesão daquele que é responsável pelo julgamento dos casos concretos.

No âmbito dessa estrutura discursiva e argumentativa, é indiscutível a necessidade de se influenciar o público-alvo desse discurso com teses desenvolvidas através de enunciados elaborados por estratégias discursivas na tentativa de conquistar a adesão do auditório, e é nesse processo que persuadir e convencer assumem papel principal no embate jurídico (PEREIRA, 2006, p. 16).

Através de um discurso argumentativo, os advogados tentam propor ou até mesmo impor a sua visão acerca dos fatos, já que o desejo de cada um deles é que o julgador, valendo-se da lei, decida a seu favor. Para isso, esses operadores do Direito devem se basear em provas que são admitidas no âmbito judiciário. Essas provas são dialéticas, o que significa que, mesmo sendo fiéis aos fatos, elas admitem a possibilidade de argumentação em sentido contrário. O advogado, promotor ou defensor, portanto, utilizam toda a sua capacidade de escolha para selecionar as palavras e o modo de articulação das ideias que julgam adequadas para determinada situação. Agindo assim, apresentam ao público-alvo a sua versão acerca dos fatos e tentam provar, argumentativamente, que a tese, por vez apresentada, é mais justa que a versão da outra parte que compõe o litígio.

⁶² Para o presente estudo, utilizo o termo *doxa* por considerar que representações, imaginários, saberes comuns e crenças partilhadas a compõem. Todos esses termos apontam para uma mesma rede de significação a qual permite a utilização do termo *doxa* de forma suficiente para esclarecer as noções discutidas neste trabalho, sem me ater à significação específica de cada termo.

Nas palavras de Souza (2001, p. 157),

Argumentar é um ato que visa a provocar em um auditório, por meio de um enunciado ou de um conjunto de enunciados, uma relativa adesão a um outro enunciado (tese, conclusão ou inferência) deduzido a partir do primeiro.

Os procuradores das partes desenvolvem uma argumentação que sempre é passível de uma contra-argumentação, já que “o critério de verossimilhança é subjetivo” (PAULINELLI, 2011, p.23). Assim, a partir da análise de tais argumentos e da influência que cada uma das partes exercerá sobre o público-alvo, o julgador irá aderir a uma das teses e julgar a adequabilidade dos meios. O juiz poderá julgar se as interpretações possíveis da norma foram desenvolvidas no sentido de dirimir os conflitos e isso quase sempre poderá ser demonstrado através da argumentação retórica e não através da demonstração lógico-dedutiva.

Essas duas categorias - a argumentação retórica e a demonstração lógico-dedutiva - diferem-se uma da outra tendo em vista que “a argumentação se realiza em função de um público, que tem o poder de decidir sobre o que é verossímil ou não” (PAULINELLI, 2011, p. 23). Já a demonstração prescinde da adesão desse público-alvo por ser constituída nas bases da lógica-dedutiva que traz a verdade em si mesma, não sendo necessário construir por meio de argumentos as teses que comprovariam os pontos de vistas que estão sendo defendidos.

Nem sempre a decisão de um juiz é a mais justa, mas, normalmente, é construída a partir da tese mais eficiente sustentada em juízo, “o que nos permite entender que no discurso jurídico nem sempre há argumentação a partir do verdadeiro, mas do verossímil” (PAULINELLI, 2011, p. 29).

O ato de argumentar encontra espaço em todos os lugares onde exista a abertura para a dúvida e para o conflito, onde não se disponha de uma verdade definitiva acerca de um dado. Essa abertura faz com que a argumentação seja do interesse de diversas áreas do conhecimento humano, como o Direito, a Sociologia, a Filosofia e as Ciências da Linguagem, embora apenas recentemente tenha alcançado o estatuto de objeto legítimo de investigação nesse último domínio (PAULINELLI, 2011, p. 24).

É comum relacionar a prática de um bom jurista à “capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade” (ATIENZA, 2006, p. 17). Entretanto, poucos são os operadores do Direito que se preocupam em refletir sobre teorias da argumentação jurídica que são estudadas em conjunto com a Filosofia do Direito.

Cabe à Filosofia do Direito a função de intermediar os saberes e práticas jurídicas com os saberes e práticas sociais, e é nesse universo que a Análise do Discurso se insere para fornecer novas metodologias de estudo e análise para aqueles que buscam entender o Direito

como um fenômeno da linguagem e da argumentação e não apenas com uma ciência isolada das demais áreas de conhecimento.

As teorias atuais de argumentação jurídica, mais especificamente, as concepções de MacCormick⁶³ e Alexy⁶⁴, têm se apoiado em precursores como: Viehweg, com sua concepção tópica do raciocínio jurídico; Perelman e sua *Nova Retórica*; e Toulmin com a elaboração da lógica informal, que, em comum, rejeitam a lógica formal dedutiva como modelo de racionalidade do Direito (ATIENZA, 2006).

Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade (ATIENZA, 2006, p. 22).

Entretanto, novos estudos têm se desenvolvido no âmbito da Análise do Discurso relativos à argumentação, não especificamente a uma argumentação jurídica, mas reflexões que se aplicam a várias áreas proporcionando-lhes um esclarecimento da prática do conhecimento como um fenômeno da linguagem. É justamente de alguns desses estudos que pretendemos tratar a seguir.

Lima (2006) destaca que a argumentação ainda não pode ser considerada uma disciplina constituída, uma vez que não se trata de um área de estudo autônomo. Normalmente, ela é associada a diferentes disciplinas e vem ganhando novas configurações ao se valer de elaborações da Lógica, da Retórica, da Filosofia e da própria Análise do Discurso. Apesar disso, é um importante campo de questionamento que pode ser desenvolvido e aplicado a várias outras áreas de conhecimento.

É comum, nos estudos da Análise do Discurso a respeito da argumentação, os autores dedicarem parte de seus textos a um percurso histórico capaz de situar o leitor dentro da problemática e familiarizá-lo com as diversas teorias que se fundaram desde a Retórica Clássica. Embora consideremos extremamente importante e válido esse levantamento teórico, acreditamos que ele já está suficientemente demonstrado e criticado em grande número de

⁶³ Para estudar mais sobre o autor, ver: MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford, University Press, 1978.

⁶⁴ Para estudar mais sobre o autor, ver: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt, Surkamp, 1978. Há tradução para o espanhol e para o inglês, sendo que para o último, a tradução foi realizada por Neil MacCormick.

artigos, dissertações e teses no âmbito da Análise do Discurso⁶⁵. Isso justifica, então, nossa opção por não proceder à apresentação desse levantamento histórico e partir para a apresentação das bases a serem utilizadas na dissertação.

No terreno da AD, autores como Ruth Amossy e Christian Plantin revisitaram antigas noções provenientes da Retórica Clássica e somaram a elas contribuições da Análise do Discurso, da Linguística Textual, da Filosofia, da Psicologia entre outras. Isto porque no universo da argumentação, os estudos são entrecortados por diversas disciplinas que proporcionam uma visão mais ampla, permitindo aplicar os conhecimentos comuns entre elas. Como aponta Lima (2006, p. 85)

embora não haja propriamente novas teorias da argumentação na contemporaneidade, os estudos de Análise do Discurso fomentam novas reflexões a respeito do tema. Autores como Patrick Charaudeau, Marianne Doury, Claude Chabrol, entre outros, e os já citados Plantin e Amossy vêm discutindo o assunto na tentativa de empreender uma análise do discurso argumentativo, aliando as contribuições da Retórica às da Análise do Discurso.

Dentre os estudiosos citados, Amossy (2010) apresenta importantes considerações e propõe uma perspectiva interacional para os estudos acerca da argumentação a qual leva em conta os dispositivos da enunciação atrelados a fatores históricos e socioculturais. A formulação de conceitos elaborados pela autora está ligada às tradições retóricas de Aristóteles e às considerações mais recentes atribuídas a Perelman e Olbrechts-Tyteca em seu *Tratado da Argumentação*, além dos pressupostos da Análise do Discurso.

A autora intitula como “análise argumentativa” sua abordagem sobre a matéria e apresenta uma diferenciação do que seriam discursos com “dimensão argumentativa” e discursos dotados de uma “*viséé* argumentativa”. Para ela, não são todos os discursos que apresentam uma intenção, uma *viséé*, ou que pretendem persuadir o interlocutor, mudando-lhe a opinião. Há discursos que podem apresentar, apenas, uma dimensão, que não chega a ser considerada uma intenção argumentativa. Por exemplo, uma propaganda eleitoral ou a publicidade de um carro possuem uma “*viséé* argumentativa”, porque objetivam persuadir o público a que se destina. Já um artigo científico ou um relato ficcional poderiam comportar apenas uma “dimensão argumentativa”, pois objetivam certa adesão à tese apresentada.

A “análise argumentativa” enquadrar-se-ia, portanto, no vasto campo de estudo da Análise do Discurso, tendo em vista estar intimamente ligada à linguagem e utilizar marcas

⁶⁵ Para saber mais sobre o assunto, ver: SOUZA, Wander Emediato de, Retórica, Argumentação. In: (Orgs.) MARI, Hugo, MACHADO, Ida Lúcia, MELLO, Renato de. *Análise do Discurso: fundamentos e práticas*. Belo Horizonte: NAD, FALE/UFMG, 2001.

linguísticas para ampliar a análise do funcionamento discursivo, o qual está sempre atrelado ao contexto histórico-social no qual a situação de comunicação se desenvolve.

A análise argumentativa volta-se para a intenção e/ou dimensão persuasiva dos discursos sociais, submetendo-os a vários níveis de abordagem possíveis. Ressaltamos [...] a importância de se considerar o endereçamento do discurso, as características do auditório visado, os saberes sócio-culturais dos sujeitos em interação e, em suma, a situação histórica e institucional dos atos de linguagem (GALINARI, 2007a, p. 57).

Amossy (2010) determina que as representações sociais e os saberes partilhados constituem a base para toda a argumentação e que a Retórica faz uso do ambiente comum em que se encontram essas evidências, utilizando as funções da *doxa* na comunicação verbal.

O discurso argumentativo se constrói sob os pontos de concordância e sob as premissas apresentadas pelo locutor e ratificadas pelo auditório, ou seja, é em um espaço de crenças e opiniões coletivas que se torna possível consolidar determinado ponto de vista. Assim, na perspectiva retórica, a *doxa*, que são os saberes comuns, funciona como fundamento da comunicação argumentativa, pois se trata da articulação das opiniões dominantes e das representações sociais.

Assim, como veremos na análise do *corpus* que será apresentada no próximo Capítulo, os Ministros construirão seus argumentos a partir de diversas fontes que abarcam elementos os quais podem ser provenientes de saberes científicos e podem, também, pertencer ao senso comum. Esses elementos, que são utilizados com o objetivo de persuadir o auditório, constituem o que Amossy (2010) chama de “elementos dóxicos” os quais seriam o conjunto de saberes e crenças socialmente partilhados, que contribuem para uma fundamentação da argumentação.

É nesse sentido que muitos estudiosos da Análise do Discurso vêm desenvolvendo pesquisas no campo da argumentação, propondo metodologias para melhor compreendê-la e aliar as contribuições de diversos domínios sobre o assunto. Dentre eles, optamos pelas contribuições de Lima (2006) como ponto de partida para a análise discursiva que será desenvolvida no Capítulo 4. Tentaremos agregar outros elementos a essa reflexão que poderão contribuir na leitura do *corpus* selecionado.

4.1 As três dimensões da argumentação

Lima (2006) apresenta novos caminhos para se pensar sobre os estudos da argumentação dentro da Análise do Discurso e elabora uma reflexão que concebe o fenômeno em três dimensões. Para a autora, a argumentação não poderia ser enquadrada apenas como uma parte da Retórica, consistindo em algo muito mais abrangente e, dessa forma, “se edificaria em três elementos responsáveis por colocar em cena as mais diversas estratégias argumentativas” (LIMA, 2006, p. 116).

Para a autora, a argumentação seria estruturada em três dimensões que se relacionariam entre si: a dimensão da construção de imagens, a dimensão patêmica e a dimensão demonstrativa⁶⁶. A escolha pelo termo “dimensão” e a adoção de uma “perspectiva relacional” proporcionam uma visão mais ampla e abrangente sobre o discurso argumentativo, tendo em vista a possibilidade de estudar os elementos próprios de cada uma das dimensões de forma independente e, ao mesmo tempo, em sua interrelação.

A figura abaixo sintetiza a relação tridimensional da argumentação.

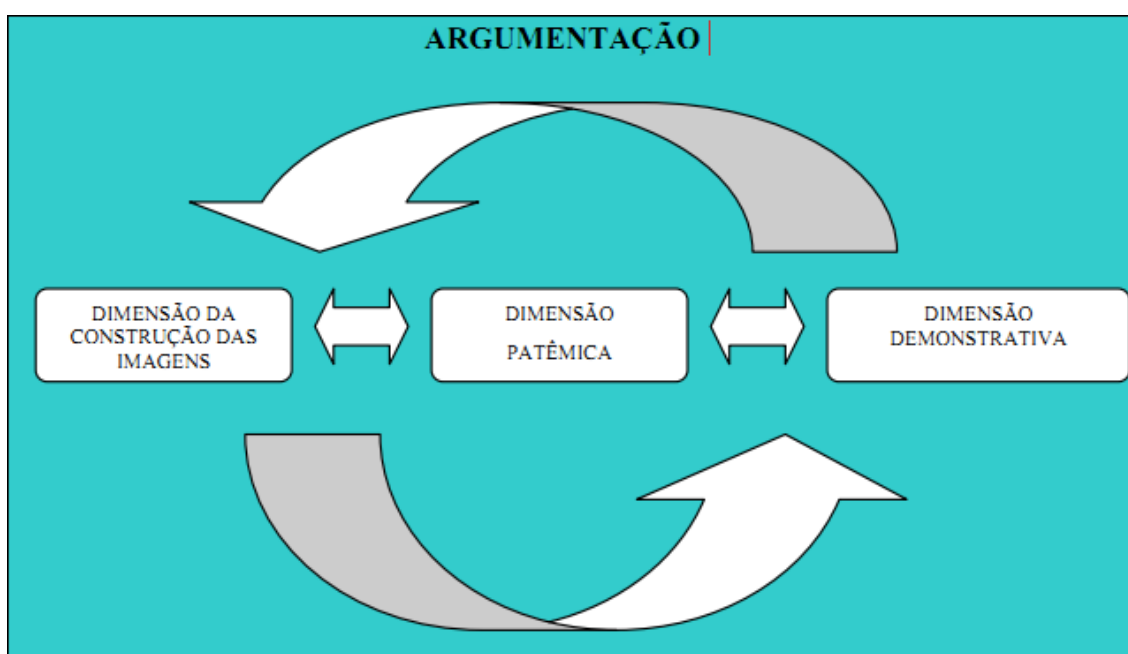


Figura 1 – Esquema ilustrativo da ancoragem da argumentação (LIMA, 2006, p.117).

As três dimensões, que possuem características específicas e elementos próprios, interrelacionam-se e complementam-se conforme a ilustração elaborada pela autora. No

⁶⁶ No momento, a autora continua a desenvolver reflexões sobre o assunto e, a fim de evitar equívocos na definição da terceira dimensão, optou por utilizar a expressão “dimensão da construção discursiva”. Isto porque esta se apoia na ideia de *logos*, tal como definida por Aristóteles (razão e linguagem).

entanto, nas mais variadas modalidades de discurso, pode haver predominância de determinada dimensão em detrimento de outra.

4.1.1 A dimensão da construção de imagens

Aquele que pretende assumir a palavra em uma cena discursiva deve adaptar-se aos seus interlocutores para que seja possível exercer influência sobre eles. Assim, há a necessidade de se pensar sobre que imagem o locutor constrói de si mesmo para que o auditório venha a aderir à tese apresentada e que imagem o locutor constrói sobre o seu auditório para garantir que as estratégias argumentativas utilizadas possam ser mais eficientes.

Na instância da construção da imagem de si, é importante, primeiramente, esclarecer o que se entende por *ethos* que, de acordo com a Retórica Aristotélica, é uma das provas técnicas que compõe a construção argumentativa juntamente com o *pathos* e o *logos*. Para Amossy (2010), *ethos* é a imagem de si construída pelo orador no discurso e tem a finalidade de persuadir seu auditório através de uma boa impressão.

No terreno da AD, podemos nos apoiar em estudos de autores como Charaudeau (2009) para pensar nos elementos discursivos que podem ser utilizados nessa construção de imagens de si e do outro. O autor dedica um capítulo de sua obra *Linguagem e Discurso* ao modo de organização enunciativo do discurso. Neste, estabelece alguns componentes enunciativos que contribuem para a elaboração do *ethos*, permitindo “ao enunciador colocar-se em cena (enunciação *elocutiva*), implicar seu interlocutor no mesmo ato de comunicação (enunciação *alocutiva*), apresentar o que é dito como se não houvesse implicação de ninguém (enunciação *delocutiva*)” (PAULIUKONIS, 2008, p. 65).

A enunciação *elocutiva*, conforme Charaudeau (2009), evidencia a relação do locutor consigo mesmo, de modo que o sujeito falante destaca o seu ponto de vista sobre as questões que estão sendo tratadas no discurso, isentando o interlocutor de qualquer responsabilidade pelo que está sendo dito. “O resultado é uma enunciação que tem como efeito *modalizar subjetivamente* a verdade do Propósito enunciado, *revelando* o ponto de vista *interno* do sujeito falante. Desse modo, o Propósito referencial é situado no universo de discurso do sujeito falante” (CHARAUDEAU, 2009, p. 83).

Os pronomes pessoais de primeira pessoa são responsáveis pela enunciação *elocutiva*. Eles são acompanhados de advérbios, verbos modais e de qualificativos que descrevem o ponto de vista pessoal do orador. “Quando expressa com a ajuda do pronome 'nós', esse tipo

de enunciação contribui para a construção de um *ethos de solidariedade*” (PAULIUKONIS, 2008, p. 65).

Já a enunciação alocutiva é pautada no uso de pronomes pessoais de segunda pessoa, que também aparecem acompanhados de verbos modais e de qualitativos, responsáveis por indicar ao interlocutor qual seria o seu lugar e mostrar o tipo de relação existente entre eles no momento da situação comunicativa. Desse modo, "o sujeito falante enuncia sua posição em relação ao interlocutor no momento em que, com o seu dizer, o *implica* e lhe impõe um comportamento" (CHARAUDEAU, 2009, p. 82), agindo, dessa forma, o locutor sobre o interlocutor.

A enunciação delocutiva, por sua vez, procura apagar qualquer traço de personalidade entre os interlocutores. Assim, as palavras são utilizadas com as atribuições de uma terceira voz, como se não fossem de responsabilidade nem do orador, nem do auditório (PAULIUKONIS, 2008). Dessa forma, o sujeito falante "se apaga" do próprio ato de enunciação e demonstra como os discursos que são provenientes de uma terceira voz se impõem a ele, resultando em uma enunciação aparentemente objetiva (CHARAUDEAU, 2009).

Outro autor que oferece uma importante contribuição aos estudos sobre o assunto é Meyer (2007). Para ele,

o *ethos* é uma excelência que não tem objeto próprio, mas se liga à pessoa, à imagem que o orador passa de si mesmo, e que o torna exemplar aos olhos do auditório, que então se dispõe a ouvi-lo e a segui-lo. As virtudes morais, a boa conduta, a confiança que tanto umas quanto outras suscitam conferem ao orador uma *autoridade*. O *ethos* é o orador como princípio (e também como argumento) de autoridade (MEYER, 2007, p. 34-35).

É importante ressaltar, como bem explica o filósofo, que o *ethos* não está restrito à presença do orador em uma situação comunicativa. “O *ethos* é um domínio, um nível, uma estrutura – em resumo, uma dimensão –, mas isso não se limita *àquele que* fala pessoalmente a um auditório, nem mesmo a um autor que se esconde atrás de um texto” (MEYER, 2007, p. 35).

Amossy (2010, p.63), no mesmo sentido, considera que “*la dimension morale et la dimension stratégique de l’ethos sont inséparables*”⁶⁷. Isso mostra que a construção da imagem do orador no discurso está ligada a um sistema de valores no qual locutor e auditório encontram-se inseridos, de forma que “*l’image élaborée par le locuteur s’appuie sur des*

⁶⁷ Tradução nossa: a dimensão moral e a dimensão estratégica do *ethos* são inseparáveis

éléments préexistants, comme l'idée que le public se fait du locuteur avant sa prise de parole ou l'autorité que lui confèrent sa position ou son statut”⁶⁸ (AMOSSY, 2010, p.69). Essa concepção, a qual podemos também verificar citação de Meyer (2007), relaciona-se à ideia de *ethos* prévio desenvolvida pela própria autora, que também pode ser concebido como *ethos* pré-discursivo, conforme os estudos de Maingueneau (2005).

O *ethos* prévio, segundo Amossy (2010), é a imagem do orador que leva em consideração seu espaço social, suas funções institucionais na sociedade e baseia-se nas representações sociais e nos estereótipos relacionados à sua pessoa. Essas imagens concebidas previamente são, de certa forma, responsáveis pelo condicionamento do discurso, já que tanto a enunciação quanto as marcas linguísticas são capazes de identificá-las. Confirmando esse posicionamento, Galinari (2007a) ressalta que a instância do *ethos* não poderia ser estudada exclusivamente e restrita ao momento da enunciação, devendo, sempre, levar-se em consideração os dados situacionais, históricos e psicológicos da instância de produção do discurso.

Com a designação *ethos* prévio, a Análise do Discurso passaria a considerar em sua epistemologia os elementos interdiscursivos na elucidação dos possíveis efeitos argumentativos de um *corpus* particular, resgatando os estatutos sociais do orador (ou da instância de produção do discurso), a sua reputação, as suas qualidades morais, comportamentais, etc. Isso implicaria, também, em ter consciência dos imaginários sociais que alimentam esses *ethé*, isto é, das representações coletivas, estereótipos, valores e outros tipos de saberes comuns, cultivados (e em confronto) numa sociedade. Seriam esses elementos que possibilitariam ao auditório avaliar as argumentações, de acordo com suas visões de mundo ou crença (GALINARI, 2007a, p.75).

Assim, da mesma forma que a imagem é o que sustenta o auditório, o *ethos* depende dos imaginários sociais e dos estereótipos que veiculam em determinada época, ou seja, a imagem do orador se constrói a partir dos modelos socioculturais vigentes, como afirma Amossy (2010, p. 72)

Une analyse des images de soi dans le discours, doublée d'une connaissance de la situation d'énonciation et de la représentation préalable de l'orateur, de voir comment se met en place un ethos que doit contribuer au caractère persuasif de l'argumentation.”⁶⁹

⁶⁸Tradução nossa: a imagem produzida pelo orador apoia-se em elementos preexistentes, como a ideia que o público faz do orador antes dele tomar a palavra ou a autoridade conferida pela sua posição ou *status*.

⁶⁹ Uma análise das imagens de si no discurso, juntamente com o conhecimento da situação de enunciação e representação prévia do orador, permite assim, ver como se implementa um *ethos* que deve contribuir para o caráter persuasivo da argumentação.

Galinari (2007a, p.72) ressalta a importância “das convenções e das representações sociais para a adequada edificação e funcionamento do *ethos*, visto que a sua plausibilidade varia de comunidade para comunidade, de grupo para grupo, de indivíduo para indivíduo”. Portanto, a construção de imagens dos sujeitos envolvidos em uma situação de comunicação é modificada de acordo com os universos e saberes partilhados próprios de cada grupo social.

As imagens que apoiariam a construção do *ethos* do orador seriam provenientes, nas palavras de Amossy (2010, p.71)

de l'image que l'on se fait de la catégorie sociale, professionnelle, ethnique, nationale, etc. du locuteur; de l'image singulière qui circule d'un individu au moment de l'échange argumentatif; de la possibilité d'images différentes, voire antagonistes, du même locuteur selon l'auditoire visé”.⁷⁰

No caso do *corpus* que será analisado no Capítulo 4, a construção das imagens dos oradores, que são os Ministros do Supremo Tribunal Federal, estará pautada nos componentes do *ethos* prévio, já que estes são conhecidos como juristas dotados de notórios saberes jurídicos, prudentes, justos, conhecedores das leis, etc., e nos componentes do *ethos* discursivo que será construído no momento da enunciação.

Em se tratando do *ethos* discursivo ou da imagem construída pelo orador diante de seu auditório no momento da interação comunicativa, vale trazer ao presente estudo duas considerações feitas por Galinari (2007a). A primeira mostra que de “nada adiantariam [...] as imagens prévias acerca do orador caso este não consiga atualizá-las no momento do seu discurso, ou caso o auditório não possua os meios (o domínio do código, saberes comuns, conhecimentos etc.) para visualizá-las” (2007a, p. 76). A segunda, que reforça a primeira, esclarece que a construção de imagens no momento da enunciação “seria capaz de destruir/desconstruir reputações solidificadas anteriormente” (2007a, p.76).

Mesmo considerando que os Ministros do STF ocupam o cargo mais alto no Poder Judiciário por suas posturas exemplares, condutas ilibadas e notórios saberes jurídicos, quando estes participam de julgamentos, devem mostrar conhecimentos específicos sobre a matéria para justificar o posicionamento que cada um deles tomará. Caso acontecesse de um deles não ter conhecimento sobre o que está sendo discutido ou se apresentasse em estado de embriaguez, por exemplo, o *ethos* prévio seria desconstruído.

⁷⁰ da imagem que se faz da categoria social, profissional, étnica, nacional, etc. do locutor; da imagem singular que circula, de um indivíduo, no momento da troca argumentativa; da possibilidade das diferentes imagens, e mesmo antagonicas, do mesmo locutor segundo o auditório visado.

Assim, as imagens concebidas previamente poderiam ser confirmadas no momento da interação, como também poderiam ser desconstruídas. O orador, ao tomar conhecimento de seu público, poderá reforçar ou evitar determinados conceitos a respeito de sua pessoa através da elaboração do “*ethos* dito” e do “*ethos* mostrado” (Maingueneau, 2005).

Em termos gerais, o *ethos* "mostrado", segundo o autor, aparece através dos gestos, dos tons utilizados, da escolha lexical, da postura, dentre outros elementos. Galinari (2007a) afirma que “esse tipo de comportamento discursivo, ligado mais à aparência da enunciação do que ao conteúdo explícito do enunciado, muitas vezes é mais eficiente em termos de adesão” (2007a, p. 77). Já o *ethos* "dito" estaria associado ao que o próprio orador diz de si mesmo, que nem sempre é visto como uma estratégia argumentativa positiva, pois, muitas vezes, dizer algo de si mesmo pode provocar algum efeito relacionado à arrogância ou à vaidade.

A partir do que foi exposto, convém esclarecer que as imagens relacionadas ao orador não são as únicas existentes e passíveis de análise em uma situação enunciativa. O orador também edifica imagens de seu auditório a partir de um universo de crenças e valores que irão apoiar essa construção. As imagens associadas ao indivíduo ou grupo ao qual o orador se dirige, normalmente, são pautadas nas representações sociais que se tem a respeito dele e fazem com que a enunciação seja direcionada a um público com características próprias provenientes de determinado grupo social. Assim, na tentativa de adequar a comunicação em razão da imagem de um auditório, é possível construí-la sob a égide persuasiva visando à adesão do público à tese apresentada, como afirma Lima (2006, p. 145).

Para cada auditório um *ethos* diferente deve ser apresentado a fim de preencher as condições mínimas de credibilidade, referentes à sensatez (*phrónesis*), à virtude (*areté*) e à benevolência (*eúnoia*), uma vez que o orador deve parecer digno de fé, através de um discurso verossímil e não necessariamente verdadeiro.

No julgamento da ADPF nº 54, em que se discute os direitos dos fetos anencéfalos e das mulheres, observar-se-á que os *ethé* dos Ministros foram parcialmente construídos através de informações que já circulavam em momento anteriores à sessão de julgamento e estão associados à prudência, à inteligência e à justiça. No entanto, outras imagens vão sendo construídas no momento da enunciação e levam à percepção, por exemplo, de que enquanto uns se mantêm mais distantes das questões relacionadas ao gênero feminino, outros as promovem de forma a configurar evidente interesse em defender os direitos das mulheres.

A construção de imagens de si e do outro visa tanto à manutenção de um determinado enquadramento sócio-cultural e, claro, a um enquadramento institucional dos sujeitos envolvidos [...], quanto tem por finalidade levar o outro a compartilhar de determinadas posições que atenderão a fins persuasivos (LIMA, 2006, p. 142).

Tendo em vista o fato de que, nas interações, os sujeitos estão sempre elaborando imagens de si e do outro, o processo de construção de imagens não deve ser visto “apenas como um tipo de prova, mas como uma dimensão que ancora o discurso argumentativo” (LIMA, 2006, p. 143). As imagens construídas tanto de si quanto do outro determinam a direção argumentativa do discurso e devem ser vistas em sua conexão com recursos argumentativos diversos e com as outras dimensões que serão apresentadas a seguir.

4.1.2 A dimensão patêmica

As emoções, assim como as construções de imagens, constituem os discursos argumentativos e, associadas a outros recursos, visam à garantia da persuasão do auditório. Apesar de diversas áreas de conhecimento, como a Psicologia, a Antropologia, a Filosofia e a Sociologia já estudarem as emoções a partir dos aspectos científicos e dos pressupostos próprios de cada domínio, as emoções nem sempre estiveram em lugar privilegiado nos estudos sobre discurso e argumentação.

Como afirma Lima (2011), somente a partir dos anos 2000, as emoções adquiriram mais espaço no terreno da Análise do Discurso quando alguns estudiosos retomaram os princípios da Retórica Clássica e associaram-nos aos estudos da Linguística. Essa associação foi responsável por resgatar um percurso que havia sido interrompido devido à posição marginal que as emoções passaram a ocupar após um período em que as pretensões científicas buscavam isolar a ciência de qualquer elemento ligado à subjetividade. Assim, iniciou-se a busca para enquadrar, novamente, as emoções dentro do contexto científico e elas começaram, então, a ser percebidas como um importante elemento para as pesquisas relacionadas ao discurso.

Entretanto, as emoções, desde a Antiguidade Clássica, têm sido tratadas como manifestações contrárias à razão ou associadas à falta de racionalidade. Comumente, elas são marginalizadas e vistas como elementos negativos e dispensáveis ou, ainda, como empecilhos para as relações sociais e para os estudos científicos, já que podem, muitas vezes, ser associadas ao descontrole, “à ideia de fraqueza, à incapacidade de domínio de si em determinadas situações” (LIMA, 2006, p. 126). Essa maneira dicotômica de entender a razão

e a emoção que pode, justamente, ter contribuído com séculos de atraso nas formulações de teorias acerca do assunto, conforme Lima (2007).

Desde os ensinamentos de Platão, a paixão era vista como “fruto da ignorância, da ausência da razão” (MEYER, 2003, p. XXII), e por isso deveria ser controlada, já que poderia impedir o indivíduo de pensar racionalmente. Para o filósofo, os sujeitos deveriam “domesticar” essas emoções a fim de controlá-las, visando a um melhor exercício da inteligência. Assim, aquele que não conseguisse controlá-las estaria firmando sua distância ao trabalho intelectual e ao exercício da própria inteligência.

Já Aristóteles, discípulo de Platão, acrescentou a necessidade de conhecer as paixões para que fosse possível controlá-las e, após o conhecimento e o domínio destas, conseguir-se-ia utilizá-las de forma favorável. Para o pensador grego, que já preconizava a ideia das emoções serem usadas como estratégia para persuadir, as paixões “constituem um teclado no qual o bom orador toca para convencer” (MEYER, 2003, p. XLI).

Visto isso, pode-se perceber que desde as raízes retóricas, o *pathos* está diretamente ligado ao auditório e designa as emoções que o orador tem interesse de conhecer para agir de forma eficaz sobre seus interlocutores. Para Aristóteles, o termo *pathos* pode significar tudo aquilo que está relacionado à natureza das emoções, ao que pode suscitá-las em um auditório e “tocar-lhes”. O conhecimento das paixões é indispensável na Retórica, pois elas fazem parte de um conjunto de mecanismos que permitem “agir” pelas palavras e conquistar a convicção do auditório (Amossy, 2010). Portanto, no sentido atribuído por Galinari (2007b), *pathos* é “uma tentativa, uma expectativa ou uma possibilidade contida nos discursos sociais, no sentido de despertar algum sentimento no alocutário” (2007b, p. 229).

É essa necessidade de conhecer o outro que leva ao entendimento de que a questão das emoções no discurso depende muito de uma visão antropológica associada ao contexto sociocultural, não podendo, então, ser analisada sob uma abordagem que as considere associadas à ideia de estímulo-resposta ou reação. Na verdade as emoções devem ser percebidas como conjuntos de categorizações sociais que levam em consideração aspectos morais e normativos (PAPERMAN, 1995). Esses aspectos corroboram a ideia de que as representações sociais são determinantes para a compreensão das emoções.

Se as emoções partem de uma construção social, elas circulam nos discursos difusos de uma sociedade, ou seja, estão relacionadas às crenças, aos valores e às representações construídas ao longo da vida do sujeito. Cada contato sociocultural é capaz de produzir diferentes emoções e, ao longo da vida, o sujeito começa a adquirir certa competência emocional fazendo com que ele seja capaz de interpretar de modo peculiar as manifestações

culturais. Nesse sentido, Elster (1995, p.39) manifesta: “*Je ne sais pas si les autres voient les couleurs comme moi, ni si leurs émotions sont les mêmes que les miennes*”⁷¹.

O autor relaciona as emoções às normas sociais e desconsidera a possibilidade de admiti-las exclusivamente na esfera da racionalidade individual. As normas sociais são responsáveis por regular tanto as crenças de uma coletividade quanto as emoções manifestadas. Se se observar a ocorrência do choro em um velório, verificar-se-á que essa ação é plenamente aceitável de acordo com a prática social da cultura brasileira. Inclusive, pode parecer estranho alguém agir de forma diversa, por exemplo, com a ausência do choro. O sujeito, dessa forma, estaria transgredindo uma norma socialmente estabelecida que faria com que sua imagem fosse associada a um sujeito frio, desprovido de emoções e, portanto, fora dos padrões socialmente previstos. Entretanto, se a situação do velório for analisada sob ponto de vista de outras culturas como a mexicana, o choro já não seria a manifestação mais esperada, tendo em vista que, nesse país, o velório é um momento de celebração.

As emoções podem ser consideradas como fruto das interpretações da realidade, dos valores e das normas sociais, tendo em vista que são desencadeadas pelas vivências individuais do sujeito e pelo contexto histórico e sociocultural da comunidade na qual ele se insere. Há um sentimento de pertença que pode ser demonstrado pelo indivíduo que, “quando é fortemente ligado à sociedade da qual faz parte, sente-se moralmente constrito a participar de suas tristezas e alegrias. Desinteressar-se equivaleria a romper os laços que o unem à coletividade” (DURKHEIM, 1960 *apud* LE BRETON, 2009, p. 111).

No mesmo sentido, tanto Nussbaum (1995, p. 26), que defende que as emoções “não são inatas, mas socialmente aprendidas, elas não são as pulsões cegas corporais, mas operações cognitivas complexas”, quanto Elster (1995, p. 45), ao afirmar que elas “estão implicadas em todas as normas sociais [...]”, reforçam o caráter social das emoções.

Essas normas sociais seriam, portanto, responsáveis por determinar e regular a manifestação das emoções, reforçando a ideia de que elas são provenientes de um aprendizado social e suas expressões resultariam do processo de interpretação do sujeito sobre a realidade, levando em consideração aceções apreendidas por ele a partir de suas experiências individuais no meio que se encontra inserido.

Nessa mesma direção, Le Breton (2009) afirma que as emoções, que estão sempre aliadas a um aprendizado social, são

⁷¹ Tradução nossa: “eu não sei se os outros veem as cores como eu as vejo, nem se suas emoções são as mesmas que as minhas”.

emanações sociais ligadas a circunstâncias morais e à sensibilidade particular do indivíduo. Elas não são espontâneas, mas ritualmente organizadas. Reconhecidas em si e exibidas aos outros, elas mobilizam um vocabulário e discursos: elas provêm da comunicação social (LE BRETON, 2009, p. 120).

O antropólogo ressalta a importância das emoções serem compartilhadas com os outros membros da sociedade, já que, por partilharem das mesmas regras sociais, estes poderiam identificar as manifestações corporais e linguísticas referentes às emoções. Assim, só é possível a experimentação de determinada emoção por algum indivíduo, se ela estiver inserida no repertório cultural do grupo ao qual este pertence.

Um saber afetivo difuso circula por intermédio das relações sociais e ensina aos atores as impressões e as atitudes que se impõe, de acordo com suas sensibilidades pessoais, nas diferentes vicissitudes que podem afetar suas histórias. As emoções são modos de afiliação a uma comunidade social, uma maneira de reconhecer e de poder se comunicar em conjunto (LE BRETON, 2009, p. 126).

Essas manifestações das emoções obedecem às normas existentes em determinada comunidade, de forma que o contexto sociocultural poderia exercer a função de um manual de conduta o qual indicaria quais as ações, as palavras, os gestos e expressões que seriam mais adequados para determinada situação. Isso porque, de acordo com o autor "a comunidade social identifica, classifica e julga os estados afetivos de acordo com sua conformidade implícita aos comportamentos esperados em diferentes situações" (LE BRETON, 2009, p. 145).

Além da ideia da aprendizagem social das emoções, o autor percebe a moderação e o controle das emoções como características presentes em várias sociedades. Há, nesse sentido, o interesse dos membros da comunidade em aderir às convenções sociais para evitar atrito, isolamento e julgamento social, como é o caso do indivíduo que, por ser muito emotivo, pode, muitas vezes, ser visto como "descontrolado" e ser duramente criticado por isso. Por outro lado, aquele que é excessivamente comedido pode ter uma repressão ainda maior devido à ausência de expressão das emoções que torna o sujeito "desagradável e faz a pessoa correr o risco de ter uma reputação de insensibilidade, de indiferença, de frieza, etc." (LE BRETON, 2009, 146). Isso nos leva a entender que a expressão das emoções precisa estar, de certa forma, em conformidade com as regras afetivas socialmente compartilhadas.

A causa das emoções, seus efeitos sobre o indivíduo ou sua modalidade de expressão não se concebem fora do sistema de significados e de valores que regem as interações no grupo. Cada cultura afetiva dispõe particularmente de seu vocabulário, de sua sintaxe, de suas expressões mímicas e gestuais, assim como de suas posturas e modalidades de deslocamento (LE BRETON, 2009, p. 152).

As emoções, portanto, não são inatas, mas socialmente aprendidas e adquiridas através das experiências vividas. O autor confirma essa ideia aduzindo que toda criança “está naturalmente propensa a interiorizar e a reproduzir, de acordo com sua própria personalidade, os traços particulares da cultura de qualquer sociedade humana” (LE BRETON, 2009, p.165). Se se pensar, por exemplo, nas diferenças entre o modo das criações direcionadas às crianças do sexo feminino e às do sexo masculino, é possível perceber uma tendência de inibir a manifestação das emoções nos meninos e permitir a expressão emocional nas meninas. O choro, por exemplo, é sempre permitido para essas últimas e sempre proibido para os primeiros, o que pode ser demonstrado pelo *topos* “homem não chora”.

À mulher normalmente é permitido, pelo senso comum, expressar emoções e, talvez, é justamente por isso que existe uma associação do ser emotivo com um ser dotado de fraqueza, incapacidade de autocontrole e domínio de si. Neste sentido Lima (2006, p.126-127), afirma que

no domínio do senso comum, as emoções, [...] no que se refere à cultura brasileira, estiveram sempre relacionadas a uma certa “feminilização” do sujeito. Isto porque como as mulheres representariam, de acordo com algumas correntes filosóficas e para nossa sociedade conservadora, seres humanos menores e por isso mesmo mais susceptíveis a “ações irracionais”, elas seriam o lado humano ideal para a manifestação de toda espécie de emoções. Nesse sentido, apenas o homem fraco se sujeitaria às emoções e essa fraqueza parece não estar relacionada a questões psicológicas e neurofisiológicas, mas, sobretudo, a questões sociais e culturais, a valores e crenças compartilhados por uma comunidade. O sujeito considerado emotivo está longe de ser considerado dos mais equilibrados. Assim, a ideia de que a emoção não é provada em estados de tranquilidade está presente nessas concepções do senso comum.

O senso comum, normalmente, associa a figura feminina a seres emotivos e passionais que, diante de determinadas situações, agiriam de forma descontrolada, assumindo um caráter de desvantagem em relação ao homem por, hipoteticamente, não conseguirem assumir posturas ponderadas e racionais. Essa visão preconceituosa e pouco fundamentada fez com que, por muitos anos, tanto a mulher quanto as emoções fossem percebidas como opostas à razão, como afirma Lima (2006). A autora complementa a ideia afirmando que Aristóteles já mencionava que as mulheres e as crianças eram incapazes de se relacionarem com o mundo sem prévia orientação ou sem os serviços dos tutores.

No mesmo sentido e reforçando as ideias cristalizadas decorrentes de pensamentos como os de Platão, de que as mulheres seriam seres mais suscetíveis às influências emocionais, Nussbaum (1995, p.22) entende que “uma consequência suplementar da marginalização da emoção nos modelos de julgamento é ela ter contribuído para a

marginalização de certas pessoas que são consideradas sujeitas às emoções: principalmente, as mulheres e diversas populações minoritárias ou estrangeiras.” Ainda, segundo a autora, para a tradição filosófica norte-americana e europeia “as emoções são forças cegas e irracionais que não trariam qualquer contribuição para a razão nem para o julgamento” (1995, p. 22).

Elster (1995) também entende que as emoções – intimamente ligadas às crenças – não devem ser vistas como opostas à razão e as percebe como condutores de sentido e de orientação na construção da racionalidade. Para ele, não há a possibilidade de uma racionalidade livre de influências emocionais, já que as ações humanas seriam guiadas pelas paixões. O autor propõe a Teoria da Escolha Racional que é a busca do ser humano pelo melhor caminho para chegar aos seus objetivos. A perspectiva desenvolvida nessa teoria é de que não haveria forma de separar a razão das emoções, por estarem inter-relacionadas e desse modo, a maneira dicotômica de compreender esses dois termos deveria ser desconsiderada para se pensar sobre discurso e argumentação, já que eles não são excludentes, ao contrário, poder-se-ia dizer que as emoções seriam fatores racionais.

É nesse sentido que diversos estudiosos da Análise do Discurso vêm trabalhando com as emoções dentro dos discursos argumentativos, como exemplo Patrick Charaudeau, Marianne Doury e Christian Plantin⁷².

Plantin (2010, p.58) esclarece que, juntamente com os fundamentos do “dever fazer”⁷³ e do “dever crer”⁷⁴, é possível argumentar emoções sob a égide do “dever experienciar”. Esse último termo estaria associado aos enunciados que poderiam levar determinado sujeito a sentir algo, como em “Gabriela ficou indignada porque o Estado tinha domínio sobre seu próprio corpo”. Nesse sentido, o trecho “o Estado tinha domínio sobre seu próprio corpo” justifica o termo de emoção “ficou indignada”, portanto, haveria argumentação de emoções “quando o discurso justifica a atribuição de um experienciado a uma pessoa”.

Embora seja difícil a delimitação do domínio da emoção, na Linguística, há um interesse pelo léxico das emoções, ou seja, pelas palavras utilizadas para designá-las. Em decorrência disso, os enunciados de emoções, cujo conceito é tomado por empréstimo da

⁷² Recentemente o autor publicou um livro dedicado aos aspectos emocionais do discurso. O livro é intitulado *Les bonnes raisons des émotions: principes et méthode pour l'étude Du discours émotivé* e foi lançado em 2011 pela editora Peter Lang.

⁷³ Plantin (2010, p. 57) esclarece que uma argumentação pode acarretar uma ação e exemplifica com o enunciado: “está ensolarado, vamos à praia”.

⁷⁴ Plantin (2010, p. 57) utiliza a expressão “as nuvens estão se dissipando, vai ter sol amanhã” para mostrar como a crença pode a crença aparecer na argumentação

teoria gerativa e da teoria do léxico-gramática, tornaram-se objetos de estudo para as teorias da argumentação (PLANTIN, 2010).

“Há argumentação de uma emoção quando a questão que emerge da confrontação discursiva se apoia sobre uma emoção e, como consequência, os discursos que são construídos pelas respostas visam a legitimar uma emoção” (PLANTIN, 2010, p. 60). Todavia, como pontua o autor, é necessário determinar quais são as condições de construção dos enunciados de emoção a fim de identificar a visada de um ato argumentativo.

Para ele, é preciso, antes de propor uma possibilidade de análise, verificar quais são os atores do texto, que podem ser percebidos como lugares psicológicos, além de determinar o que se entende por “termos de emoção”. Os lugares psicológicos são aqueles aos quais serão atribuídas eventuais experiências, ou seja, o locutor e o interlocutor referente à primeira e à segunda pessoa, além da figura do enunciador do discurso. A partir da regra da “sinceridade emocional” haveria certa relação entre as emoções atribuídas ao enunciador e às vividas pelo sujeito falante.

A emoção, muitas vezes, é expressa por um termo de designação direta, de forma bastante clara, como em “Luiz irrita Léia”⁷⁵. No entanto, pode ser expressa através de construções baseadas em índices linguísticos e em lugares comuns situacionais e atitudinais, sendo que ambos figuram como designações indiretas (PLANTIN, 2010).

Assim, é possível perceber emoções baseadas em índices linguísticos como verbos ou “termos de cores”. Esses últimos poderiam aparecer, por exemplo, em construções como “Pedro enrubesce”. Para o autor não há, necessariamente, uma atribuição de emoções a Pedro, já que este poderia simplesmente estar correndo ou ter consumido bebida alcoólica. Porém, dependendo do contexto, pode expressar uma emoção de vergonha ou de raiva. Já os primeiros poderiam ser exemplificados em “Pedro se consumia”. Esse tipo de enunciado faz “com que apareça um substantivo abstrato de sentimento, muito restringido pela escolha lexical do verbo” (BALIBAR-MRABTI *apud* PLANTIN, 2010, p. 63). Assim, é válido que se atribua a Pedro sentimentos como: “pesar, curiosidade, paixão, ódio, ciúme, raiva, remorso, tristeza” (PLANTIN, 20010, p. 63).

Além das percepções emocionais sob a égide dos índices linguísticos, há aquelas que podem ser associadas a lugares comuns situacionais e atitudinais. É importante ter em mente que “o discurso cultural liga alguns lugares comuns a algumas emoções” (PLANTIN, 2010, p.63). Os lugares comuns ou *topoi* podem aparecer como índices vinculativos de emoções,

⁷⁵ Há neste enunciado dois lugares psicológicos, “Luiz” e “Léia”, no entanto, a “irritação” é atribuída a apenas um desses dois lugares (Plantin, 2010).

como em: “Como suportarei o olhar de meus filhos? Nunca mais terei coragem de me olhar no espelho”. Esse *topos* parece transmitir um sentimento relacionado à vergonha (PLANTIN, 2010).

Da mesma forma, é possível perceber indícios de emoções em enunciados descritivos de atitude, já que alguns gestos são culturalmente convencionados e podem ser capazes de atribuir emoções ao agente do ato em questão. Assim, segundo Plantin (2010), atendo-se sempre ao contexto específico, se determinado sujeito abaixar a cabeça, pode-se entender, por exemplo, que há uma emoção de preocupação ou perplexidade.

É considerado como argumento todo enunciado que contém um ou vários traços argumentativos⁷⁶. Considerando o fato de que se trata de marcadores de orientação emocional, poderíamos denominar estes traços argumentativos emocionais de *patemas* (PLANTIN, 2010, p. 65).

A partir da importância do *pathos* e baseando-se nas considerações feitas por Lausberg, Plantin (2010) enumera três regras que visam suscitar emoções: regra sobre a emoção encenada; regra sobre a apresentação e a representação; e regra sobre a mimese.

A primeira regra estabelece que “o orador deve se colocar no estado emocional que ele deseja transmitir” (PLANTIN, 2010, p. 65). Assim, através do uso de exclamações, interrogações e interjeições, as emoções do orador tornam-se mais autênticas. A segunda regra relaciona a emoção à apresentação de “objetos emocionantes”, como um punhal ou a imagens de cenas emocionantes como em um filme de guerra. A terceira e última regra refere-se às situações em que há a incapacidade de mostrar imagens ou objetos emocionais que devem, portanto, ser substituídos por descrições ampliadas e exacerbadas através de meios cognitivo-linguísticos.

Seguindo as trilhas de Plantin, Marianne Doury (2007, p.188) colabora trazendo pesquisas relacionadas aos estudos das emoções e frisa que “há muito tempo a ciência era apreendida como incompatível com a emoção” e, por isso, o discurso científico, muitas vezes, ainda é visto como desprovido de emoções.

A imagem da ciência é fria, impessoal, não emocional [...]. Esta oposição entre emoção e razão pressupõe frequentemente uma hierarquia entre estes dois pólos, de tal forma que a emoção, primitiva, bestial, perigosa, desempenha um papel inferior ao da razão, sob o controle da qual deve ser colocada. A oposição entre razão e emoções é, ainda hoje, muito forte. Ela funda as normas que regem os discursos científicos e que lhes impõe um caráter impessoal: a fraca inscrição dos parâmetros da enunciação traduz-se pela ausência de pronomes em primeira pessoa, pela

⁷⁶ PLANTIN, Christian, *Essais sur l'argumentation*. Paris: Kimé, 1990.

recorrência da voz passiva, das nominalizações, dos enunciados assertivos (DOURY, 2007, p. 188).

Essas características discursivas podem ser vistas como um “reflexo” epistemológico científico, já que haveria alguns protocolos que regulariam as expressões de pensamentos que deveriam ser desprovidos de emoções. Apresentando as ideias de Besnier e Mulkay, a autora esclarece sobre a estrutura científica:

Sua objetividade, sua universalidade, a racionalidade atemporal e impessoal que geralmente a caracterizam, a apresentam como um universo à parte, fora de qualquer contexto social, cultural, e, sobretudo, sem qualquer sujeito, logo, sem qualquer emoção. Essa virgindade emocional da ciência não constitui uma descrição da prática científica efetiva. Ela pode ser considerada [...] como uma norma, um ideal a ser atingido, com o propósito de alcançar reconhecimentos concedidos pela comunidade científica; ela pode também ser vista simplesmente como uma construção ideológica à qual os cientistas teriam recursos para justificar em seu nome certas práticas (DOURY, 2007, p. 189).

Entretanto, como já demonstrado nesse Capítulo, é possível perceber através de uma análise discursiva “que a emoção pode funcionar argumentativamente em uma discussão de caráter científico” (DOURY, 2007, p. 197). Isso aponta para o fato de que não há virgindade emocional nesse gênero discursivo, não estando, portanto, isento de marcas de emoções. Nenhum discurso é neutro, mesmo quando se tenta apagar essas marcas. Assim, é possível persuadir o público utilizando crenças, conhecimentos compartilhados e os *topoi* sem, contudo, perder o caráter científico de uma discussão.

Doury (2007) expõe, por fim, baseando-se nos ensinamentos de Plantin (1997), alguns esclarecimentos sobre os enunciados de emoção que estariam associados a três pontos: um lugar psicológico da emoção, um indutor de emoção (uma causa); e, por último, a uma emoção mais ou menos especificada. Esses enunciados evidenciam “os aspectos emocionais [...] a fim de provocar no receptor uma resposta emocional adaptada” (DOURY, 2007, p. 193).

Por todo o exposto, a análise do *corpus* que será apresentada no próximo Capítulo sugere como as emoções encontram-se presentes e são reiteradamente utilizadas em discursos que, por sua natureza, costumam ser vistos, erroneamente, isentos de marcas de emoções. Ao contrário, no discurso jurídico tem-se que, justamente, são as emoções, ao lado dos fundamentos jurídicos, que podem modificar ou influenciar as opiniões e juízos dos operadores do Direito.

“*Ethos* e *pathos* estão juntos na empreitada da persuasão como provas pertencentes ao domínio do emocionar” (LIMA, 2006, p. 153). Aliado a essas provas, veremos também como

o *logos* se apresenta como uma prova da argumentação através dos estudos sobre a dimensão demonstrativa da argumentação.

4.1.3 A dimensão demonstrativa

Ao refletir acerca de uma dimensão da argumentação mais voltada para um uso mais técnico dos elementos e procedimentos discursivos, Lima (2006) relaciona a dimensão demonstrativa à acepção do *logos* e a todas as suas aplicações no discurso. Trata-se do lugar do uso das estratégias mais relacionadas à demonstração "que não dependeriam tanto do sujeito no sentido em que elas já existem independentemente de sua vontade" (2006, p. 155).

Entretanto, isso não significa dizer que o sucesso da persuasão prescinde da performance do orador, muito pelo contrário, os objetivos de uma argumentação não conseguem ser alcançados apenas através da "apresentação de elementos técnicos e por uma elaboração mais lógica de seu discurso" (LIMA, 2006, p. 155). As três dimensões coexistem e, respeitando as suas especificidades, contribuem para a formação do discurso argumentativo.

"Nesse sentido, embora se tenha construído, ao longo de nossa história, uma imagem da argumentação como dependente da razão, este aspecto mais racionalizante seria apenas uma de suas faces e não a sua totalidade, como se apregooou por muito tempo" (LIMA, 2006, p. 155). No *corpus* que será apresentado no próximo Capítulo, essa dimensão poderá ser fundada nos testemunhos, na utilização de literatura médica e científica e na própria referência que se faz ao texto da lei.

Lima (2006) refere-se a essa dimensão como tudo aquilo que é "passível de demonstração, de comprovação e mesmo de confirmação" (2006, p.155). Assim, toda a construção discursiva que utilizasse uma argumentação por indução, dedução, exemplos, analogia e os *topoi* estaria incluída nessa dimensão demonstrativa. Ressalta-se, entretanto, que a inclusão desses tipos de argumentos nessa esfera não significa que não há neles algo proveniente das outras dimensões.

Conforme a autora, Aristóteles já associava o *logos* à esfera demonstrativa e "desse modo, essa prova compartilharia com a demonstração de elementos ligados à lógica e convenceria por si e em si mesma, independentemente das circunstâncias e do tipo de interação" (LIMA, 2006, p. 156). Porém, a pesquisadora não compartilha a ideia de que o *logos* é capaz de convencer por si mesmo, já que a dimensão demonstrativa dependeria também dos sujeitos e das circunstâncias da situação comunicativa.

No mesmo sentido, Galinari (2007b) mostra que Aristóteles compreendia o *logos* como o próprio discurso e, ao atualizar esse ensinamento para os estudos da linguística moderna, o autor propõe que o *logos* “decorreria dos atributos materiais-textuais das línguas humanas, na sua dimensão *linguística* e *para-linguística*, somados aos raciocínios intelectualmente colocados pela sequência escritural” (2007b, p.232).

Dessa forma, *ethos* e *pathos* ligar-se-iam a um *logos* contextualizado podendo aparecer em diversos setores textuais como: nas diversas classes gramaticais (pronomes pessoais e demonstrativos, advérbios, adjetivos, substantivos, conectores, etc.); nos procedimentos sintáticos (voz passiva, negações, interjeições, etc.); na semântica (pressuposições e acarretamentos); e na estilística (ritmo, ênfase, sotaque, entonação, timbre da voz, etc.) (GALINARI, 2007b).

No Supremo Tribunal Federal, embora os Ministros possam utilizar recursos da dimensão patêmica e da dimensão da construção de imagem, eles se pautam, além do texto da lei, em outros textos dotados de cientificidade que são amparados pela dimensão demonstrativa da argumentação.

Desse modo, se a dimensão *patêmica* se detém no tratamento da emoção e a dimensão das *imagens de si e do outro* se debruça sobre a construção desse olhar sobre si e sobre o outro, a dimensão *demonstrativa* priorizaria uma organização mais técnica e mesmo mais racionalizante do discurso argumentativo. Ela se volta, então, para essas provas técnicas que não precisam ser criadas, que existem e são reconhecidas não necessariamente pelo universo de crenças do sujeito, mas por seu universo de conhecimento. Isto não implica que o sujeito seja impedido de criar a partir delas. Além do mais, essa dimensão prioriza um tipo de construção argumentativa ligada à dedução e à indução que levaria em conta os dois tipos de conhecimento do sujeito, uma vez que os *topoi* não repousam apenas em conhecimento, mas também em crenças (LIMA, 2006, p. 157).

Ressalta-se, por fim, que cada uma das dimensões apresentadas possui características próprias, mas que se comunica com as outras. Assim, é possível dizer que as três dimensões podem se entrecruzar para formar a argumentação.

Tais dimensões seriam fruto de processos de discursivização diferentes, mas em constante relação. Além disso, é preciso considerar na análise do discurso argumentativo que cada uma das dimensões é constituída de determinadas *visées* e, evidentemente, que recursos argumentativos diversos são engendrados pelos sujeitos (LIMA, 2006, p. 158).

A partir da exposição sobre as três dimensões constitutivas da argumentação, propõe-se, agora, partir para a análise do *corpus* selecionado neste trabalho que é composto pelos votos de quatro Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de

descumprimento de preceito fundamental número 54 a fim de verificar como o discurso jurídico pode ser construído.

5 A ARGUMENTAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: METODOLOGIA DE PESQUISA E ANÁLISE DO *CORPUS*

5.1 Apresentação do *corpus*

A escolha do discurso jurídico para o estudo sobre argumentação surgiu em razão de observações relacionadas à construção discursiva que a prática impõe aos operadores do Direito. É necessário que se produza um discurso de habilidosa argumentatividade para que as razões das partes sejam apreciadas pelo judiciário e seus pedidos sejam acatados, por mais verdadeiros que sejam os fatos narrados, já que na prática, é preciso argumentar em todas as situações.

Dessa forma, as decisões judiciais, que são elaboradas por Juízes, Desembargadores ou Ministros são baseadas na verossimilhança, pois se a verdade sobre os conflitos fosse conhecida pelo judiciário, caberia aos tribunais apenas registrar fatos e não solucionar litígios, como afirma Lima (2001). Os advogados das partes, portanto, precisam construir um discurso essencialmente argumentativo para obter a tutela almejada.

As decisões judiciais, tais como são definidas na doutrina, deveriam sempre ser imparciais, fundamentadas em dispositivos legais e baseadas em critérios precisos e objetivos que estejam em conformidade com um sistema de regras determinadas. Ocorre que isso nem sempre é o que acontece. Muitas vezes, o julgador decide de acordo com o seu "bom senso" e discricionariedade, além de, constantemente, ser influenciado por fatores extrajurídicos.

Assim, temos como objetivo verificar como é a construção argumentativa no discurso jurídico, mais especificamente nos votos de quatro dos dez Ministros que participaram do julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 relativo à possibilidade da antecipação terapêutica de feto já diagnosticado anencéfalo não ser mais considerada crime de aborto. Acreditamos que tal estudo poderá suscitar reflexões mais amplas a respeito da aplicação prática das normas e dos princípios jurídicos e de como a *doxa* pode estar presente na formação discursiva desse domínio.

Ao analisar o *corpus*, observamos que o Direito, que prima pela objetividade e coerência com seu sistema legal, pode ser influenciado por discursos difusos da sociedade e por elementos extrajurídicos que poderão, muitas vezes, levar o julgador a decidir, não apenas baseando-se em argumentos jurídicos e dispositivos legais, e sim, motivado por outros elementos não pertencentes à esfera jurídica.

A hipótese que será trabalhada neste Capítulo é de que o Direito não pode ser visto como uma ciência autônoma e livre de elementos metajurídicos que influenciam a prática do cotidiano forense, conforme determinava o Positivismo jurídico. Ou seja, não são apenas os elementos jurídicos estabelecidos e positivados em lei os responsáveis pela formação de opinião do julgador e pela construção de uma decisão judicial.

Desse modo, a proposta é estabelecer um diálogo entre o Direito e a Análise do Discurso no sentido de melhor compreender o discurso jurídico e suas relações com a *doxa*, bem como entender em que medida tais relações condicionam as ações judiciais, principalmente quando o objeto em questão é gerador de discursos divergentes nas esferas sociais.

O *corpus* selecionado para análise é composto pelos votos dos Ministros Marco Aurélio Mello, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e José Celso de Mello Filho que compõem parte da decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental número 54. O objeto pleiteado na ação é a interpretação do artigo 128 do Código Penal Brasileiro conforme a Constituição Federal no sentido de reconhecer que a interrupção terapêutica do parto de fetos anencéfalos enquadrar-se-ia nas hipóteses de excludente de ilicitude e, portanto, não configuraria crime de aborto.

Como fase inicial do procedimento de pesquisa, foi efetuada uma busca por possíveis decisões judiciais que envolvessem questões relacionadas à figura feminina, já que faz parte dos objetivos gerais desse trabalho verificar como esse específico grupo vem sendo tratado na instância judiciária.

Nesse sentido, a questão sobre o aborto de fetos anencéfalos mostrou-se relevante e polêmica, já que, além de ser uma problemática brasileira atual ligada ao gênero feminino, proporciona certa reflexão sobre os motivos os quais levaram o judiciário a se esquivar e não se pronunciar a respeito de um processo tão representativo no âmbito jurídico e social, que se encontrava pendente de julgamento há quase uma década.

Durante a nossa pesquisa, que se iniciou em 2011, o julgamento da ADPF n°54, o qual estava pendente desde 2004, foi finalmente marcado para abril de 2012. Esse fato modificou parcialmente o *corpus*, antes formado por relatórios, atas e sessões de debates, agora composto pelos votos de quatro dos dez⁷⁷ Ministros do STF que participaram das sessões de julgamento da ADPF n° 54.

⁷⁷ O STF é formado por onze Ministros e todos eles deveriam participar da votação, entretanto o Ministro José Antônio Dias Toffoli não atuou no processo por se declarar impedido, tendo em vista ter trabalhado no parecer da Advocacia-Geral da União em favor da ação proposta, à época em que exercia o cargo de advogado-geral.

Desde o julgamento, a proposta era proceder à análise dos votos escritos e juntados aos autos do processo que seriam disponibilizados em sua íntegra no *site* do Supremo Tribunal Federal, tais como fizeram os gabinetes dos Ministros Marco Aurélio Mello, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e José Celso de Mello Filho. Contudo, os outros seis Ministros não disponibilizaram seus votos até a presente data, o que levou à definição de critério de recorte e escolha dos votos para compor o *corpus*.

Ademais, ressalta-se que, em um primeiro momento, diante da indisponibilidade da íntegra dos votos no *site* do STF, foi realizada a análise dos votos orais dos Ministros Rosa Maria Weber, Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia Rocha, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes e Cezar Peluso proferidos nas sessões de julgamento. Entretanto, verificou-se que se tratava de gêneros discursivos diferentes, uma vez que se tinha disponíveis os quatro votos escritos e estes seis proferidos oralmente nas sessões de julgamento e apenas transcritos. Com isso, para o presente estudo que busca certa uniformidade na análise, não se poderia utilizar alguns votos escritos e outros proferidos oralmente, tendo em vista que os primeiros podem ser elaborados com mais rigidez teórica pois podem ser juntados aos autos posteriormente.

Por fim, a análise será dividida em eixos que apresentarão as linhas argumentativas mais exploradas pelos Ministros (são elas: as justificativas e motivações pela procedência ou improcedência do pedido; religião e laicidade do Estado brasileiro; saberes médicos e conhecimentos científicos; saberes jurídicos; e o universo feminino e os direitos das mulheres) que nos permitirão perceber como elementos extrajurídicos podem aparecer nas construções discursivas desenvolvidas pelos operadores do Direito.

Além disso, optou-se em nomear os Ministros através de siglas para que a leitura e entendimento ficassem mais claros. Assim, a letra M será utilizada para indicar ‘Ministro’ acompanhada do número indicador da ordem do proferimento de seu voto. Embora a análise pautar-se em torno dos votos dos Ministros Marco Aurélio de Mello (M1), Luiz Fux (M2), Ricardo Lewandowski (M3) e José Celso de Mello Filho (M4), segue abaixo o nome de todos os Ministros envolvidos na votação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, na ordem em que proferiram seus votos no julgamento.

- 1 – Ministro Relator Marco Aurélio Mello (M1)
- 2 – Ministra Rosa Maria Weber
- 3 – Ministro Joaquim Barbosa
- 4 – Ministro Luiz Fux (M2)
- 5 – Ministra Carmen Lúcia Rocha

- 6 – Ministro Ricardo Lewandowski (M3)
- 7 – Ministro Carlos Ayres Britto
- 8 – Ministro Gilmar Mendes
- 9 – Ministro José Celso de Mello Filho (M4)
- 10 – Ministro Cezar Peluso, à época presidente do STF

5.2 Análise do *Corpus*

5.2.1 Pela procedência ou improcedência do pedido: justificativas e motivações

No sistema judicial brasileiro, é necessário que os julgadores obedeçam ao princípio constitucional da fundamentação das decisões, já apresentado no Capítulo 2, o qual determina que as decisões devem conter os fundamentos jurídicos nos quais o julgador se baseou para decidir a questão. Além disso, sempre há o dispositivo da sentença ou do acórdão no qual está a conclusão do juiz que acolhe ou rejeita o pedido feito através da petição inicial.

Visto isso, pode-se notar que, nos votos selecionados para a análise, a maioria dos Ministros tende a justificar, em um primeiro momento, o que os motivou a votar pela procedência ou improcedência do pedido elaborado na petição inicial da ADPF nº 54. Talvez pela profundidade da polêmica envolvida no tema em discussão, eles buscam mostrar certa imparcialidade e explicam o porquê de terem adotado determinado posicionamento, para que seja possível diminuir e dirimir as dúvidas e os possíveis equívocos de interpretação pelos interlocutores.

M1, o relator do processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, é o primeiro Ministro a votar depois que o presidente do Supremo Tribunal Federal anuncia a abertura da sessão de julgamento. Seu voto se inicia com um trecho do *Sermão da Primeira Domingo do Advento* de Padre Antônio Vieira, datado de 1650:

e como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre (M1, p.31).

Esse excerto trata do tempo e de como é importante perceber que nem ele nem o mundo, em suas ordens constantes, param por momento algum. Então, determinadas situações devem ser tratadas na hora certa para que não ocorram eventuais prejuízos peremptórios e

preclusivos. O fragmento do texto logo no início do voto pode ter sido usado por três motivos que os justificam.

Primeiramente, o processo, cuja petição inicial chegou ao STF em 2004, demorou oito anos para entrar na pauta de julgamento do Tribunal. Esse fato mostra que M1 prima pela importância da finalização do julgamento em tempo hábil e rápido, já que até o momento havia demorado tanto para colocar na pauta de julgamento uma ação tão significativa que trata de uma questão que considera tão importante.

O segundo motivo poderia estar relacionado ao fato de a decisão tratar do momento da gravidez, a qual ocorre em período certo de nove meses, e por isso, o tempo sempre tem que ser levado em consideração. Isso principalmente se se pensar que a todo instante podem surgir novos casos na rotina médica que necessitem de amparo judicial e podem figurar como objeto nessa sessão de julgamento.

O terceiro e último motivo, justificado pelo próprio M1 no decorrer de sua manifestação, é a importância de lembrar que há uma possível anacronia da atual legislação penal que não prevê expressamente a anencefalia como excludente de punibilidade. Essa hipótese se dá, tendo em vista que, no momento da criação do Código Penal Brasileiro, não havia meios para detectar a anomalia, e, portanto, o referido diploma legal estava "em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes" (M1, p. 62) à época. Assim, M1 justifica dizendo que

o tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo (M1, p.63).

Cabe lembrar aqui o caso do HC n° 84.025, o primeiro processo a chegar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, já mencionado no segundo Capítulo desse trabalho, que pleiteava uma autorização judicial para Gabriela, uma garota de 18 anos, realizar a antecipação de parto, já que estaria grávida de um feto anencéfalo. Após a chegada do processo, o STF demorou tanto para incluir o caso na pauta de julgamento e decidir sobre o assunto, que o feto veio a nascer sobrevivendo por apenas sete minutos e, por isso, o objeto desse *Habeas Corpus* restou prejudicado.

Logo após, M1 destaca a importância do debate e mostra como o julgamento pode ser determinante para a história do Direito e da sociedade brasileira. Para isso, enuncia que “a questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal” (M1, p.31). A utilização dessa sentença pode significar

que tudo que será dito por ele e pelos demais Ministros em momentos posteriores não deve ser desconsiderado. Afinal, são palavras de juristas cuja imagem é dotada de autoridade e credibilidade.

Sabendo que no julgamento poderá haver posições opostas e votos que seguirão no sentido contrário ao seu, M1 revela a importância de se decidir sobre a questão e diz que “é inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade” (M1, p. 31).

Porém, de uma maneira aparentemente despropositada, já que pretende mostrar certa objetividade, M1 menciona que vários juízes, em diversos territórios brasileiros, têm decidido questões relacionadas ao tema optando pelas autorizações de interrupções gestacionais. Esse argumento é utilizado na tentativa de demonstrar aos interlocutores qual é a tendência das decisões que estão sendo aplicadas no Brasil e, portanto, que essas deveriam ser seguidas para a uniformização do entendimento jurídico.

No mesmo sentido, M1 afirma que “no caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente” (M1, p.33). O locutor, em uma enunciação delocutiva, apoia-se em uma informação que seria inequívoca e argumenta por analogia⁷⁸ no sentido conferido por Perelman em seu *Tratado da Argumentação*. Através desse procedimento discursivo, o Ministro procura apagar os traços de personalidade entre os interlocutores e atribui a responsabilidade a uma terceira voz. Porém, como veremos no excerto a seguir, mesmo ele tentando se eximir da responsabilidade pelo que está sendo dito, utiliza dados de pesquisas para sustentar sua defesa.

Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem (M1, p.31).

Nesse excerto, observa-se que o Relator faz um levantamento de dados reais e objetivos para justificar a necessidade da tutela jurisdicional que está sendo pleiteada na ADPF nº54. As informações trazidas são, conforme os ensinamentos de Doury (2007),

⁷⁸ Perelman percebe a analogia como uma similitude de estruturas. Assim, de uma maneira genérica, a fórmula da *Argumentação por Analogia* poderia ser expressa por: A está para B assim como C está para D.

indutores de emoção, uma vez que, ao retratar um acontecimento desencadeiam no interlocutor algum tipo de emoção. Essa emoção estaria ligada à “indignação” suscitada principalmente pela análise dos números que reforçam a intensidade e frequência da anencefalia como em "o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos"(M1, p.31), "um a cada mil nascimentos"(M1, p.31) e “a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia”(M1, p.31).

Essa mesma estratégia é utilizada por M2, o quarto Ministro a se pronunciar no julgamento, ao elencar dados que reforçam a importância de o STF pronunciar-se a respeito da questão como se vê em

com média de 8,6 fetos anencéfalos para cada dez mil nascimentos com vida. As autorizações judiciais para a interrupção da gravidez em situações semelhantes se multiplicaram em todo o país (M2, p.1).

Além de exaltar a importância do julgamento da ADPF nº54, os Ministros se preocupam em justificar de maneira consistente seus posicionamentos. Para isso, investem na elaboração de uma imagem de si. M1, por exemplo, antes que possa ter sua imagem vinculada a um cidadão e jurista que defende o aborto de maneira ampla, já refuta por antecipação⁷⁹ possíveis construções de imagens que serão feitas pela sociedade a seu respeito, pautando o seu entendimento em dizeres anteriores do renomado advogado Luís Roberto Barroso, responsável pela petição inicial do processo, destacando:

a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto(M1, p.32).

Ademais, no excerto acima, M1 protege sua face ao utilizar, além da expressão “tão somente”, um discurso relatado por outrem para diminuir a possibilidade de haver desvios de interpretação por parte dos interlocutores, principalmente da sociedade de maneira geral. M1 ressalta, ainda, que não está sendo discutida a possibilidade de aborto de fetos com potencialidade de vida extrauterina, ao contrário, discute-se apenas: se “cabe perquirir se há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto” (M1, p.33); se “a mulher que se submete à antecipação terapêutica do parto

⁷⁹ Lima (2001) explora amplamente a estratégia de “refutação por antecipação” em sua pesquisa de mestrado.

de feto anencéfalo deve ser presa” (M1, p. 33); e ainda “se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos procedimentos médicos ora em discussão” (M1, p.33). É interessante notar que, através da constante utilização de modalizadores por M1, todas as informações estão na ordem da possibilidade.

Além da tentativa de mostrar que o objeto em questão não é o aborto de maneira geral e, portanto, não devendo ter sua imagem associada a um defensor do aborto, M1 ressalta que o que está sendo proposto na demanda judicial não se trata, em hipótese alguma de “aborto eugênico”⁸⁰. Assim, o Relator afasta o uso dessa expressão por considerar indiscutível o “viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia” (M1, p. 32) e por esse item lexical possuir um “sentido negativo em referência a práticas nazistas” (M1, p.52).

Ampliando esse entendimento, M2 entende que o aborto é uma questão de saúde pública e é justamente essa categorização que resume um dos principais fundamentos de seu voto, que também segue os votos dos três Ministros anteriores no sentido da procedência do pedido elaborado na petição inicial.

No trecho a seguir, M2 também busca argumentar emoções para suscitá-las nos interlocutores e para isso relembra a “aflição” sentida pelas mulheres que passam pela situação considerada pelo Ministro como “lastimável”. O Ministro ressalta, ainda, que, na maioria das vezes, é a parcela pobre da população que sofre de maneira mais direta as normatizações que proíbem o aborto, já que as mulheres ricas são menos afetadas, pois poderiam pagar valores mais altos para resolver a questão em clínicas clandestinas que oferecem “certa” segurança, além de terem condições de serem acompanhadas por psicólogos. O aborto, segundo ele,

aflige em sua maioria as mulheres que compõem a parcela menos abastada da população, de modo que a questão deve ser tratada com uma política de assistência social eficiente, que dê à gestante todo o apoio necessário em uma situação tão lastimável, e não com uma repressão penal destituída de qualquer fundamento razoável (M2, p.18).

M3, por sua vez, é o primeiro dos dez Ministros a manifestar-se contra o pedido elaborado na Inicial. Portanto, seu voto segue no sentido de a antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos ainda continuar sendo crime no cenário jurídico brasileiro.

⁸⁰A expressão "Eugenia" foi criada por Francis Galton em seu artigo *Inquiries into human faculty and its development*, em 1973. A expressão se refere aos agentes que se encontram sob controle social os quais podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais de um determinado povo, em suas gerações futuras, tanto mental quanto fisicamente.

No Brasil, tornar-se Ministro do Supremo Tribunal Federal é o lugar mais alto a que um jurista pode chegar e a sua função gira em torno de solucionar conflitos de interpretações de normas existentes dentro do ordenamento jurídico. Por isso, logo no início de seu voto, M3 procura demonstrar a importância do exercício do cargo o qual ele ocupa no judiciário e, para isso, no início do capítulo 3 de seu voto, o Ministro faz uma referência a Xenófanes⁸¹ citando um de seus versos: “a verdade certa, homem nenhum conheceu, nem conhecerá” (M3, p.7). Para o Ministro, “conhecer o real implica interpretá-lo de alguma forma” (M3, p.7), assim, é de suma importância o exercício da atividade de interpretação das normas jurídicas por profissionais aptos.

No excerto abaixo, M3 reafirma que os textos legais só conseguem ter devido alcance jurídico quando lhes é dada a devida interpretação por quem tem notório saber jurídico e é nesse contexto que ele elabora seu *ethos* para se mostrar social e juridicamente importante, além de se colocar como pertencente ao grupo de juristas com notório saber.

A compreensão dos textos escritos, de um modo geral, incluída a dos livros sagrados e diplomas normativos, também exige um esforço hermenêutico daqueles que pretendem desvendar o seu exato sentido. No caso dos textos legais, raramente a *mens legis* se revela de imediato. Com efeito, na maior parte das vezes, o preciso significado de um preceito jurídico só pode ser alcançado mediante um esforço exegético que exige a combinação de vários métodos hermenêuticos: o gramatical, o sistemático, o histórico, o teleológico, dentre outros (M3, p.7).

Seguindo essa linha de raciocínio, M3 refere-se à problemática do aborto e mostra novamente a importância de se decidir sobre o tema. Assim como M1 e M2, M3 ressalta que a questão é controversa e problemática, por isso, deve ser julgada por aqueles que teriam capacidade para fazê-lo, incluindo ele mesmo.

Esse debate, como não poderia deixar de ser, também alcançou o nosso Parlamento, o qual se encontra profundamente dividido, refletindo, aliás, a abissal cisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria. Os congressistas, favoráveis e contrários ao aborto, têm entretido apaixonadas polêmicas, sendo certo que os representantes do povo, até o momento, não chegaram ainda a uma solução de consenso. Por essa razão continua em vigor o texto da legislação penal que, como visto, não admite, dada a clareza de seu enunciado, a ampliação das hipóteses do chamado aborto terapêutico pela via da exegese (M3, p.14).

No excerto acima, M3 mostra como o assunto ainda tem dividido não somente a opinião pública, como também a dos representantes do povo. Nesse sentido, ele ressalta que os congressistas favoráveis e contrários ao aborto “têm entretido apaixonadas polêmicas” (M3,

⁸¹ Filósofo grego nascido na cidade de Colofón. Viveu de 570 a.C. até 490 a. C.

p.14). Esse trecho é um claro exemplo de como a instância das crenças e os valores individuais podem afetar discussões que deveriam ser livres de subjetividade.

Além disso, é nesse mesmo momento que M3 parece antecipar ao interlocutor o modo como ele pretende votar, ou seja, pela improcedência do pedido, tendo em vista considerar que o texto da lei penal em vigor não permite ampliação das hipóteses do aborto terapêutico.

No mesmo sentido, baseando-se no argumento de que caberia ao Congresso Nacional a elaboração de leis que tratassem de forma minuciosa as questões sobre a anencefalia, M3 entende que não cabe ao STF decidir sobre o assunto, pois esse Tribunal estaria legislando no lugar do Poder Legislativo. O Ministro ressalta, ainda, que o pedido da arguente na petição que inicia a arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 54 não é que seja dada interpretação extensiva aos dispositivos do código penal e sim que a Suprema Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto.

Também reconhecendo a delicadeza do tema e principalmente a importância de uma decisão a ser tomada pela Suprema Corte, M4 constrói uma imagem de si que reforça sua experiência como jurista que “em 44 anos de atuação a área jurídica, primeiro como membro do Ministério Público paulista e agora, como juiz do Supremo Tribunal Federal” (M4, p.1) nunca participou de “um processo que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento”(M4, p.1).

No momento em que M4 vota, a maioria encontra-se instaurada, ou seja, já está definido o resultado final do julgamento, tendo em vista que ele é o nono Ministro a votar e apenas um deles havia votado pela improcedência do pedido. M4 reforça que, com esse julgamento, as mulheres não estarão livres das dramáticas vivências ocasionadas pela gravidez anencéfala, mas estarão livres, pelo menos, de sofrerem punições da esfera judicial.

*Este é um julgamento **que se mostra fiel** “ao espírito de nossa era e à realidade de nossos tempos”, **pois reflete a esperança** de um número indeterminado de mulheres que, **embora** confrontadas com a triste e dramática situação de serem portadoras de feto anencefálico, **estão a receber**, hoje, *aqui e agora*, **o amparo jurisdicional** do Supremo Tribunal Federal **que lhes garante** o exercício, *em plenitude*, do direito de escolha **entre** prosseguir no curso natural da gestação **ou** interrompê-la, *sem receio*, **neste** caso, de sofrer punição criminal **ou** *indevida interferência* do Estado em sua esfera de autonomia privada. ⁸² (M4, p.2).*

Os excertos acima selecionados mostram como os Ministros que participaram da sessão de julgamento da ADPF n° 54 elaboraram parte da argumentação pautada em dois importantes pontos: o primeiro estaria relacionado à alta posição que eles ocupam no cenário

⁸² Realces do autor.

jurídico brasileiro e como eles se veem e se mostram importantes, possuidores de notórios saberes nessa área de conhecimento e capazes de decidirem questões complexas. O segundo ponto seria a tentativa de se mostrarem isentos de subjetividade e de influências provenientes de suas crenças individuais.

5.2.2 Linha argumentativa: Religião e Laicidade do Estado Brasileiro

Após a verificação dos argumentos utilizados pelos Ministros com o objetivo de justificar as motivações que os levaram a votar pela procedência ou improcedência do pedido, foram selecionados os temas mais explorados em seus votos como a Religião, a Ciência, o Direito e questões associadas ao gênero feminino.

A partir disso e dando prosseguimento à análise proposta, os argumentos trabalhados nesse tópico são associados ao axioma de que a República Federativa do Brasil é um Estado laico e não deve se pautar em crenças religiosas para decidir assuntos de interesse público.

Nesse sentido, M1, após justificar, preliminarmente, sua posição a respeito do tema em discussão, inicia o primeiro capítulo de seu voto denominado “*A República Federativa do Brasil como Estado laico*” com um trecho do Evangelho de São Marcos, capítulo XII, versículos 13 a 17: “Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”. É interessante notar que o primeiro argumento utilizado por M1 para explicar que as decisões estatais devem estar dissociadas de crenças religiosas é uma citação bíblica. A intenção do jurista ao utilizar o discurso religioso, que é tão dogmático como o discurso jurídico, seria, talvez, mostrar que no próprio Livro Sagrado é possível depreender que Estado e religião devem ser apartados e um não pode determinar formas de condutas no universo do outro. Mostrar que o Estado está associado ao público e as crenças religiosas às esferas individuais é importante para a desconstrução de todos os possíveis argumentos religiosos que poderiam ser trazidos, posteriormente, ao julgamento.

Além de refutar por antecipação possíveis argumentos de cunho religioso os quais poderiam aparecer no voto de algum dos Ministros que ainda iriam se manifestar, a citação parece ser utilizada, por M1, com o propósito de responder a outras vozes provenientes de determinados grupos sociais os quais são contra a antecipação do parto de anencéfalos e que se utilizam de propósitos e crenças religiosas para se justificarem.

M1 procura, então, demonstrar momentos nos quais Estado e Igreja se confundiram e, através de um levantamento histórico, explicita alguns destes. No excerto abaixo, o Ministro

Relator faz referência ao texto constitucional de 1824 no qual constam referências expressas à Religião Católica.

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, inicia-se com “EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE” e, no artigo 5º, preconiza que “A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo [...]. Antes de ser aclamado, cabia ao Imperador realizar o juramento de manter a religião Católica como oficial e nacional (M1, p.34).

Através de pesquisas históricas, M1 atribui credibilidade à sua argumentação, e traz, por exemplo, em sua explanação uma correspondência entre Dom Marcelo Costa, Bispo do Pará, e Ruy Barbosa, Ministro do Governo Provisório – na transição do Império para a República – incumbido este último de redigir o decreto do qual adviria a separação entre o Estado e a Igreja. Na carta tem-se a evidente tentativa de a Igreja Católica fazer com que não seja decidida em sede de Governo Provisório uma ruptura entre Estado e Religião. M1 cita um pequeno trecho do documento:

Não desejo a separação, não dou um passo, não faço um aceno para que se decreto no Brasil o divórcio entre o Estado e a Igreja. Tal decreto alterando profundamente a situação da Igreja poderia causar grande abalo no país. Talvez fosse de melhor prudência, de melhor política e até mais curial reservar esse assunto para a próxima assembléia constituinte. Mas, se o Governo Provisório está decidido a promulgar o decreto, atenda-se o mais possível à situação da Igreja, adquirida entre nós, há cerca de três séculos. É evidente que sob o pretexto de liberdade religiosa não devemos ser esbulhados (M1, p.37).

Além de toda a dificuldade trazida pela Igreja em ver-se separada do Estado, “a laicidade, que não se confunde com laicismo, foi finalmente alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891” (M1, p. 37) que preconizava que o Estado não iria mais “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos” (art, 11, § 2º, CR/1891). Em nota, M1 deixa claro que laicismo designa uma atitude hostil do Estado para com a religião. A partir desse momento, os demais textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo e, “na mesma linha, andou o constituinte de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, embora, àquela altura, já estivesse arraigada na tradição brasileira a separação entre Igreja e Estado” (M1, p. 38).

Porém, mesmo diante da intenção de (re)afirmar a República Federativa do Brasil como um Estado laico, M1 mostra que ainda há referências à religião Cristã pelo Estado e

pela própria Constituição. Esse argumento é autorizado pela citação do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Preâmbulo, CF/88).

M1, entretanto, esclarece que mesmo diante de o Preâmbulo da Constituição da República de 1988 fazer referência a Deus, essa não foi a posição abraçada pelo Supremo Tribunal Federal que, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, explicitou “que a menção a Deus carece de força normativa” (M1, p.40). M1 reafirma seus dizeres utilizando a voz de outra autoridade jurídica, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que havia asseverado que a

locução ‘sob a proteção de Deus’ não é norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigações para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato jactanciosa e pretensiosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do país (M1, p. 40).

Sobre o assunto, M1conclui que “Deuses e Césares têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro”(M1, p. 41).

Além da evocação a Deus na Constituição Federal, M1 faz referência “aos crucifixos e a outros símbolos religiosos nas dependências públicas” (M1, p.41) e, ao argumentar a emoção de “perplexidade” (M1, p.41), mostra a discrepância na utilização da expressão “Deus seja louvado” contida nas cédulas da moeda real. “Vê-se, assim, que, olvidada a separação Estado-Igreja, implementou-se algo contrário ao texto constitucional” (M1, p. 42).

Embora não signifique alusão a uma religião específica, “Deus seja louvado” passa a mensagem clara de que o Estado ao menos apoia um leque de religiões – aquelas que creem na existência de Deus, aliás, um só deus, e o veneram –, o que não se coaduna com a neutralidade que há de ditar os atos estatais (M1, p. 42).

Para a finalização do primeiro capítulo de seu voto, M1 afirma que questões “morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada” (M1, p. 44). Nesse sentido, ele argumenta utilizando-se como exemplo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

nº 3.510 – na qual se debateu a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias –, em que o Supremo primou pela laicidade, devendo o assunto da anencefalia ser decidido de forma equivalente não se submetendo à Religião.

Além disso, foi entendido que “as autoridades incumbidas de aplicá-lo (o Direito)⁸³ devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções, as suas próprias convicções religiosas” (M1, p. 44). É esse o momento em que M1 parece desejar aparentar certa neutralidade, não se apoiando em nenhuma crença religiosa e sim em argumentos mais ligados à esfera científica, como veremos no próximo tópico.

M2 também retoma elementos bíblicos para embasar sua argumentação e, para isso, utiliza termos próprios do Cristianismo para comparar a situação da mãe de um anencéfalo à vivida pela mãe de Cristo. Isso ocorre, por exemplo, ao dizer que a mulher “que carrega em seu ventre um filho já fadado a não resistir à doença que lhe acomete” (M2, p.4) passa por situação semelhante à “*via crucis*”. Esse argumento suscita emoções no interlocutor tendo em vista estar apoiado em uma seleção lexical muito representativa de acontecimentos bíblicos, como a referência que se faz aos momentos anteriores à morte de Jesus Cristo.

Para os Cristãos, esse foi o momento de maior dor na história do Novo Testamento e a maior prova pela qual uma mãe poderia passar: acompanhar a trajetória da morte certa de um filho. Essa estratégia argumentativa é reforçada em trechos subsequentes do voto de M2 com a utilização do *topos* “quanto maior o calvário, maior a dor” (M2, p.8) e com a expressão “do qual resultam chagas eternas” (M2, p.8).

A escolha dos argumentos religiosos produz dois possíveis efeitos nos votos. Ao mesmo tempo em que se pretende julgar de maneira objetiva, não levando em consideração as crenças individuais de cada membro, tem-se que os próprios contextos religiosos são utilizados para reforçar e fortalecer o discurso decisório proferido. Dessa maneira, pode-se notar a frequência que pensamentos imaginários religiosos foram explorados pelos Ministros a fim de provocar os interlocutores, suscitando-lhes emoções que pudessem fazer com que os demais Ministros sigam os proferimentos anteriores.

⁸³ Esclarecimentos nossos.

5.2.3 Linha argumentativa: Saberes médicos e conhecimentos científicos

A terceira linha argumentativa escolhida para ser trabalhada nesta pesquisa está relacionada à utilização de conhecimentos pertencentes às ciências médicas. Esses argumentos aparecem na maioria dos votos que compõem a decisão e autorizam grande parte da fundamentação dos votos por lhe conferirem credibilidade. Ao se apropriarem em manifestações de especialistas em anencefalia e na literatura médica correspondente, os Ministros, muitas vezes, conseguem justificar seus posicionamentos, atribuindo-lhes amparo científico que vai além de suas percepções subjetivas e desvinculam as crenças e os "achismos", como veremos a seguir.

O segundo capítulo do voto de M1 é intitulado de *A anencefalia* e foi escrito para discorrer sobre os conceitos da anomalia, seus diagnósticos e prognósticos. É através da apropriação do *logos* que M1 consegue oferecer um caráter mais técnico à sua argumentação, já que ele demonstra ter o conhecimento científico necessário através da utilização de itens lexicais e dizeres provenientes da literatura médica e de seus maiores especialistas. Nesse sentido, M1 elabora uma imagem de si associada ao conhecimento específico e certo sobre o objeto principal da demanda, para conferir-lhe credibilidade.

O Relator, portanto, seleciona dizeres de médicos renomados, por considerá-los suficientemente esclarecedores e inquestionáveis, fazendo com que não se percebesse os efeitos provenientes do *pathos*. Todavia, mesmo diante de um enunciado pautado em uma argumentação de caráter científico e construída a partir de itens lexicais científicos a emoção pode ser suscitada.

Esse cruzamento das três dimensões constitutivas da argumentação que suscita emoções no auditório pode ser demonstrada em: “isto é morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral [...]” (M1, p.47). Nesse trecho, o Relator equipara a ocorrência da anencefalia com a morte cerebral e é através da utilização da palavra “morte” e de sua derivação “morto”, as quais apresentam uma carga negativa, que ele leva o interlocutor a sentir o “peso” de um bebê que já pode ser considerado um ser morto dentro do próprio útero.

Em um momento posterior, ainda se referindo às características de um anencéfalo, M1 continua: “faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, [...] consciência, cognição, vida relacional, comunicação,

afetividade e emotividade” (M1, p.47)⁸⁴. Esse excerto evidencia inúmeros aspectos presentes na vida de qualquer ser humano e, a partir disso, tenta suscitar tristeza, dó e até mesmo inconformidade, diante da inexistência de todos esses aspectos em um bebê. “O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa”(M1, p.50).

M1 e M2 relembram, ainda, o caso de Marcela, uma suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias e que é um dos grandes argumentos difundidos pelos grupos que são contra o abortamento. Para refutar por antecipação esse argumento, ambos os Ministros já esclarecem que no caso não se trata de anencefalia e sim de uma meroencefalia, a qual não caracteriza a ausência total de cérebro, somente a ausência parcial desse órgão, a qual, apesar de causar diversas deficiências, é plenamente compatível com a vida humana.

Como estratégia de proteção de face, M1 continua sustentando a sua argumentação sob a égide das dimensões patêmica e demonstrativa a fim de combater um possível caráter eugênico de seu enunciado:

não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais. Enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia (M1, p.53).

A enumeração de diversas deformidades fetais mostra que o caso em tela só se relaciona a uma única e específica deformidade que é considerada incompatível com a vida extrauterina. Não se trata, portanto, de outras deficiências fetais que são plenamente aceitáveis após o nascimento, e sim de uma deficiência que certamente impede o gozo de qualquer possibilidade de vida extrauterina. Nesse sentido, a imagem do locutor, devidamente protegida, não poderia ser associada de forma alguma a partidários do aborto de caráter eugênico, muito menos da maneira como era defendido pelos regimes fascistas.

Além disso, outro argumento constantemente trabalhado pelos grupos “pro-vida” do feto relaciona-se ao fato de que a obrigatoriedade dos nascimentos de anencéfalos seria útil para a realização de doação de órgãos para outros bebês que, por ventura, necessitassem daqueles. Assim, o bebê recém-nascido que tem a certeza de morte doaria seus órgãos a outros bebês que precisassem de transplantes de coração, rins e outros. M1, no entanto, desconstrói esse pensamento utilizando, mais uma vez, informações provenientes de autoridades médicas ao dizer que o anencéfalo é “comumente portador de diversas outras

⁸⁴ SHEWMON, David A., *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hasting Cent Rep, 1988.

anomalias” (M1, p.58) e possui “órgãos menores do que os de fetos saudáveis” (M1, p.58) o que “praticamente impossibilita a doação de órgãos” (M1, p.58)⁸⁵.

Dessa forma, M1 demonstra a ilogicidade de permitir que uma gravidez deva chegar até o fim com a finalidade exclusiva de doação de órgãos. No mesmo sentido, M2 também constrói o seu voto conceituando a anencefalia, no entanto, amplia o raciocínio argumentativo baseado em saberes médicos e científicos ao discutir conceitos da Bioética. A definição utilizada por ele é encontrada na *Encyclopedia of Bioethics*⁸⁶ que define Bioética como “o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo a visão, as decisões, a conduta e as políticas – das ciências da vida e do cuidado da saúde, empregando uma variedade de metodologias éticas em um contexto interdisciplinar” (M2, p.2).

Essa definição mostra a preocupação de M2 em aduzir a importância de as diversas áreas de conhecimento serem vistas e estudadas sob um ângulo interdisciplinar, de forma que os campos das ciências biológicas, da ética, da moral e do Direito andem juntos auxiliando-se mutuamente.

Ao argumentar a emoção “lástima”, M2 refere-se aos índices científicos que mostram o alto nível de ocorrência da anencefalia e que apenas uma minoria de fetos chega até o final da gestação. Entre aqueles que conseguem nascer, a vida perdura por pouco tempo, normalmente, apenas por minutos, e isso seria incomparável com os longos nove meses esperados pela mulher na gravidez.

Lastimavelmente, são poucos os casos em que o infante anencefálico sobrevive por um considerável período fora do útero materno. Estudos feitos a partir de dados coligidos entre agosto de 2000 e julho de 2010 no Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher (CAISM/Unicamp) indicaram que 94% dos recém-nascidos com essa deformidade (já excluídos os que sequer sobreviveram até o parto) faleceram nas primeiras 24 horas após o nascimento; destes, 67% morreram na primeira hora. A média de vida calculada foi de 51 (cinquenta e um) minutos⁸⁷ (M2, p.5).

No excerto acima, além da argumentação pelo termo de emoção "lástima", no sentido conferido por Plantin (2010), que justifica a atribuição de um experienciado ao locutor, há o levantamento de dados objetivos que apresentam números científicos capazes de suscitar

⁸⁵ Cf. Dr. Salmo Raskin, Médico pediatra e geneticista, especialista em Genética Molecular pela Universidade de Vanderbilt, Estados Unidos, especialista em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Médica, doutor em Genética pela Universidade Federal do Paraná e Dr. José Aristodemo Pinotti, Médico sanitário, especialista pelas Univesidades de Florença e Milão, Itália, e pelo Institute Gustave Roussy de Paris.

⁸⁶ New York: MacMillan Editorial Reich, 1995, Rev. Ed., v. 1, p. XXI apud SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. Direitos Fundamentais e Biotecnologia. São Paulo: Método, 2008. p. 48.

⁸⁷ MACHADO, Isabela Nelly; MARTINEZ, Sílvia Dante; BARINI, Ricardo. Anencephaly: Do the Pregnancy and Maternal Characteristics Impact the Pregnancy Outcome? In: *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. International Scholarly Research Network, ISRN. Obstetrics and Gynecology, Volume 2012, Article ID 127490.

emoções semelhantes às sentidas pelo locutor, se se levar em consideração a regra da sinceridade emocional, elaborada pelo mesmo autor.

Nessa linha argumentativa que enquadra os saberes médicos e científicos explorados pelos Ministros para a construção de seus respectivos votos, vale lembrar a justificativa de M1 sobre o fato de a anencefalia não se encontrar descrita no Código Penal Brasileiro como excludente de ilicitude. M1 pauta-se na ideia apresentada na petição inicial de que à época da criação e reforma desse diploma legal não havia meios próprios que possibilitariam a detecção dessa anomalia fetal nem o diagnóstico de outras anomalias incompatíveis com a vida extrauterina.

Entretanto, M3 refuta o argumento de M1 dizendo que à época existiam sim meios para detectar degenerações fetais e, para isso, utiliza informações de uma pesquisa⁸⁸ as quais demonstram que “os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina” (M3, p.5-6).

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados (M3, p.6).

A partir do excerto acima é possível perceber que M3 atribui a responsabilidade de não enquadrar a hipótese da anencefalia no Código Penal ao Congresso Nacional, representante legítimo do povo. De forma que, se havia meios para a descoberta da anomalia e não houve o interesse pelos parlamentares em incluí-la como excludente de ilicitude no Código Penal à época de sua criação, é porque o “povo” não demandava tal proteção jurídica. Ademais, M3 exalta a capacidade e a condição dos parlamentares na criação e alteração das leis, atribuindo ao texto um aposto composto por itens lexicais fortes e significativos quais sejam, “legítimos representantes da soberania popular” (M3, p.6).

M3 alega, ainda, que a anencefalia não é a única doença congênita letal e, por isso, não poderia ser enquadrada nas hipóteses de excludentes de ilicitude do código penal sem que

⁸⁸ <http://www.bsc.gwu.edu/mfmu/history.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2012.

todas as outras também fossem incluídas. Para isso, utiliza os ensinamentos do Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, que lhe conferem credibilidade para falar sobre o assunto⁸⁹:

A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênicas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte⁹⁰ (M3, p.16).

Para M3, se for aberta a possibilidade de isentar a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos da sanção do crime de aborto, estar-se-ia “abrindo as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina” (M3, p. 16-17). Esse trecho pode preocupar os interlocutores, tendo em vista que não se quer generalizar os efeitos da decisão ampliando para as demais anomalias fetais. Então, o orador alerta para o risco, caso se admita a inserção da anencefalia como excludente de punibilidade.

Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas (M3, p. 17).

O último trecho selecionado para ser tratado nesse tópico comprova como o discurso decisório pode ser formado por elementos que podem comover o auditório. No caso, as emoções de medo ou terror podem ser suscitadas, tendo em vista a associação, feita por M3, da falta de lei devidamente aprovada pelo Parlamento à rocha Tarpéia que, no período Romano era considerada um local de execução.

Além disso, M3 equipara a situação dos fetos anencéfalos às crianças fracas ou debilitadas que eram atiradas do alto da rocha de Tarpéia sem chance de defesa apenas por não corresponderem ao ideal físico esperado pelos antigos romanos. A cena forte é descrita por meio de uma seleção lexical que causa revolta: "retroceder" (M3, p.17), "antigos romanos" (M3, p.17), "lançavam para a morte" (M3, p.17), "crianças consideradas fracas ou debilitadas" (M3, p.17).

⁸⁹ Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

⁹⁰ Transcrição de trecho da Audiência Pública realizada no STF, realizada no dia 26 de agosto de 2006.

Tendo em vista todos os trechos escolhidos para a análise nesse tópico, é possível perceber como a utilização de argumentos de autoridade e baseados nos conhecimentos médicos e científicos a respeito da anencefalia são capazes de conferir credibilidade aos votos de uma maneira objetiva e, ao mesmo tempo, tocar seus interlocutores na expectativa de que esses sigam o locutor e votem no mesmo sentido que eles.

5.2.4 Linha argumentativa: saberes jurídicos

Para a composição da linha argumentativa que denominamos "saberes jurídicos", utilizamos as referências existentes nos votos dos Ministros relacionadas às fontes do Direito⁹¹. Para isso, selecionamos algumas referências à lei constitucional ou infraconstitucional, à doutrina e à própria jurisprudência.

Em uma ação judicial na qual se discutirá a possibilidade do aborto de fetos anencéfalos não ser mais considerado crime no ordenamento jurídico brasileiro, obviamente, o direito constitucional à vida é constantemente invocado, já que é considerado um dos princípios norteadores do Direito brasileiro. Entretanto, M1 já desconsidera esse argumento para o caso em questão, tendo em vista que, para ele, “anencefalia e vida são termos antitéticos” (M1, p.60). Ou seja, não existe expectativa de vida extrauterina do feto, portanto, este não é e não será titular do princípio constitucional.

Logo, ao iniciar o capítulo 4 de seu voto, M1 argumenta por analogia ao relembrar o voto do também Ministro Joaquim Barbosa – que ainda iria se declarar na ADPF n°54 – no já mencionado *habeas corpus* n°84.025/RJ. A referência que ele faz à expressão “o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica” (M1, p.60) é utilizada com duas finalidades: assegurar que o Ministro Joaquim Barbosa, que ainda iria votar, siga coerentemente o seu voto, não se mostrando contraditório às declarações já feitas em períodos anteriores. Além disso, pretende-se mostrar para os outros Ministros que todo o seu posicionamento encontra-se pautado também em pensamento de outro jurista com notório saber jurídico. M2 também faz menção ao voto do Ministro Joaquim Barbosa com as mesmas finalidades, além de reforçar as imagens de julgadores prudentes que se pautam em referências meritocráticas.

⁹¹ Fontes do Direito é a expressão utilizada para descrever os modos de formação das normas jurídicas, ou seja, como o sistema do ordenamento jurídico as absorveu. São, por exemplo, a lei, a jurisprudência, a doutrina e os costumes.

Com os mesmos objetivos, M1 reutiliza a estratégia argumentativa citando um trecho de um livro jurídico⁹² cuja coordenadora é a Ministra Cármen Lúcia, que também irá se manifestar na ADPF nº54: “há que se distinguir [...] ser humano de pessoa humana [...] O embrião é [...] ser humano, ser vivo, obviamente [...]. Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana” (M1, p.67). Portanto, ao final, M1 já terá mostrado aos seus interlocutores que há mais dois Ministros que, provavelmente, votariam pela procedência do pedido.

No mesmo sentido e com a finalidade um pouco mais ampla que o argumento anterior, M1 refere-se ao outro julgamento realizado pelo STF acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias. Nesse julgamento, o tribunal proclamou que quando a Constituição “se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’” (M1, p.63). A partir dessa decisão, o Supremo não poderia decidir em sentido contrário na arguição nº 54 porque poderia ser considerado contraditório. M1 conclui a referência ao processo anterior dizendo: “É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa” (M1, p.64).

Para finalizar a sua argumentação atrelada a saberes jurídicos, M1 cita a Lei nº 9434/97⁹³, a qual trata da doação de órgãos e diz “ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral” (M1, p.65). E é nesse sentido e em meio a essa construção argumentativa, que as emoções aparecem em diversos momentos:

⁹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.), *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência* In: *P Direito à vida Digna*. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 22-24.

⁹³ Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia.

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário (M1, p. 65).

No excerto, verificamos que M1 elabora seu *ethos* como sendo de um julgador ponderado que pensa, além das razões jurídicas e científicas, nas razões provenientes de toda a sociedade, admitindo linhas de pensamentos contrárias às dele. Assim, como um homem político e correto, coloca a decisão “na mão” do tribunal para que este faça a devida ponderação entre os valores que estão em jogo. Além disso, a dimensão patêmica entrelaça com a dimensão da construção de imagens fazendo com que os demais Ministros sintam a emoção de que mesmo havendo opiniões divergentes na sociedade seja necessário decidir em prol de um bem comum. Ao argumentar as emoções “amor” e “respeito”, M1 mostra que todas as decisões deixarão uma parte da sociedade satisfeita e outra não, mas que é necessário ouvir os pensamentos sociais difusos e recebê-los de uma forma adequada à sociedade. No mesmo sentido, M1 ainda tenta mostrar como é importante a ponderação dos valores constitucionais trazidos na decisão, quais sejam, a "vida" de um feto que irá morrer logo ao nascer e os direitos de dignidade, liberdade, saúde e reprodutivos de milhares de mulheres no Brasil.

No mesmo sentido, vale trazer novamente reflexões acerca do Positivismo jurídico cujo conceito já foi discutido no Capítulo 2 desse trabalho. O Positivismo há muito tempo tem sido substituído por correntes de pensamentos mais atuais que levam em consideração teorias elaboradas por outras esferas de conhecimento. Dessa forma, o Direito, que regula as relações sociais, não deve ser visto como uma ciência imutável e completa em si mesma. O fato de Ministros do Supremo Tribunal Federal ainda estarem vinculados aos conceitos positivistas, causa, talvez, o engessamento do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, das interpretações de leis que já não se aplicam mais às relações, cada vez mais complexas, da sociedade brasileira.

Mesmo deixando claro esse pensamento positivista, M1 e M2 não isolam completamente o Direito das demais ciências, mas entendem que essas não podem ditar normas de aplicação no judiciário, mas, apenas, talvez, orientá-lo. Portanto, toda essa discussão não pretende colocar o Direito como alheio intangível ou superior no que se refere aos outros saberes, mas apenas estabelecer os seus pressupostos e necessidades próprias.

Após essas considerações, é preciso pensar em como o conceito “vida” é tratado na legislação brasileira e se há uma gradação na importância da vida protegida como bem jurídico. Se analisarmos o Código Penal Brasileiro, veremos como existem diferentes níveis de reprovabilidade em relação à vida, se elencarmos todas as penas de crimes contra a vida existentes na legislação. É possível perceber como as penas para os crimes de homicídio, infanticídio, aborto e auxílio ao suicídio são muito diferentes, mesmo que o bem jurídico tutelado seja o mesmo, ou seja, a vida.

O argumento de que o direito à vida é um princípio absoluto e inquestionável é, muitas vezes, desconstruído. Por exemplo, o sofrimento da mãe em estado puerperal é, em alguns momentos, levado em consideração quando o legislador atribui uma pena muito menor a um infanticídio que a um homicídio. Este, por sua vez, tem uma pena muito maior que o aborto, isso mostra que a relação social com o cidadão é maior que a relação da sociedade com o feto. Além disso, em casos de estupro, é permitido à gestante optar pelo aborto, mesmo que o feto seja plenamente viável e com total possibilidade de vida extrauterina. M2, ao adotar os ensinamentos de Alexy⁹⁴, amplia a aplicação prática do Direito ao dizer “que não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais” (M2, p. 5)

Na dimensão de construção de imagens, M2 apoia-se nos conhecimentos difundidos por Dworkin e Habermas ao condenar uma “postura beligerante” e radical em relação ao direito à vida ou ao direito de escolha. Com a intenção de construir uma imagem de si ligada à prudência e à ponderação, afirma que se deve “aceitar o pluralismo das visões de mundo e propor uma plausível perspectiva de mediação entre os dois extremos” (M2, p. 3). M2 adota uma postura jurídica minimalista, tendo em vista o fato de que o “Tribunal está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida” (M2, p. 4), como podemos ver no trecho abaixo que tem um apelo à razão para ser utilizada como um argumento para a afirmação:

Não se coaduna com a sociedade moderna, racional e organizada, um intuito punitivo desenfreado, desconectado da função preventiva da reprimenda e da necessidade de reservar para o Direito Penal apenas aquelas situações realmente aviltantes para a vida em comunidade, em relação às quais outros ramos do direito não logrem êxito em equacionar a controvérsia (M2, p. 18).

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 106.

M3, por sua vez, ressalta a importância das leis infraconstitucionais serem interpretadas conforme a Constituição Federal. Para ele, nenhuma norma deve ser excluída do ordenamento jurídico, apenas ter sua interpretação adequada aos princípios constitucionais. Reforçando essa teoria, o Ministro utiliza os ensinamentos de Konrad Hesse, segundo o qual “uma lei não deve ser considerada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição” (M3, p. 8)⁹⁵. Esse entendimento mostra a necessidade de o legislador e de os operadores do Direito obedecerem aos ditames constitucionais, “sem, contudo, deixar-se de lado, ao interpretar a lei, as questões políticas, econômicas e sociais correspondentes ao contexto fático sobre as quais as normas da Constituição incidem” (M3, p. 9).

Assim, a grande discussão que M3 traz em seu voto é de que os responsáveis por interpretar a lei não podem assumir funções que não lhes competem: “não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele” (M3, p. 11).

Este tópico nos permite verificar que a todo momento os Ministros se preocupam em utilizar argumentos embasados na lei ou associados a outras fontes do Direito para justificarem seus votos. É aqui que o princípio da fundamentação das decisões se estabelece, garantindo a segurança jurídica para a sociedade brasileira.

4.2.5 Linha Argumentativa: o universo feminino e os direitos das mulheres

Parece certo dizer que em casos de gravidez anencefálica é a figura feminina e a sua condição de ser mãe que está sempre no foco principal da discussão e é por isso que selecionamos alguns trechos dos votos para análise, nos quais os Ministros parecem estar atentos à condição feminina no sistema jurídico brasileiro.

No caso em questão, não é possível dizer que os Ministros consideram a mulher mais protegida juridicamente em detrimento do feto. Todavia, é inegável reconhecer que é a mulher, mãe e gestante que passa pelos maiores riscos em uma gravidez diagnosticada como inviável.

Além dos riscos relacionados à saúde física e mental, já mencionados nos Capítulos anteriores, é a mulher que passará, também, pelo conflito da decisão de seguir com a gravidez adiante ou não e ser sancionada moral e socialmente por isso. A sanção poderá advir independente de uma decisão em prol do aborto, já que ela poderá existir pelo simples fato de

⁹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, pp. 71-72.

determinada mulher ter sido acometida por tal gravidez que restará infrutífera. Não faltarão para casos como esses, olhares curiosos e comentários.

M1 traz, no capítulo quinto de seu voto, discussões acerca da saúde, dignidade, liberdade, autonomia e privacidade da mulher. Aduz que “toda gravidez acarreta riscos” (M1, p. 68)⁹⁶ e novamente, em um entrelaço com a dimensão demonstrativa, utiliza dizeres de estudiosos renomados na área para enfatizar que “a gestação de feto anencéfalo envolve maiores riscos” (M1, p. 68) e que “impor a manutenção da gravidez implica o aumento da morbidade bem como dos riscos inerentes à gestação, ao parto e ao pós-parto e resulta em consequências psicológicas severas” (M1, p. 68-69)⁹⁷. Assim, mostra de maneira inequívoca, pautado novamente em argumentos médicos, que a gravidez de um feto anencéfalo pode causar grandes danos à mulher. Colocar-se na posição da mulher faz com que o *pathos* seja suscitado no interlocutor e que este passe a perceber a situação sob o ponto de vista da gestante, trazendo à eminência a emoção de compaixão.

M1 argumenta exemplificando, novamente, o caso de Gabriela e, para isso, utiliza um relato da, na época, adolescente:

Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar. (M1, p. 70)

Os efeitos patêmicos de compaixão, dó, medo e até mesmo terror são suscitados quando M1 escolhe o trecho do depoimento da própria mãe que deu à luz uma criança anencéfala para compor seu voto. Essas emoções são provocadas por vários recursos dentre os quais se encontram a escolha lexical e o plano da enunciação relacionado à forma de narrar.

Compõem este último as frases curtas e sem conectivos indicando, além de certo

⁹⁶ O Doutor Roberto Luiz D’Ávila, em manifestação no segundo dia de audiência pública, destacou ser alta a taxa de mortalidade materna devido à presença de doenças hipertensivas, hemorragias e infecções, inclusive, em gestações de fetos viáveis.

⁹⁷ Dr. Jorge Andalaft Neto, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.

cansaço da depoente, que lhe custa falar sobre a situação. Os verbos “chorar”, “correr”, “sonhar”, “gritar”, “soluçar”, “chover”, “aterrorizar” induzem a uma cena peculiarmente tenebrosa em que as emoções parecem mais proeminentes. É possível comover-se com a cena descrita de forma detalhada e emocionada, na qual uma adolescente grávida de um feto anencéfalo que, de tanto chorar, sai correndo desesperadamente no meio de uma madrugada chuvosa e seu marido corre atrás dela pedindo-a para não chorar.

Além disso, as cenas narradas relativas aos sonhos e ao aspecto medonho do bebê causam perplexidade e terror, podendo comover e amedrontar o interlocutor, fazendo com que este se coloque no lugar da adolescente a fim de que possa absorver as emoções sentidas por ela tanto no momento da ocorrência do fato em si, quanto no momento do depoimento, que resgata as emoções outrora sentidas.

M1 manifesta-se e parece descrever emoções que as pessoas envolvidas em casos semelhantes possivelmente sentiriam, mas pode-se pensar, de acordo com a *regra da sinceridade emocional* apresentada por Plantin (2010), na possibilidade de que foram exatamente essas emoções as sentidas pelo Ministro ao transcrever o depoimento de Gabriela.

Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito (M1, p.71)

Neste excerto, observa-se que M1 utiliza a narração como recurso argumentativo ao construir uma série sequencial relativa a algo que normalmente é vislumbrado pela mulher e pela família como momento gestacional. Porém, quando se trata de anencefalia, a narrativa muda, adquirindo um tom sombrio já que passa a evidenciar, principalmente, as sérias consequências psicológicas para a gestante.

Nesse caso, os efeitos patêmicos são reafirmados ao utilizar novamente argumentos provenientes da medicina: “um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio” (M1, p. 71)⁹⁸. O encadeamento emocional desenvolvido pela utilização de itens do léxico como “suicídio”, “transtorno”, “depressão” e “autoextermínio” podem criar um efeito de tristeza,

⁹⁸ Dr. Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria.

dor e angústia. Talvez as mesmas emoções já elencadas anteriormente pelo próprio M1: “sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero” (M1, p. 71).

O trecho abaixo evidencia os efeitos do *pathos* na utilização de depoimentos que reforçam o ponto de vista de M1, ou seja, da injustiça de se obrigar a gestante a levar a diante uma gravidez de feto que só terá um destino: a morte.

Na audiência pública, também foram reverberadas, entre outras, as vozes de três mulheres que, beneficiadas pela decisão liminar, optaram por antecipar o parto. São elas, Érica, Camila e Michele, que expressaram, cada qual a sua maneira, a experiência vivida. Para Érica, continuar a gravidez “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo e, no final, eu não ia tê-lo”. Nas palavras de Camila, “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. Ela mexendo me perturbava muito. O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer”. A antecipação do parto, disse Camila, “foi como se tirassem um peso muito grande das minhas costas; como se tivessem tirado com a mão o peso; parecia que eu estava carregando o mundo dentro de mim”. Michele afirmou que, ao decidir interromper a gestação, nada mais fez do que “aquietar aquilo que estava se passando” (M1, p. 71-72).

Nos trechos dos depoimentos das três mulheres, observa-se a recorrente utilização de itens lexicais que traduzem o que Plantin (2010) entende por argumentar emoções, da mesma forma como acontece em “muito sofrimento”, “me perturbava muito”, “o meu maior medo” e “um peso muito grande”. Assim, a emoção suscitada no interlocutor é expressa pelo próprio enunciado. Evidentemente, não é possível afirmar que se trate de emoção sentida, mas o sujeito mostra-se emocionado para melhor emocionar. Essa estratégia argumentativa continua no plano de construção do voto de M1, ao utilizar uma pesquisa brasileira⁹⁹ que explora termos de emoções:

entrevistadas não só experimentaram sentimento negativo – choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade, incapacidade de ser mãe, indignação e insegurança – como também diriam a outra mulher, em idêntica situação, para interromper a gestação (M1, p. 72).

Compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo é comparado por M1 à “tortura”. Esse pensamento é justificado a partir de uma história que aconteceu no Peru na qual uma jovem após ter recorrido à justiça e ter seu pedido de antecipação de parto julgado

⁹⁹ BENUTE, Gláucia Rosana Guerra; NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; LÚCIA, Mara Cristina Souza de; ZUGAUB, Marcelo. *Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais*. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, vol. 28, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./2006. Disponível em <http://www.scielo.br>.

procedente, o diretor do hospital recusou-se a firmar autorização para o ato cirúrgico, obrigando a paciente a ter o filho. A moça, então, “foi acometida de depressão profunda, com prejuízos à saúde e ao próprio desenvolvimento. Ao analisar o episódio, o Comitê de Direitos Humanos (das Nações Unidas)¹⁰⁰ considerou cruel, inumano e degradante o tratamento” (M1, p. 75). Cinco anos depois, a jovem “descreveu ter-se sentido extremamente deprimida, solitária, confusa e culpada à época da gravidez” (M1, p. 75).

Nos casos relatados acima, tanto o que se refere à mulher peruana quanto ao de Érica, Camila e Michele, depreende-se que M1, seguindo a regra da sinceridade emocional, seleciona argumentos patêmicos das depoentes para apresentar em seu voto. Os itens lexicais de cada depoimento reforçam a intenção do Ministro em argumentar emoções para, dessa forma, suscitá-las no interlocutor. São palavras fortes que sustentam uma carga semântica negativa, que poderiam provocar os demais Ministros e os levariam a decidir conforme o locutor.

Quando inexistiam recursos tecnológicos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto. Atualmente, todavia, podem-se verificar nove meses de angústia e sofrimento inimagináveis. Como ressaltei na decisão liminar, os avanços médicos e tecnológicos postos à disposição da humanidade devem servir não para inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. [...] Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante (M1, p. 75).

Além de confirmar a afirmação anterior, o trecho acima mostra como a imagem da mulher ainda é construída no sentido de submissão. Mesmo colocando a mulher como condutora de sua vontade e objetivos, sugere que há o medo de repressão, principalmente, se for para decidir algo tão condenável moralmente.

Nenhuma pessoa pensa em ser estigmatizada e, muitas vezes, a decisão que caberia à gestante passa a ser lapidada pela *vox populi*. M1, para tanto, elenca um trecho do parecer do Promotor de Justiça Dr. Mário Ghisi:

é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam (M1, p. 77).

¹⁰⁰ Esclarecimentos nossos.

Nesse caso, além do item lexical “constrangedor”, que por si só pode causar certo desconforto no interlocutor ao fazer com que ele compartilhe essa situação vivida pelo sujeito, há, também, o uso de expressões que exacerbam, sugerem e suscitam emoções. Essa afirmação pode ser comprovada em diversos momentos de seu voto, por exemplo, quando o Ministro, além de comparar a obrigação da mulher em manter a gestação a um “cárcere privado” (M1, p. 78), “incubadora” (M1, p. 79) ou “caixão ambulante” (M1, p. 79), afirma ser “inadmissível fechar os olhos e o coração ao que vivenciado diuturnamente por essas mulheres” (M1, p. 79) e pede, então, “empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres” (M1, p. 80). Finalizando a argumentação, M1 aduz que

a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres (M1, p. 78).

Nos trechos selecionados e grifados acima, verifica-se um *pathos* ligado aos sentimentos de pena, dor e clemência. Em contrapartida, M2, que opta por iniciar seu voto com uma narrativa, mostra uma situação adversa àquela enfrentada pelas mães que optaram, de livre vontade, pelo nascimento de filhos anencéfalos:

Primavera de 1980. Jovens casais aguardam na fila do Hospital São José, Rio de Janeiro, o momento sublime do parto. Ali, sonhos se multiplicam na imaginação das mulheres que estão prestes a dar à luz. A figura do filho amado crescendo, se desenvolvendo e preenchendo a vida daqueles que o esperam é o que certamente ocorre àquelas gestantes. Em contraste, chamava a atenção de todos uma jovem moça, que também aguardava na mesma fila, em copioso pranto, juntamente com o seu marido. A comoção se justificava: no lugar de sonhos cultivados, esta gestante assistiu durante nove meses ao funeral de seu filho. O pequeno caixão branco por ela encomendado era o símbolo de um ritual tão triste quanto severo com uma mulher que, em verdade, jamais conseguirá ser mãe do filho que gestava (M2, p. 1).

Em um primeiro momento, é através de uma narrativa indutora de emoção, formada por frases curtas que esboçam ações ocorridas em um pequeno espaço de tempo, que o Ministro pretende tocar seu interlocutor. Palavras e expressões como “primavera” (M2, p. 1), “jovens casais” (M2, p. 1), “momento sublime” (M2, p. 1), “sonhos” (M2, p. 1), “imaginação das mulheres” (M2, p. 1), “dar à luz” (M2, p. 1), “filho amado” (M2, p. 1), “crescendo” (M2, p. 1), “preenchendo a vida” (M2, p. 1) suscitam no interlocutor uma expectativa emocional atrelada à felicidade proporcionada pelo parto de uma criança. Entretanto, o tom da narrativa é quebrado pela expressão “em contraste” (M2, p. 1) que passa a gerar as mesmas emoções

suscitadas no voto de M1 que ensejam efeitos patêmicos de compaixão, dó e piedade. As ações esboçadas sequenciam os momentos de sofrimento do jovem casal e é reforçado por itens lexicais como “copioso pranto” (M2, p. 1), “funeral” (M2, p. 1), “pequeno caixão branco” (M2, p. 1), “ritual tão triste” (M2, p. 1), “severo” (M2, p. 1) e “jamais conseguirá ser mãe” (M2, p. 1).

De acordo com M2 e tendo em vista a saúde física e psíquica da gestante serem componentes da dignidade humana da mulher, o “prosseguimento da gravidez gera na mulher um grave abalo psicológico, e, portanto, impedir a sua interrupção da gravidez equivale a uma tortura” (M2, p. 7). Reforçando esse argumento, o Ministro utiliza novamente de conhecimentos provenientes da esfera científica ao expor que

a maioria das mulheres (60%) afirmou que certo tempo após a interrupção não se importava em falar da gravidez, do bebê ou do procedimento realizado, bem como que aconselhariam outras gestantes na mesma situação a interromper a gravidez. No que atine à culpa pelo ato realizado, a pesquisa demonstrou que 91,4% das mulheres relataram que interromperiam novamente a gestação acaso se defrontassem com situação idêntica no futuro. A partir dos dados coligidos, os pesquisadores consignaram as seguintes conclusões: “A internação e a indução do parto são concebidas com juízo de tempo diferente do real. As horas parecem dias, os dias, anos. O desejo de que tudo acabe e o medo de como será depois propicia essa alteração. Os casais conseguem, no entanto, após a interrupção da gravidez, retomar o sentido de suas vidas. O sofrimento é realmente minimizado com o passar do tempo, ficam as lembranças dos momentos tristes e difíceis, mas o sofrimento deixa de existir com a elaboração do luto e de toda a vivência. Neste estudo a grande maioria não acredita em ‘castigo’ por terem optado pela interrupção da gestação. Ressalta-se, no entanto, que, neste estudo, todas as pacientes foram acompanhadas por psicólogo no momento da opção pela interrupção da gravidez, os conteúdos inconscientes foram trazidos ao consciente e as pacientes puderam refletir sobre suas posições. É provável que a ausência de sentimento de culpa ou depressão pós-interrupção esteja diretamente relacionada a esse processo de intensa revisão de valores morais, culturais e melhor compreensão dos aspectos psíquicos em funcionamento¹⁰¹” (M2, p. 8).

No excerto acima o entrecruzamento das dimensões patêmica e demonstrativa aparecem evidenciando que, com o devido tratamento psicológico, as mulheres acometidas por gestações de anencéfalos conseguem lidar melhor com a situação se tiverem conseguido interromper a gravidez. Esse fato é demonstrado pelas expressões “não se importava em falar”, “aconselhariam outras gestantes”, “interromperiam novamente a gestação [...] em situação idêntica e “retomar o sentido em suas vidas”. Essas expressões somadas a enunciados como “as horas parecem dias, os dias, anos”, “o desejo que tudo acabe”, “o medo de como será”; ou, ainda, “sofrimento minimizado”, “lembranças dos momentos difíceis”, “sofrimento

¹⁰¹ ZUGAIB, Marcelo et al. *Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais*. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, TAB. 2006.

deixa de existir”, “ausência de sentimento de culpa ou depressão”, “revisão de valores morais, culturais” e “melhor compreensão dos aspectos psíquicos” suscitam emoções atreladas à esperança, a boas expectativas e a outras que surgem com o pensamento de que há solução para minimizar o sofrimento de centenas de mulheres.

Toda essa intenção de M2 em trabalhar o seu voto ostentando a dimensão patêmica é reafirmada ao longo do texto e, na iminência da conclusão, manifesta sua posição de entender que não há crime de aborto quando há interrupção voluntária de feto anencéfalo. Para ele, “uma mulher não pode ser obrigada a assistir, durante 9 meses, à missa de sétimo dia de um filho acometido de uma doença que o levará à morte, com grave sofrimento físico e moral para a gestante” (M2, p. 19).

A partir de todos os excertos selecionados neste Capítulo de análise é possível perceber certa frequência na utilização dos argumentos metajurídicos para fundamentar as decisões judiciais. Neste momento, à guisa da conclusão, percebemos como os estudos sobre argumentação jurídica, com base nas teorias propostas pela Análise do Discurso, poderiam auxiliar em uma nova maneira de se pensar sobre o Direito e sobre sua aplicação na prática forense.

Assim, através da análise argumentativa dos votos dos Ministros Marco Aurélio Mello, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e José Celso de Mello Filho foi possível verificar como o Direito que, muitas vezes, é visto como uma Ciência autônoma e livre de influências metajurídicas, não pode mais ser visto apenas sob a égide do Positivismo Jurídico, desconsiderando os fatores sociais, históricos e culturais que circundam as relações judiciais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação judicial escolhida para nortear a pesquisa mostrou como o Direito, no contexto de sua aplicação, deve ser visto como um fenômeno social e, constantemente, influenciado por elementos metajurídicos. Esse fato reforça a hipótese de que essa área de conhecimento não pode ser compreendida unicamente através de uma lógica formal que desconsidera a *doxa*.

Nesse sentido, o estudo sobre a decisão que trata da polêmica do aborto de fetos anencéfalos mostrou como podem ocorrer, no ordenamento jurídico, conflitos entre normas que não podem ser solucionados apenas com a observância dos dispositivos legais. Muitas vezes, esses conflitos só são solucionados quando os aplicadores do Direito recorrem à *doxa*.

Assim, foi possível perceber que, muitas vezes, os julgadores levam em conta a realidade social que permeia o caso, a força argumentativa de peças jurídicas bem elaboradas, ou ainda, o aspecto emocional proveniente do objeto jurídico em questão. Dessa maneira, os elementos estabelecidos em lei e descritos no ordenamento jurídico nem sempre se mostram suficientes para justificar as decisões judiciais. Ou seja, embora sempre fundamentadas em artigos de leis, as decisões podem se encontrar amparadas em representações sociais.

Esta pesquisa possibilitou uma reflexão acerca do caráter extremamente positivista que ainda pauta muitas decisões atuais do Poder Judiciário. O que se vê, em geral, sobre a aplicação da lei através de sentenças e decisões colegiadas é uma desconsideração da hermenêutica jurídica em detrimento da utilização de artigos de lei descontextualizados e desconexos com os casos concretos, ao contrário do que verificamos no nosso paradigma: o julgamento da ADPF nº 54.

A falha dessa lógica formal aplicada ao Positivismo jurídico foi a grande responsável pela diminuição do pensamento prático. Em busca, unicamente, das análises formais dos fenômenos relacionados ao Direito, restringiu-se inegavelmente o objeto de estudo da Ciência do Direito. Assim, o reducionismo seria uma tentativa de estabelecer a lógica formal como único parâmetro de validade e legitimidade do discurso jurídico, que, como se vê nos votos que compõem a decisão da ADPF nº 54, não é vista como a mais adequada.

Cabe à Filosofia do Direito a função de intermediar os saberes e práticas jurídicas com os saberes e práticas sociais, e é nesse universo que a Análise do Discurso se insere, fornecendo novas metodologias de estudo e análise para aqueles que buscam entender o Direito como um fenômeno da linguagem e da argumentação e não apenas com uma ciência isolada das demais áreas de conhecimento.

Novas linhas doutrinárias vêm propondo a desconsideração da aplicação da lógica formal no Direito, tendo em vista a sua íntima relação com fatores sociais e, é nesse sentido, que autores, como os já mencionados Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Toulmin, Neil Maccormick e Robert Alexy, dedicaram-se a estudos que desenvolvessem a lógica do pensamento jurídico a fim de emancipar o raciocínio proveniente dessa área de conhecimento. A proposta comum a eles é o desenvolvimento de uma lógica específica do Direito que não se valesse apenas do raciocínio lógico formal, e sim de uma soma de fatores sociológicos, devendo o raciocínio jurídico estar sempre atrelado ao contexto histórico-social no qual ele se desenvolve.

Foi, nesse sentido, que encontramos na Análise do Discurso contribuições capazes de oferecer explicação mais satisfatória sobre a aplicação do Direito e mostrar como o Positivismo Jurídico não consegue resolver de forma inequívoca as questões do judiciário, já que ele foi incapaz de sustentar seu projeto epistemológico de cientificidade. Essa busca em estabelecer uma Ciência do Direito desprovida de influência de qualquer outra ciência e com um método jurídico isolado seria apenas uma descrição pura do Direito que não se aplica mais nas sociedades atuais cujas relações estão cada vez mais complexas.

A necessidade de formulação de novas teorias para acompanhar as novas sociedades, desencadeou tentativas de superação das concepções formalistas do Direito e, principalmente, no que diz respeito à proposta de interpretação formal e unilateral. É, nesse contexto, que a Análise do Discurso pode ajudar a promover a compreensão da racionalidade na aplicação prática do Direito, na medida em que as decisões judiciais não são pautadas apenas em dispositivos legais. Ao contrário, o que se tem é um discurso marcado pelo subjetivismo, pelas emoções, por representações sociais e fatores históricos e culturais.

Além disso, verificamos como o discurso jurídico é essencialmente argumentativo e, muitas vezes, a tutela jurisdicional pretendida, ao se acessar o judiciário, se vale de argumentos que não pertencem à esfera jurídica e sim, de elementos pertencentes à *doxa*. Nesse sentido, o ato de argumentar encontra espaço onde existem conflitos e dúvidas e não há melhor lugar para a detecção desse fato que o próprio discurso jurídico, pois no âmbito da aplicação prática do Direito, o que se busca é justamente construir e provar fatos verossímeis, já que a realidade processual nem sempre coincide com a realidade de fato. Assim, podemos verificar que o ato de argumentar, no Direito, parte de premissas verossímeis as quais levam a conclusões, também, verossímeis.

Diante disso, vê-se que o Direito deve ser concebido como um fenômeno da linguagem e, assim, os estudos acerca da argumentação jurídica mostram-se importantes para

a compreensão das atuações práticas dos juristas. O rigor do formalismo positivista perderia, então, o lugar para um raciocínio jurídico que garantiria uma aproximação das práticas e rotinas forenses com a verdadeira justiça.

A proposta de estudar a argumentação através de mecanismos e metodologias próprias à Análise do Discurso se deu por causa do seu caráter essencialmente interdisciplinar que possibilita relacionar as pesquisas linguísticas com os conhecimentos provenientes de outras áreas de conhecimento. Acredita-se, neste trabalho, que colocar o Direito em diálogo com a Análise do Discurso proporcionará uma melhor compreensão da racionalidade jurídica no contexto de sua aplicação prática e discursiva. O Direito, portanto, pode ser estruturado a partir dos fenômenos da argumentação jurídica e é através das perspectivas contemporâneas da Análise do Discurso que podemos verificar como isso ocorre.

Visto isso, entendemos que as três dimensões argumentativas (*dimensão da construção de imagens, dimensão patêmica e dimensão demonstrativa*) coexistem e, respeitando as suas especificidades, contribuem para a formação de discursos argumentativos. Além disso, as provas retóricas *ethos, pathos e logos* sustentam a estrutura argumentativa do discurso e contribuem para a eficácia da argumentação que se apóia em crenças, que produzem efeitos comportamentais, nas opiniões em voga no meio social e nos *topoi*.

Assim, propomos uma reflexão sobre a construção argumentativa presente em cada um dos votos que foram analisados, a fim de mostrar como o Direito não pode ser visto como uma ciência autônoma e livre de elementos extrajurídicos que influenciam a prática do cotidiano forense, conforme determinava o Positivismo Jurídico e elucidando questões que este não é capaz de abranger.

A partir de todos os excertos selecionados para análise nesta pesquisa, foi possível perceber certa frequência na utilização dos argumentos metajurídicos para a fundamentação da decisão judicial. Isso nos levou a perceber, neste momento, à guisa da conclusão, que os estudos sobre argumentação jurídica, com base nas teorias propostas pela Análise do Discurso, poderiam auxiliar em uma nova maneira de se pensar sobre o Direito, sua racionalidade e sobre sua aplicação na prática forense.

Ademais, devido ao fato de o julgamento ter ocorrido em abril de 2012, oito anos após a data da propositura da ação, a questão sobre o aborto de fetos anencéfalos, hoje, já não é mais contovertida na esfera jurídica. Entretanto, não há ainda na sociedade uma hegemonia quanto à sua aceitação, que se dá pelas diferenças socioculturais e interferências das crenças individuais.

Nesse sentido, averiguamos, também, que, quando se trata do gênero feminino, embora tenha havido crescente ganho de espaço em várias esferas sociais, ainda suscita pensamentos conservadores os quais enfatizam o lado frágil e delicado da mulher.

Por todo o exposto, diante da questão que envolve a possibilidade jurídica da antecipação terapêutica do parto de feto já diagnosticado portador de anencefalia, pode-se pensar que quanto mais polêmica é a questão jurídica a ser discutida, maior é a sua capacidade de suscitar emoções nos julgadores, influenciando a formação de opinião e a construção do discurso decisório.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Luís Carlos M., *Direitos Constitucionais Fundamentais: vida, liberdade, igualdade e dignidade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília, 2004.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Petição inicial do processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental número 54*. 2004, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091> Acesso em 11 abril 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BUTLER, Judith. *Gender trouble, feminism and the subversion of identity*. London: Routledge, 1990.

CARVALHO, Kildare G., *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHARAUDEAU, Patrick. *Le discours d'information médiatique. La construction du miroir social*. Paris: Nathan-INA, 1997.

CHARAUDEAU, Patrick. *Linguagem e Discurso: modos de organização*. São Paulo: Contexto, 2009.

COCHARD, Larry R. *Atlas de Embriologia Humana de Netter*. Porto Alegre: Artmed, 2003.

DOURY, Marianne. A refutação por acusação de emoção: exploração argumentativa da emoção em uma discussão de caráter científico. In: *As emoções no discurso*. (Orgs.). MACHADO, Ida Lúcia; MENDES, Emília; MENEZES, William. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007. v. 1. p. 188-199.

DURKHEIM, Émile. *A divisal do trabalho social*. Lisboa: Presença, 1977.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdade individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELSTER, Jon. rationalité, émotions et normes sociales. In: PAPERMAN, Patricia; RUWEN, Ogien (dir.). *La couleur des pensées: sentiments, émotions, intentions*. Paris: Editions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1995. p. 33-61.

FELIPE, Cláudia N. *Masculinidade(s) em foco: construções discursivas sobre identidade de gênero social*. (Mestrado em Análise do Discurso) Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais Belo Horizonte, Belo Horizonte, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira* v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Tatiana A., SALOMÃO, Gabrielle de S. C., SILVA, Ana Paula C. da, TAVARES, Fernando H., *O Princípio Processual da Publicidade e os Direitos de Personalidade*. Belo Horizonte: virtujus - PUCMINAS, 2007.

FERNANDES, Maíra C., Interrupção da Gravidez de feto Anencéfalo: uma análise Constitucional. In: SARMENTO, Daniel, PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. Lisboa: Relógio d'Água, 1994.

FOUCAULT, Michel *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1998.

GALINARI, Melliandro M. *A Era Vargas no pentagrama: dimensões político-discursivas do canto orfeônico de Villa-Lobos*. Tese (Doutorado em Estudos Lingüísticos). Belo Horizonte, Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, 2007a.

GALINARI, Melliandro M. As emoções no processo argumentativo In: *As emoções no discurso*. (Orgs.). MACHADO, Ida Lúcia; MENDES, Emília; MENEZES, William. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007b. v. 1. p. 221-239.

GOFFMAN, Erving, *Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*, Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro: Teoria Geral do Processo e Auxiliares da Justiça*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007a. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro: Atos Processuais e Recursos e Processos nos Tribunais*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007b. v. 2.

GRUMAN, Marcelo. O lugar da cidadania: Estado moderno, pluralismo religioso e representação política. *Revista de Estudos da Religião Rever*. São Paulo, p. 95-117, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. nv.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEAL, Rosemiro P. *Teoria Geral do Processo*. 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LE BRETON, David. Antropologia das emoções 1. In: *As paixões ordinárias. Antropologia das emoções*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

LE BRETON, David. Antropologia das emoções 2. In: *As paixões ordinárias. Antropologia das emoções*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

LIMA, Helcira Maria Rodrigues de. *Estratégias argumentativas em uma sessão do tribunal do Júri*. 2001. 186f. Dissertação (Mestrado em Linguística) Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LIMA, Helcira Maria Rodrigues de. *Na tessitura do Processo Penal: a argumentação no Tribunal do Júri*. 2006. Tese (Doutorado em Estudos Linguísticos). Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG.

LIMA, Helcira Maria Rodrigues de. Patemização: emoções e linguagem. In: *As emoções no discurso*. (Orgs.). MACHADO, Ida Lúcia; MENDES, Emília; MENEZES, William. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007. v. 1. p. 140-149.

LIMA, Helcira Maria Rodrigues de. Emoção, racionalidade e diferença. In: *Anais do IV encontro mineiro de análise do discurso*, (CD-Rom), São João Del Rei, 2011.

MAINGUENEAU, Dominique. Ethos, cenografia, incorporação. In: *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. (org.), AMOSSY, Ruth. São Paulo: Contexto, 2005, p. 69-92.

MARQUES, Myriam S., *Não é o certo, mas foi o certo prá mim: Estudo etnográfico sobre o aborto provocado entre adolescentes*. (Mestrado em Enfermagem) Escola de Enfermagem, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1999 Dissertação de Mestrado em Enfermagem.

MARTINS, Ana Paula V. Nem Minotauro, Nem Maternal: repensando o conceito de paternalismo no contexto da formulação das políticas da maternidade. In: RIAL, Carmen; PEDRO, Joana M.; AREND, Silvia M. F. (orgs.) *Diversidades: dimensões de gênero e sexualidade*. Ilha de Santa Catarina: Mulheres, 2010.

MELLO, Marco Aurélio de. Voto na ADPF 54, 2012.

MENDES, Gilmar F. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

MEYER, Michel. Aristóteles ou a retórica das paixões. In: ARISTÓTELES. *Retórica das paixões*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEYER, Michel. *A retórica*. São Paulo: Ática, 2007.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUSSBAUM, Martha. Les émotions comme jugements de valeur. In: PAPERMAN, Patricia; RUWEN, Ogien. *La couleur des pensés: sentiments, émotions, intentions*. Paris: Editions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1995.

PAPERMAN, Patricia. L'absence d'émotion comme ofense. In: PAPERMAN, Patricia; RUWEN, Ogien. *La couleur des pensées: sentiments, émotions, intentions*. Paris: Editions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1995. p. 175-196.

PAULINELLI, Maysa de Pádua Teixeira. *A argumentação e performatividade da linguagem no Tribunal do Júri*. (Doutorado em Linguística e Língua Portuguesa) PUCMINAS, Belo Horizonte, 2011.

PAULIUKONIS, M. Aparecida; MONNERAT, Rosane. Operações discursivas na enunciação. In: (orgs.). LARA, Gláucia M. P.; MACHADO, Ida L.; EMEDIATO, Wander *Análises do discurso hoje*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lucerna. V.1, p. 45-70.

PEREIRA, Égina Glauce Santos Pereira. *Retórica e Argumentação: os mecanismos que regem a prática do discurso jurídico*. (Mestrado em Linguística) Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

PERELMAN, C. & OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLANTIN, Christian. *L'argumentation dans l'émotion*. Paris: Pratiques, 1997.

PLANTIN, Christian. As razões das emoções. In: (Orgs.). MACHADO, Ida L.; MENDES, Emília. *As emoções no discurso*. São Paulo: Mercado das Letras, 2010, v.2, p. 57-80.

POSSAS, Lídia M. Vianna. Vozes femininas na correspondência de Plínio Salgado. In: GOMES, Ângela de Castro (org.). *Escrita de si e escrita da História*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

PRADO, Danda. *O que é aborto*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2007 – coleção primeiros passos

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAMARA, Eni de Mesquita. O discurso e a construção da identidade de gênero na América Latina. In: SAMARA, Eni de Mesquita; SOIHET, Rachel; MATOS, Maria Izilda S. de. *Gênero em debate: trajetória e perspectiva na historiografia contemporânea*. São Paulo: Edusc, 1997.

SEBASTIANI, Mário. Análisis ético bajo el concepto: del feto como paciente en los casos de anencefalia. In: FRANCO, Alberto S. Anencefali: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas, jurídico-penais. *Revista do Tribunais*. n. 833, mar/2005.

SANTOS, Boaventura de S.; SANTOS, Ana Cristina; DUARTE, Madelena; BARRADAS, Carlos; ALVES, Magda. *Cometi um Crime? Representações sobre a (i)llegalidade do aborto*. Porto: Edições Afrontamento, 2010.

SCOTT, Joan. Gênero, uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, v. 20, n. 2, jul-dez. 1995.

SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

SOUZA, Wander Emediato de, Retórica, Argumentação. In: (Orgs.) MARI, Hugo, MACHADO, Ida Lúcia, MELLO, Renato de. *Análise do Discurso: fundamentos e práticas*. Belo Horizonte: NAD, FALE/UFMG, 2001.

STIGERT, Ludmila C. V. *Direitos Fundamentais na gestação de fetos anencéfalos: uma análise sob a ótica da Teoria Discursiva do Direito e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N. 54*, (Mestrado em Direito) PUCMINAS, Belo Horizonte, 2007.