



**Duas decisões, dois tempos, um tribunal: *ethos* e o discurso de persuasão na  
decisão judicial**

**Maria da Conceição Serafim Mondini**

**Mestrado em Estudos de Língua Portuguesa**

**Dissertação de mestrado orientada pela  
Professora Doutora Isabel Roboredo Seara (UAb)  
e coorientada pela  
Professora Doutora Ana Lúcia Tinoco Cabral (PUC – São Paulo)**

**Maio de 2022**

*This work is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> or send a letter to Creative Commons, PO Box 1866, Mountain View, CA 94042, USA.*

À família, às madrinhas e às orientadoras mais afetuosas, tranquilas e competentes do mundo, que me deram confiança e segurança para ir sempre em frente. A cada um que, a seu modo, ajudou a realizar este sonho.

*Como pode a voz que vem das casas  
Ser a da justiça  
Se os pátios estão desabrigados?  
Como pode não ser um embusteiro aquele que ensina os famintos outras coisas  
Que não a maneira de abolir a fome?  
Quem não dá o pão ao faminto  
Quer a violência  
Quem na canoa não tem  
Lugar para os que se afogam  
Não tem compaixão.  
Quem não sabe de ajuda  
Que cale. (Bertolt Brecht)*



## DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE STATEMENT OF INTEGRITY

Declaro ter atuado com integridade na elaboração da presente dissertação. Confirmando que em todo o trabalho conducente à sua elaboração não recorri à prática de plágio ou a qualquer outra forma de falsificação de resultados.

Mais declaro que tomei conhecimento integral do Regulamento Disciplinar da Universidade Aberta, publicado no Diário da República, 2.<sup>a</sup> série, n.º 215, de 6 de novembro de 2013.

I hereby declare having conducted my thesis with integrity. I confirm that I have not used plagiarism or any form of falsification of results in the process of the thesis elaboration.

I further declare that I have fully acknowledged Disciplinary Regulations of the Universidade Aberta (regulation published in the official journal Diário da República, 2.<sup>a</sup> série, n.º 215, de 6 de novembro de 2013).

Universidade Aberta, 13 de maio de 2022.

Nome completo/Full name: Maria da Conceição Serafim Mondini

Assinatura/Signature:

## **Duas decisões, dois tempos, um tribunal: *ethos* e o discurso de persuasão na decisão judicial**

### **Resumo**

O presente trabalho visa a proceder a uma análise comparativa da retórica do discurso jurídico de caráter decisório nos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro em dois processos judiciais históricos e distanciados no tempo, o HC nº 26.155/DF e a ADPF nº 54/DF. O primeiro foi julgado em 1936 e o segundo, em 2012. No HC nº 26.155/DF, pretendeu-se evitar a expulsão do Brasil de uma mulher grávida, judia e comunista, enquanto na ADPF nº 54/DF, o pedido era de reconhecimento da ausência de crime na interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. O embasamento teórico inclui a Análise do Discurso (Amossy, Charaudeau, Maingueneau) e a Nova Retórica (Perelman e Olbrechts-Tyteca). Evidencia-se o *ethos* de cada um dos julgadores e apontam-se as influências do contexto histórico, político e social sobre o discurso jurídico decisório da mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro. Destacam-se estratégias discursivas que subjazem à construção de determinados tipos de *ethé* pelos magistrados em colegiado, com vistas a sua relação com o auditório, bem como os mecanismos de persuasão e/ou convencimento por eles utilizados na argumentação que fundamenta as decisões nos processos indicados. No HC nº 26.155/DF, prevalece o *ethos* do julgador formalista, machista, conservador, que não perquire a respeito dos efeitos da decisão na sociedade, enquanto na ADPF nº 54/DF prevalece o *ethos* do julgador culto, sério, preocupado em fazer justiça e que considera as consequências da decisão para além da decisão do processo. Tais julgados testemunham a transição do positivismo para o pós-positivismo, ou seja, do império da lei para o dos princípios.

**Palavras-chave:** Retórica – *ethos* – persuasão – discurso judicial

## **Two decisions, two times, a court: *ethos* and the speech of persuasion in the judicial decision**

### **Abstract**

The presente work aims to undertake a comparative analysis of the rhetoric of the legal discourse of decision-making character that was carried out in the votes delivered by the ministers of the Brazilian Supreme Court in two historical and distant in time judicial proceedings, HC No. 26,155/DF and ADPF No. 54/DF. The first was tried in 1936 and the second in 2012. In HC no. 26.155/DF it was intended to avoid the expulsion from Brazil of a pregnant, Jewish and communist woman, while in ADPF no. 54/DF, the request was to recognize the absence of crime in the interruption of pregnancy of anencephalic fetuses. The theoretical basis includes Discourse Analysis (Amossy, Charaudeau, Maingueneau) and New Rhetoric (Perelman and Olbrechts-Tyteca). The *ethos* of each of the judges are evidenced and the influences of the historical, political and social context on the decision-making legal discourse of the highest Brazilian Judicial Court are pointed out. Discursive strategies that underlie the construction of certain types of *ethé* by the collegiate magistrates stand out, with a view to their relationship with the auditorium, as well as the mechanisms of persuasion and/or convincement by them used in the argumentation that underlies the decisions in the processes indicated. In HC no. 26.155/DF, prevails the *ethos* of the formalist, sexist, conservative judge, who does not inquire about the effects of the decision on society, while in ADPF no. 54/DF prevails the *ethos* of the educated, serious judge, concerned with doing justice and considering the consequences of the decision beyond the decision of the process. These judgments testify to the transition from positivism to post-positivism, that is, from the empire of the law to that of the principles.

**Key words:** Rhetoric – *ethos* – persuasion – judicial discourse

## **Deux décisions, deux fois, un tribunal: l'*ethos* et le discours de persuasion dans la décision judiciaire**

### **Résumé**

Le présent travail vise à réaliser une analyse comparative de la rhétorique du discours juridique à caractère décisionnel réalisée lors des votes prononcés par les ministres de la Cour Suprême du Brésil dans le cadre de deux procédures judiciaires historiques et lointaines dans le temps, HC n° 26.155/DF et ADPF n° 54/DF. Dans HC n° 26.155/DF, il était prévu d'éviter l'expulsion du Brésil d'une femme enceinte, juive et communiste, tandis que dans l'ADPF n° 54/DF, la demande était de reconnaître l'absence de crime dans l'interruption de grossesse des fœtus anencéphales. La base théorique comprend l'Analyse du Discours (Amossy, Charaudeau, Maingueneau) et la Nouvelle Rhétorique (Perelman et Olbrechts-Tyteca). L'*éthos* de chacun des juges est mise en évidence et les influences du contexte historique, politique et social sur le discours juridique décisionnel de la plus haute juridiction judiciaire brésilienne sont soulignées. Les stratégies discursives qui sous-tendent la construction de certains types d'*éthé* par les magistrats collégiaux se sont démarquées, en ce qui concerne leur relation avec l'auditorium, ainsi que les mécanismes de persuasion et/ou de conviction par eux utilisés dans l'argumentation qui sous-tend les décisions dans les processus indiqués. Dans HC n° 26.155/DF, prévaut l'*éthos* du juge formaliste, sexiste, conservateur, qui ne s'enquiert pas des effets de la décision sur la société, tandis que dans l'ADPF n° 54/DF prévaut l'*éthos* du juge cultivé, sérieux, soucieux de rendre justice et de considérer les conséquences de la décision au-delà de la décision du processus. Ces jugements témoignent du passage du positivisme au post-positivisme, c'est-à-dire de l'empire de la loi à celui des principes.

**Mots-clés:** Rhétorique - *ethos* - persuasion - discours judiciaire

## Índice

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
1.1. Problema, hipóteses e objetivos da pesquisa	
<b>2. CONTEXTO HISTÓRICO.....</b>	<b>4</b>
2.1. Do Supremo Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal	
<b>3. OS PROCESSOS.....</b>	<b>8</b>
3.1. <i>Habeas Corpus</i>	
3.1.1. <i>Habeas Corpus nº 26.155/DF</i>	
3.2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	
3.2.1. <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF</i>	
<b>4. METODOLOGIA.....</b>	<b>19</b>
4.1. Apresentação do <i>corpus</i>	
4.2. Descrição do procedimento de análise	
<b>5. ENQUADRAMENTO TEÓRICO.....</b>	<b>25</b>
5.1. <i>Ethos</i>	
5.2. Retórica, argumentação, pragmática e dialética	
5.2.1. <i>Perguntas retóricas</i>	
5.3. Discurso	
5.3.1. <i>Análise do discurso</i>	
5.3.2. <i>Discurso de convencimento, persuasão, sedução e manipulação</i>	
5.3.3. <i>Discurso jurídico e discurso jurídico decisório</i>	
5.3.3.1. Voto como gênero discursivo	
<b>6. ETHOS E PERSUASÃO NA DECISÃO JUDICIAL.....</b>	<b>62</b>
6.1. Os votos proferidos no HC nº 26.155/DF	

**6.2. Os votos proferidos na ADPF nº 54/DF**

**6.2.1. Voto do Ministro Marco Aurélio**

**6.2.2. Voto da Ministra Rosa Weber**

**6.2.3. Voto do Ministro Joaquim Barbosa**

**6.2.4. Voto do Ministro Luiz Fux**

**6.2.5. Voto da Ministra Cármen Lúcia**

**6.2.6. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski**

**6.2.7. Voto do Ministro Ayres Britto**

**6.2.8. Voto do Ministro Gilmar Mendes**

**6.2.9. Voto do Ministro Celso de Mello**

**6.2.10. Voto do Ministro Cezar Peluso**

**6.3. Aproximações e distanciamentos: o *corpus* em diálogo**

**7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....157**

**BIBLIOGRAFIA.....161**

**ANEXOS**

**Anexo I – HC nº 26.155/DF**

**Anexo II – ADPF nº 54/DF**

## **Abreviaturas**

AD – Análise do Discurso

ADI ou ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

HC – *Habeas Corpus*

NR – Nova Retórica

PGR – Procuradoria Geral da República

QO – Questão de Ordem

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

## 1. INTRODUÇÃO

*No princípio, era a Palavra, e a Palavra estava com Deus, e a Palavra era Deus.  
(Jo 1:1)*

O discurso de persuasão está presente em quase todas as formas de comunicação e até mesmo em discursos técnicos, como o jurídico e o judicial decisório, ele pode ser detectado e utilizado com finalidades específicas. Nesse contexto, destaca-se a importância do *ethos* construído na relação entre os participantes da relação processual.

O discurso jurídico no processo judicial, cuja natureza é precipuamente argumentativa e dialética, caracteriza-se pela tentativa **a)** do advogado de persuadir o(s) julgador(es) de que o pedido que faz em nome de seu constituinte deve ser acolhido e **b)** do(s) magistrado(s) de justificar suas decisões às partes do processo, bem como persuadir seus pares, os julgadores das instâncias superiores e a própria sociedade do acerto da decisão no caso concreto.

O presente estudo tem como objetivo investigar a retórica discursiva do discurso jurídico de caráter decisório em votos proferidos nos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 26.155/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF pelo órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, respectivamente, em 1936 (quando era denominado Corte Suprema dos Estados Unidos do Brasil) e em 2012 (com a denominação atual: Supremo Tribunal Federal).

Pretende-se proceder à apreciação das estratégias discursivas que subjazem à construção de determinados tipos de *ethé* pelos magistrados em colegiado, com vistas a sua relação com o auditório, bem como dos mecanismos de persuasão e/ou convencimento por eles utilizados na argumentação que fundamenta as decisões nos processos indicados.

## 1.1. Problema, hipóteses e objetivos da pesquisa

*Estou condenado a ser livre. (Jean-Paul Sartre)*

De que forma os *ethé* dos ministros da Suprema Corte brasileira evidenciam-se no discurso jurídico decisório e na relação com os diversos auditórios em diferentes contextos históricos?

A partir desse problema, foram escolhidos dois processos de grande repercussão social que, embora de naturezas diversas e distanciados no tempo, entendeu-se que seriam capazes de oferecer resposta à pergunta inicial.

A decisão para a problemática jurídica é dada, pelos tribunais, de forma conjunta – em ambos os casos estudados ocorreu por maioria –, mas a análise da argumentação de cada julgador deve ser capaz de demonstrar a imagem de si, intencional ou não, estampada no discurso, a qual pode ou não coincidir com a da pessoa que a emite e mesmo com a da instituição.

Ao analisar os recursos linguísticos e retóricos utilizados com o fim de persuasão ou justificação de uma decisão, questiona-se o que os argumentos adotados em cada hipótese revelam sobre o enunciador e sobre o destinatário. Quando os julgadores justificam, perante o auditório, suas decisões a respeito dos fatos trazidos à apreciação do Poder Judiciário, os enunciados possuem marcas de subjetividade enunciativa? Qual é o jogo, qual a dança que se estabelece na cena de enunciação em cada caso? Por fim, a linguagem evidencia as influências do contexto histórico, político e social sobre o discurso?

A hipótese a ser testada no presente estudo é de que a imagem que o julgador deixa mostrar de si no julgamento veio a modificar-se ao longo do tempo transcorrido entre as duas decisões, o que decorreria de alterações do contexto social no qual inseridos os julgamentos, as quais refletem-se no discurso. Assim, o contexto social, histórico e político influenciaria o *ethos* e a relação do enunciador com os diferentes auditórios aos quais se dirige.

Estabeleceu-se como objetivo geral da pesquisa investigar o *ethos* no discurso judicial de persuasão no HC nº 26.155/DF e na ADPF nº 54/DF, ambos julgados pelo STF.

Os objetivos específicos do presente estudo são os seguintes:

- identificar o processo de construção do *ethos* e as estratégias de persuasão aplicadas ao discurso jurídico decisório nos votos nos processos históricos selecionados;

- evidenciar as relações que se estabelecem entre as diferentes instâncias discursivas em cada um dos processos, apontando como as características dessas relações com o auditório se refletem no discurso; e

- recensear diferenças e semelhanças entre as estratégias retórico-discursivas utilizadas nos dois processos que compõem o *corpus*, numa perspectiva diacrônica que permitirá a comparação do discurso nas diversas situações históricas, políticas e sociais em que os processos foram propostos e julgados (1936 e 2004-2012).

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO

*O homem está pronto a mascarar conscientemente a verdade, pronto a fechar os olhos e a tapar os ouvidos perante a verdade, apenas para justificar a sua lógica.*  
(Fiódor Dostoiévski)

O contexto sociopolítico do julgamento do HC nº 26.155/DF (1936) pela então denominada Corte Suprema era o da vigência do governo de Getúlio Vargas, que assumiu a presidência em 1930, depois do movimento conhecido como Golpe (ou Revolução ou Rebelião) de 1930, que encerrou a “República Velha” (em que se revezavam no poder representantes de São Paulo e Minas Gerais, grandes produtores de café e leite, respectivamente, o que deu origem à expressão “política do café com leite”), e de uma Constituição, a de 1934, que incorporou o voto feminino, logo substituída pela cognominada “Polaca”, de contornos fascistas, em 1937. Antes dela, em 1935, foi promulgada a primeira Lei de Segurança Nacional. Em razão da Revolta Comunista de novembro de 1935, foi instaurado estado de sítio em 26 de novembro e estado de guerra em 21 de março de 1936. A única mulher brasileira com participação documentada no processo, coincidentemente de nome Olga, assim como a paciente, é a “assistente técnica” que datilografou a decisão.

A ADPF nº 54/DF foi proposta em 2004 e julgada em 2012, na vigência da Constituição Cidadã, a de 1988, e de governos democraticamente eleitos, respectivamente de Luiz Inácio Lula da Silva e de Dilma Rousseff. Quando proferida essa decisão, além da presença de uma mulher na presidência da República, houve a atuação de três mulheres ministras do STF, uma das quais havia sido a primeira presidenta da Corte Suprema, entre os anos de 2006 e 2008 (a Ministra Ellen Gracie), além da participação da sociedade, por meio de audiências públicas, com a oitiva de diversas entidades de cunho religioso, social e científico envolvidas com a matéria em debate.

A atividade judiciária modernizou-se ao longo desse lapso temporal que separa os dois julgamentos: as peças e decisões manuscritas e datilografadas passaram a

ser digitadas e o STF, cujos processos vêm paulatinamente sendo transpostos para o meio eletrônico há quase vinte anos (a ADPF nº 54/DF ainda tramitou em meio físico, mas as peças e decisões foram disponibilizadas no *site* do STF na internet), passou a ter suas sessões plenárias transmitidas pela TV Justiça, cujas atividades iniciaram em 2002.

O HC nº 26.155/DF, cujas peças foram digitalizadas, integra o acervo histórico do STF, enquanto a ADPF nº 54 teve suas peças e decisões sempre acessíveis ao público, inclusive para acompanhamento do andamento processual, por meio do *site* do órgão na internet.

A linguagem também sofreu diversas modificações nesse ínterim, sendo a ADPF nº 54/DF posterior às reformas ortográficas de 1943 e de 1971, tendo sido atingida, durante o seu processamento, pela mais recente, a de 2009. Importante registrar que a linguagem jurídica é eminentemente técnica, caracterizada por fórmulas e tradições, muitas das quais remontam ao Direito Romano e que estão presentes nos dois julgados.

Por mais diferentes entre si que se apresentem os casos – o primeiro, um *habeas corpus* impetrado em favor de uma estrangeira grávida, alemã e judia, prestes a ser expulsa do Brasil e entregue ao regime nazista; e o segundo, uma arguição de descumprimento de preceito fundamental que buscava a descriminalização da antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos –, ambos versam, em última instância, sobre o direito da mulher grávida, condição própria do ser humano de gênero feminino, que, se lhe rende tratamento especial pela legislação, ainda hoje enseja discussões legislativas e judiciais sobre os limites da atuação da própria mulher quanto ao direito de engravidar e, principalmente, de interromper a gestação. Versam, também, sobre a liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se ainda, estendendo a interpretação e considerando os resultados dos julgados, falar de processos que abordam a pena de morte, que deixou de ser prevista no Brasil com a Proclamação da República, exceto em caso de guerra declarada contra outro país.

A linguagem de persuasão própria do discurso jurídico perpassa toda essa discussão eminentemente técnica. São os argumentos que, no discurso, encaminham

os pedidos, sempre por meio da linguagem natural, e que fundamentam as decisões, todos eles influenciados pelo contexto histórico, político e social.

O discurso jurídico, onde se insere o discurso judicial, tem regras e características próprias, mas a eles, como a outros tipos de discurso, também se aplicam os conhecimentos da retórica e o discurso de persuasão, porquanto o discurso jurídico é basicamente argumentativo e o processo judicial não existe sem a persuasão do destinatário (juízes, advogados, partes no processo, autoridades de outros Poderes da República, outros atores do processo, imprensa, opinião pública, a sociedade como um todo, etc. no presente estudo) pelo emissor (juiz em colegiado no presente estudo), observando-se as respectivas instâncias discursivas.

## **2.1. Do Supremo Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal**

*A justiça é o nome prestigioso que se dá ao bem que se concebe.  
(Eugène Dupréel)*

O STF é o guardião precípua da Constituição Federal e, assim, embora com diversas denominações, integra todas as constituições brasileiras, desde a primeira, em 1824.

Constitui a última instância recursal e possui competências originárias, todas estabelecidas pela CF de 1988, a Constituição Cidadã, primeira depois do fim da ditadura militar instaurada em 1964. Ela introduziu novos mecanismos de controle difuso da constitucionalidade, como é o caso do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo, além das ações de controle abstrato da constitucionalidade, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Compõe-se de 11 ministros (denominação dada aos magistrados das cortes superiores no Brasil), nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros natos com mais de 35 e menos de 65 anos, de “reputação inatacável e notável saber jurídico”

(Dallari, 2007, p. 116), conforme previsão constitucional. A escolha deve ser aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal e o aprovado passa a ocupar cargo vitalício no qual pode atuar até os 75 anos de idade.

Na vigência da Constituição de 1934 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), o STF, então com 11 ministros, passou a constituir a Corte Suprema dos Estados Unidos do Brasil. Eram também nomeados pelo Presidente da República e sujeitos à aprovação pelo Senado Federal, escolhidos dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, exceto quando se tratava de magistrados de carreira, menos de 35 nem mais de 65 anos de idade.

O órgão máximo da justiça brasileira foi também denominado Supremo Tribunal de Justiça e seu número máximo de integrantes foi, em algumas épocas, de 15 (com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891), 16 (Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 e Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 até o Ato Institucional nº 6, que retornou o número de integrantes a 11) e foi também passível de alteração, mantendo-se o mínimo de 11 integrantes (Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, Ato Institucional nº 2, que alterou a Constituição de 1946, que previa originalmente 11 membros e majoração por lei sem número máximo estabelecido). Na Constituição de 1824 (Constituição Política do Império do Brasil), “era composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho” (artigo 163). Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, os nomeados eram aprovados pelo Conselho Federal.

### 3. OS PROCESSOS

#### 3.1. Habeas Corpus

*O habeas corpus, o mandado de segurança etc., são meios de reclamar o restabelecimento de direitos fundamentais, violados: remédios para os males da prepotência.  
(Manoel Gonçalves Ferreira Filho)*

A expressão latina significa “que tenhas teu corpo”, que faz parte da fórmula “Tomes o corpo de delito e venhas submeter ao Tribunal o homem e o caso”, constitui uma limitação imposta pela Constituição ao poder público quando este vulnera ou está prestes a ferir direitos fundamentais de um indivíduo, mais especialmente a liberdade de locomoção. Qualquer um pode impetrar um *habeas corpus*, seja em favor de nacional, seja de estrangeiro. O instituto pode ser proposto de forma preventiva ou repressiva e sempre perante juiz hierarquicamente superior à autoridade que determinou a coação.

Segundo Ferreira Filho (1995, p. 272):

*Em si, o habeas corpus é uma ordem judicial, ordem para que se deixe de cercear, para que não se ameace cercear a liberdade de ir e vir de determinado indivíduo. Ordem que pode ser dirigida a quem quer que restrinja ilegalmente a locomoção alheia. Em geral, dirige-se ela contra o poder público, mas pode, segundo a jurisprudência, dirigir-se contra particular (p.ex., hospital que não permita que pessoa dele se retire sem pagar a conta).*

Apesar do nome em latim, a ação tem sua fonte na Inglaterra, com a Magna Carta, de 1215, que limitava o poder do rei ao tornar “injusta qualquer prisão não estabelecida pela lei ou decretada sem julgamento”, sendo apenas com a lei de 1816 estendido para todos os tipos de constrangimento ilegal (op. cit., p. 271).

No Brasil, foi esboçado no Código Criminal de 1830, efetivamente criado pelo Código de Processo Criminal de 1832 (era então limitado a proteger brasileiros contra prisão ou constrangimento ilegal) e figurou na Constituição por primeira vez em 1891, sendo limitado à liberdade de locomoção na Constituição de 1934. Foi a CF de 1988 que determinou sua gratuidade (Di Pietro, 2006, p. 722).

Carvalho Filho explica (2006, p. 863):

*Na ação, há o impetrante, que formula a postulação ao órgão judicial; o paciente, que está sofrendo a violação de seu direito; e o coator, aquele responsável pela ofensa ao direito do paciente. (...) mesmo o particular pode ser sujeito passivo do litígio, quando responsável pela ilegalidade.*

Compete ao STF julgar, dentre outros, o *habeas corpus* que tenha como coator autoridade sujeita à sua jurisdição direta ou quando se tratar de crime sujeito a sua jurisdição em única instância (Carvalho Filho, op. cit., pp. 864-865).

Por sua própria natureza, é uma ação de tramitação rápida, com prazos bastante curtos. Proposta a ação, pedem-se informações à autoridade apontada coatora e, após vista ao Ministério Público (à Procuradoria Geral da República quando proposto perante o STF), passa-se ao julgamento.

O primeiro *habeas corpus* constante dos arquivos do Supremo Tribunal Federal foi ajuizado em 31/08/1870 perante o Supremo Tribunal Federal, criado em 1824. No HC nº 73, foi concedida a ordem para libertar cidadão italiano preso como depositário infiel.

São 202.997 os *habeas corpus* originários que tramitam ou tramitaram perante essa Corte (até 21 de janeiro de 2022). A democratização do acesso ao judiciário resultou num aumento da demanda, evidenciando-se uma crescente judicialização das relações sociais nos mais diversos âmbitos.

### **3.1.1. Habeas corpus nº 26.155/DF**

*Se a justiça masculina, mesmo quando exercida por uma consciência do mais fino quilate, como o insigne presidente da Corte Suprema, tolhe a defesa a uma encarcerada sem recursos, não há a história da civilização brasileira de recolher em seus anais judiciais esta nódoa: a condenação de uma mulher, sem que a seu favor se elevasse a voz de um homem no Palácio da Lei. (Heitor Lima)*

No *Habeas Corpus* nº 26.155/DF, o advogado Heitor Lima pediu que fosse reconhecido o direito da paciente Maria Prestes, ou Olga Benário – que se encontrava presa sem acusação formal desde 05 de março de 1936, quando já se encontrava grávida –, a permanecer no Brasil para ser julgada pelos crimes de que era suspeita.

Tais crimes seriam relacionados a sua participação na insurreição comunista de novembro de 1935 (embora sem provas suficientes para figurar como acusada no inquérito) e resultaram na sua expulsão do país, já então decretada pelo Ministro da Justiça, autoridade coatora no processo.

Embora o *habeas corpus* seja uma ação judicial voltada especialmente para resguardar o direito de ir e vir e a liberdade do cidadão, no caso sob análise o pedido era de natureza diversa, qual seja: de manutenção da paciente no Brasil para o julgamento dos supostos delitos contra a ordem política e social de que era acusada, com o que se pretendia evitar sua expulsão e retorno à Alemanha de Hitler, que, é importante destacar, não requereu sua extradição ao governo brasileiro. A expulsão de Olga Benário, por ser considerada “elemento perigoso à ordem pública e nocivo aos interesses do país” – nas palavras do então Ministro da Justiça, Vicente Ráo, que mencionou a Constituição (artigo 113, § 15) e o Decreto nº 702, de 21 de março de 1936 – é vista como uma vingança do governo de Getúlio Vargas contra Luís Carlos Prestes, companheiro da paciente e líder do Levante Comunista de 1935, movimento denominado, pejorativamente, Intentona Comunista.

A ação foi proposta em 03 de junho 1936, em petição de 12 laudas datilografadas, e foi julgada exatas duas semanas após, no dia 17, depois de, na forma do rito processual, terem sido apresentadas informações pela autoridade coatora e de ter sido ouvido o Procurador Geral da República, representante máximo do Ministério Público – que fora nomeado por Getúlio Vargas no ano anterior –, manifestação essa que não consta do arquivo disponível no site do STF na internet. O acórdão tem, na totalidade, 21 páginas datilografadas a partir das notas taquigráficas.

O relator, ministro Bento de Faria, não conheceu do pedido, ou seja, o pedido não foi apreciado porque não estavam presentes os requisitos para a propositura da ação. A decisão foi fundamentada no entendimento de que a garantia constitucional do *habeas corpus* havia sido suspensa em razão do estado de sítio e do estado de guerra decretados pelo Executivo, com a autorização do Legislativo. O relator foi acompanhado pelos ministros Edmundo Lins (presidente da Corte), Hermenegildo de Barros, Plínio Casado, Laudo de Camargo, Costa Manso, Octávio Kelly e Ataulpho de

Paiva. Os ministros Eduardo Espinola, Carvalho Mourão e Carlos Maximiliano conheceram do pedido, mas negaram a ordem. Dentre os ministros que participaram do julgamento, Getúlio Vargas havia nomeado oito (exceção feita a Hermenegildo de Barros, Edmundo Lins e Bento de Faria, nomeados em governos anteriores).

À época, o ajuizamento de *habeas corpus* dependia do pagamento de custas processuais. É indicativa da postura combativa do advogado signatário da petição inicial do HC nº 26.155/DF a sua manifestação quando foi instado, pelo presidente da Corte, a pagar as custas, mesmo tendo alegado que a paciente era pessoa pobre que se encontrava presa. A resposta, que consta da epígrafe deste capítulo, aliada ao pagamento das custas com recursos próprios, marcam a intenção de Heitor Lima, demonstrada desde que foi convidado por Luís Carlos Prestes para ser o patrono de Olga Benário, de cumprir com denodo e determinação seu dever de advogado e de cidadão diante do que considerava uma injustiça a ser reparada por meio do Poder Judiciário.

De acordo com Abal (2017, p. 893), o *habeas corpus* em questão não era prototípico, porque não pleiteava a liberdade da paciente:

*(...) Heitor Lima não alegava a inocência de Olga, pelo contrário, afirmava que as provas existentes seriam capazes de condená-la em juízo caso ela fosse a julgamento. A expulsão não seria uma penalidade para ela, mas um prêmio, a concessão da liberdade. Requeria o advogado, então, que Olga fosse julgada e, caso condenada, cumprisse a pena devida. Após o cumprimento da pena poderia ela, então, ser expulsa para que não praticasse outros crimes. Tratava-se, portanto, de um habeas corpus não para pedir a liberdade da paciente, mas sim para que ela fosse sujeita a um julgamento por um tribunal brasileiro sem ser expulsa.*

O primeiro argumento utilizado pelo causídico, portanto, foi de que a expulsão seria um prêmio e que a paciente deveria ser processada no Brasil, onde teriam sido cometidos os supostos crimes que ensejariam sua expulsão. O segundo apontava a gravidez da paciente, o direito do nascituro e o princípio constitucional segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do delinquente. Por fim, invocava a compaixão do tribunal pela mãe que desejava permanecer no Brasil e que poderia, inclusive, ajudar na “recuperação” de Prestes.

Não há registro, nos arquivos do STF, do relatório e do voto de Bento de Faria. No entanto, é facilmente recuperável o conteúdo do julgamento a partir da leitura dos votos dos demais ministros, que a ele fazem referência.

A decisão assim proferida resultou por permitir a continuidade do processo de expulsão de Olga e resultou na sua prisão e morte pelo regime nazista ao qual foi entregue. Tal julgamento é considerado, tanto por estudiosos do Direito quanto da História, uma nódoa na história da Suprema Corte, que se encontrava, desde que Getúlio Vargas assumiu o poder, sujeita a ameaças que incluíram redução de vencimentos e demissão de ministros.

O decreto de expulsão é datado de 27 de agosto e, na sequência, ocorreu o seguinte (Abal, 2017, p. 897):

*Em outubro de 1936 Olga era enviada à Alemanha no navio La Coruña. No dia 27 de novembro nascia no Campo de Concentração de Barnimstrasse em Berlim uma menina, Anita Leocádia Prestes, que em janeiro de 1938, graças a uma grande campanha internacional, foi entregue à avó, Leocádia, mãe de Prestes, salvando a criança de que fosse enviada a um orfanato nazista. Em 1942, com apenas 34 anos de idade, Olga foi morta em uma câmara de gás no campo de Bernburg.*

### **3.2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

*Resplandecente de esperança e dignidade,  
esta lei há-de fazer-nos maiores  
do que somos na adversidade e dependência,  
porque os homens são construídos ou destruídos  
pelas leis que os obrigam e abrigam.  
Esta é uma Constituição aventureira,  
projecto de vida certa  
deste povo para este povo.  
Estes são os novos mandamentos  
a que ater-nos durante a longa travessia  
até à justiça de todas as leis do mundo. (Maria Velho da Costa)*

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, preventivo ou repressivo, instituída pela CF de 1988. Julgada originariamente pelo STF, seus efeitos são *erga omnes* e

vinculantes, ou seja, atingem a todos, mesmo que não integrem a ação, e obrigam o Poder Público.

Conforme o artigo 1º da Lei nº 9.882/1999, que a regulamentou, essa ação constitucional visa a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” e pode ser proposta, ainda, “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. É considerada uma ação subsidiária, cabível quando as demais ações de controle de constitucionalidade não o são. Compete ao próprio STF identificar as normas que devem ser consideradas preceitos fundamentais decorrentes da CF e que podem ser objeto da referida ação constitucional, ou seja, estabelecer em que consiste o conceito de preceito fundamental.

Silva (2000, pp. 559-560) esclarece que a expressão “preceitos fundamentais” tem sentido mais amplo do que “princípios fundamentais”:

*(...) abrange a estes e todas 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.*

De acordo com previsão constitucional, a ação pode ser proposta pelo Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Governador do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A primeira ADPF foi proposta pelo Partido Comunista do Brasil em 27 de janeiro de 2000, tendo como interessado o Prefeito do Município do Rio de Janeiro. O STF não conheceu da ação, em decisão proferida em questão de ordem apresentada pelo relator. Foram propostas 937 ADPFs até 21 de janeiro de 2022.

### **3.2.1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**

*Mas, se você achar  
Que eu tô derrotado  
Saiba que ainda estão rolando os dados  
Porque o tempo, o tempo não para.  
(Cazuza)*

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em 17/06/2004. A ação foi proposta com o apoio técnico e institucional da Anis - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, organização não governamental feminista e sem fins lucrativos, hoje denominada Instituto de Bioética. O referido instituto não foi admitido como *amicus curiae*, ou seja, como amigo da Corte, auxiliar do julgador para a tomada de decisão (nenhum pedido nesse sentido foi acolhido pelo relator, ao argumento de que tal participação tumultuaria o processo), mas apresentou manifestação em audiência pública.

Anencefalia é um distúrbio, detectável no início da gestação por meio de exame de imagem, que impede a correta formação do cérebro, resultando em aborto espontâneo ou, no máximo, sobrevivência de algumas horas após o parto.

Em seu voto, o Ministro Ayres Britto assentou (p. 260):

*Na Enciclopédia e Dicionário Koogan Houaiss, página 52, a anencefalia é definida como um fenômeno teratológico, ou “monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro”. O que faz o fiel da balança em que se pesam contrapostos valores pender para o lado da gestante, na aceção de que ela já não está obrigada a levar adiante uma gravidez tão-somente comprometida com o pior dos malogros quando do culminante instante do parto.*

Segundo a inicial, a anencefalia é a má-formação fetal congênita por defeito de fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas o resíduo do tronco encefálico.

A legislação penal brasileira trata o aborto como fato antijurídico, exceto nas hipóteses de risco de vista para a gestante (aborto necessário) e gravidez resultante de estupro (aborto sentimental). Fora das situações acima arroladas, a prática do aborto pode levar o condenado (a própria gestante ou terceiro) à prisão. A questão da despenalização mais generalizada do aborto, no entanto, é ainda objeto de acirrados debates na sociedade contemporânea, polarizados entre os defensores da vida do feto e os defensores da liberdade feminina de decidir a respeito de levar ou não a gravidez a termo. Há que ser considerada, especialmente no Brasil, a condição das mulheres das classes sociais menos abastadas, que se valem de práticas clandestinas quando recorrem ao aborto, que oferecem risco de sequelas e mesmo de morte.

O Brasil é o quarto país em número de casos de anencefalia (Freitas, 2018, p. 12). Consta do voto do Ministro Luiz Fux que (p. 156):

*(...) o Brasil apenas está abaixo do México, do Chile e do Paraguai na lista dos países que apresentam mais ocorrências de fetos anencefálicos - uma média de dez fetos anencefálicos para cada dez mil nascimentos com vida.*

No entanto, a questão da possibilidade do aborto em caso de anencefalia apenas chegou ao STF em 2004, por meio do *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ. No referido processo, uma jovem de 19 anos, grávida de feto anencefalo, postulava, depois de pedidos infrutíferos perante instâncias inferiores, autorização judicial para antecipação do parto, mas este ocorreu antes da decisão do STF, e o nascituro, uma menina, sobreviveu por apenas 7 minutos.

A partir de então, bem como diante do elevado número de pedidos de autorização judicial para aborto de feto anencefálico, decidiu-se pleitear a descriminalização do aborto na hipótese de gestação de fetos anencefálicos por meio de ação objetiva. Levou-se em consideração que a questão originava inúmeros processos individuais, causava grave insegurança jurídica e colocava os profissionais de saúde em risco de responderem pelo crime de aborto caso interrompessem uma gravidez de feto anencefálico.

O pedido da inicial, no sentido de que o STF procedesse à interpretação conforme à Constituição dos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto (artigos 124, 126 e 128 do Código Penal), é equivalente ao reconhecimento de que o aborto de feto anencéfalo, ou a antecipação terapêutica do parto – expressão adotada na inicial e também nos votos pela procedência do pedido – não constitui crime previsto na lei penal, considerando que entendimento contrário vulnera preceitos fundamentais protegidos pela CF, especialmente, a dignidade da pessoa humana, a legalidade, a liberdade, a autonomia da vontade e o direito à saúde.

A ação foi proposta em 17 de junho de 2004, quando os processos ainda tramitavam em meio físico no STF. Em 1º de julho, foi deferida, pelo relator, liminar que determinou o sobrestamento dos processos e decisões não definitivos e o “reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos”, com base em laudo médico onde constatada a deformidade, embora o parecer contrário da Procuradoria Geral da República. Essa decisão teve vigência até 20 de outubro de 2004, quando, por maioria, o Tribunal revogou a segunda parte da liminar. Enquanto esteve em vigor, a liminar oportunizou que 58 mulheres interrompessem a gravidez de fetos anencéfalos no sistema público de saúde (Ruibal, 2020, p. 1177). Em 28 de abril de 2005, também por maioria, a Corte entendeu admissível a ação. Em 31 de julho de 2008, foi determinada a realização de “audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito”, que ocorreram em quatro sessões, nos dias 26 e 28 de agosto e 04 e 16 de setembro de 2008, nas quais foram ouvidas instituições representativas da comunidade religiosa, científica, médica, jurídica e dos movimentos sociais – num total de 20 entidades governamentais e não governamentais e 7 pessoas físicas, médicos e deputados –, o que oportunizou a necessária manifestação da sociedade sobre o tema. Foram então expostos, com autoridade e conhecimento de causa, argumentos contra e a favor do pedido, o que trouxe, para dentro do processo, além de conhecimentos técnicos, a intensa comoção despertada pela controvérsia então trazida ao debate judiciário perante a instância

máxima do Poder Judiciário brasileiro. Em 07 de julho de 2009, a Procuradoria Geral da República (desta vez representada por uma mulher) exarou parecer pela procedência da ADPF e, em sessões realizadas nos dias 11 e 12 de abril de 2012, houve o julgamento da ação, cujo resultado foi pela procedência, por maioria de votos.

O relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela procedência do pedido “para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura crime”, tendo sido acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes também julgaram procedente a ação, acrescentando à decisão as condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo primeiro. O Ministro Ricardo Lewandowski abriu divergência e julgou improcedente o pedido, no que foi seguido pelo Ministro Cezar Peluso. O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido, porque atuou nos autos na qualidade de Advogado Geral da União e, por isso, não participou do julgamento.

A petição inicial da ação, subscrita por Luís Roberto Barroso, que atuou *pro bono* (Ruibal, 2020, p. 1174) e veio a tornar-se, pouco tempo depois, ministro do STF, tem 23 folhas digitadas. O inteiro teor do acórdão tem 433 folhas e abrange o acórdão, a ementa (ambos na mesma folha), o relatório, os votos de todos os ministros (alguns apresentados por escrito e outros apenas manifestando oralmente sua adesão, total ou parcial, a um ou outro posicionamento) e os debates que se registraram entre eles.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui um gênero textual do Direito e se materializa por meio de outros gêneros textuais, quais sejam, a petição inicial, o relatório, o voto e a ementa, dentre vários outros, alguns orais e outros escritos (despachos, manifestações da PGR, documentos apresentados pelas partes, notas taquigráficas, sustentações orais, etc.). Por questões metodológicas, a análise, no presente estudo, está limitada aos votos proferidos pelos dez ministros que julgaram o mérito do processo, bem como aos comentários feitos quando de sua apresentação e transcritos a partir de notas taquigráficas, que assim passaram a integrar o julgado.

É interessante mencionar que outros ministros atuaram no processo nos longos oito anos em que tramitou, o que se deu até suas respectivas aposentadorias (Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Eros Grau e Carlos Britto) ou falecimento (Menezes Direito).

Também é importante esclarecer que os votos, embora, como regra, sejam preparados previamente e apresentados por escrito, são lidos no Plenário e podem ser alterados até a publicação, o que torna importante a leitura das notas taquigráficas, onde ficam também registrados os debates.

Por fim, cumpre registrar que as audiências públicas e as sessões de julgamento foram transmitidas pela TV Justiça e gravadas, e estão disponíveis (à exceção da última) na plataforma pública YouTube.

## 4. METODOLOGIA

### 4.1. Apresentação do *corpus*

*As palavras são a mais poderosa droga utilizada pela humanidade.  
(Rudyard Kipling)*

A investigação recai sobre os votos proferidos pelos ministros da mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro no HC nº 26.155/DF e na ADPF nº 54/DF.

Para a análise do discurso judicial produzido por meio de votos em processos judiciais da competência do STF, a escolha do *corpus* contemplou os votos escritos apresentados no julgamento do mérito dos processos, ou seja, a decisão final de cada um deles. O *corpus* foi limitado às manifestações escritas dos ministros, conforme os documentos constantes do *site* do STF na *internet*, considerando que o processo judicial é principalmente escrito, embora integrado por atos orais, como audiências e sustentações orais, e mesmo tendo em vista que os votos, embora escritos, são lidos na sessão de julgamento.

Não obstante a extensão dos votos proferidos na ADPF, este estudo abarcou a totalidade da decisão, limitando-se, no entanto, à análise de trechos representativos das questões a serem pesquisadas, quais sejam, o *ethos* e a relação com o auditório numa perspectiva retórico-argumentativa.

O voto do Ministro Marco Aurélio, relator do processo (“o relator é o responsável pelo aprofundamento dos estudos sobre o tema, por uma compreensão mais ampla da questão a ser decidida” – Pistori, 2018, p. 79), foi pela procedência do pedido, sendo acompanhado pela Ministra Rosa Weber, pelo Ministro Joaquim Barbosa (que havia sido relator do HC nº 84.025/RJ, ação individual que tratava da mesma questão e não teve decisão de mérito), pela Ministra Cármen Lúcia, pelo Ministro Ayres Britto, pelo Ministro Gilmar Mendes e pelo Ministro Celso de Mello. O Ministro Ricardo Lewandowski abriu a divergência, julgando improcedente o pedido, e o Ministro Cezar Peluso acompanhou-o, tendo sido os dois únicos votos vencidos.

O HC nº 26.155/DF é constituído de 21 páginas, que incluem o acórdão (decisão final que resume o sentido dos votos), os votos e debates entre os ministros que participaram do julgamento, quais sejam: Bento de Faria (relator), Carlos Maximiliano, Ataulpho de Paiva, Costa Manso, Octávio Kelly, Carvalho Mourão, Laudo de Camargo, Plínio Casado e Eduardo Espínola. Era então presidente o Ministro Edmundo Pereira Lins. Não constam dos documentos disponíveis no STF os votos do relator (tampouco o próprio relatório), do presidente e do Ministro Hermenegildo de Barros, então vice-presidente da Corte.

Já a ADPF nº 54/DF tem um total de 433 páginas, sendo de 30 páginas o relatório. Seguem-se os votos do Ministro Marco Aurélio (relator), da Ministra Rosa Weber, do Ministro Joaquim Barbosa, do Ministro Luiz Fux, da Ministra Cármen Lúcia, do Ministro Ricardo Lewandowski, do Ministro Ayres Britto, do Ministro Gilmar Mendes, do Ministro Celso de Mello e do Ministro Cezar Peluso (presidente).

Aos votos e aos comentários feitos quando da sua apresentação, além dos debates, que foram transcritos em notas taquigráficas, está limitada a presente pesquisa em ambos os processos.

Não se discute que há outras peças processuais cujo estudo pode ser bastante relevante, como as petições iniciais, as informações no HC e as manifestações da PGR, da Advocacia Geral da União e de diferentes entidades religiosas, sociais e científicas nas audiências públicas e suas posteriores alegações escritas na ADPF, dentre outras. Ademais, há decisões judiciais outras nos processos, como os julgamentos da QO e do pedido de concessão de medida liminar na ADPF nº 54/DF, que também podem oferecer um vasto e riquíssimo material para o tipo de estudo aqui proposto.

Apesar disso, optou-se pela investigação limitada à íntegra dos votos proferidos nos processos porque constituem, juntamente com a ementa e o acórdão, as partes culminantes do processo, bem como porque se trata de peças comuns aos dois tipos de ação, o que permite a comparação das decisões dos dois processos, buscando semelhanças e apontando diferenças. Ressalte-se que em nenhum dos dois tipos de ação escolhidos existe uma contestação/resposta ao pedido propriamente dita, peça

na qual a parte contrária apresenta suas razões de oposição ao pedido autoral, o que, de alguma forma, também aproxima os dois casos entre si.

## 4.2. Descrição do procedimento de análise

*A lei é o que ela diz, e não o que a respeito dela foi dito, menos ainda o que se pensou e disse que significaria. (Pontes de Miranda)*

Na presente pesquisa, pretende-se investigar, sob a perspectiva da Análise do Discurso (Amossy, Charaudeau, Maingueneau) e da Nova Retórica (Perelman e Olbrechts-Tyteca), a retórica discursiva e o *ethos* dos julgadores nos votos proferidos nos julgamentos do HC nº 26.155/DF e da ADPF nº 54/DF pelo órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

Como já foi dito anteriormente, os julgamentos dos processos em questão ocorreram, respectivamente, em 1936 (quando era denominado Corte Suprema dos Estados Unidos do Brasil) e em 2012 (com a denominação atual: Supremo Tribunal Federal).

Procede-se, inicialmente, a uma localização histórica dos julgamentos e do STF e, logo, à apresentação dos fundamentos teóricos da pesquisa, com destaque para os conceitos de *ethos*, retórica, argumentação, pragmática, dialética e discurso.

Passa-se, a seguir, a uma breve descrição das características que identificam o subgênero voto, típico do discurso decisório judicial, bem como uma explicação didática sobre os tipos de ações judiciais escolhidos (*habeas corpus* e arguição de descumprimento de preceito fundamental).

Para além disso, por meio de uma pesquisa de cunho qualitativo intenta-se investigar as particularidades dos votos de cada um dos ministros, comparando-os entre si. Ainda, busca-se traçar comparações diacrônicas entre os discursos produzidos nos dois processos, em contextos históricos e sociais diversos.

De acordo com Amossy (2020, p. 274):

*(...) a união da argumentação com a análise do discurso põe em evidência o fato de que o discurso se desenvolve necessariamente em um espaço-tempo delimitado, cujos valores, regras e normas ele respeita.*

Nesse sentido, objetiva-se explorar as relações possíveis entre o discurso e a época em que foi produzido, com eventuais correlações entre o *ethos*, a linguagem e os momentos históricos em que tramitaram os dois processos.

O primeiro passo da investigação foi o planejamento do trabalho, concomitante à pesquisa bibliográfica em artigos e livros sobre o tema escolhido. A escolha recaiu, especialmente – mas não apenas – em autores dedicados aos estudos da Argumentação e da Retórica em diálogo com a Análise do Discurso de linha francesa. Nesse âmbito, estudam-se conceitos e sua aplicação aos discursos de natureza jurídica e judicial, o que se faz por meio da leitura e recensão das obras selecionadas.

Depois de escolhido e limitado o *corpus*, passou-se a realizar leituras sistemáticas do inteiro teor dos votos proferidos no julgamento do HC nº 26.155/DF e da ADPF nº 54/DF. Buscaram-se exemplos do uso dos recursos retórico-discursivos de que se valeram os magistrados para a necessária e/ou desejada persuasão dos destinatários. Esses procedimentos discursivos decorrem do objetivo que cada qual pretende atingir, com o reconhecimento do acerto e a aceitação de sua decisão no caso concreto, que irá contribuir para formar a decisão final.

Os votos proferidos pelos ministros do STF, como regra, são exemplares, servem de modelo para a escrita produzida por outros profissionais da área do Direito e colaboram para a estabilidade dos gêneros, além de criar jurisprudência e, em determinados casos, limitar os julgamentos. Isso ocorre, por exemplo, com as súmulas vinculantes, cujas decisões se aplicam a processos semelhantes. Espera-se que os votos elaborados pelos ministros da mais alta corte do Poder Judiciário e por suas assessorias (também especialmente qualificadas) apresentem o domínio das melhores técnicas retóricas e argumentativas, além dos conhecimentos jurídicos. Esses conhecimentos técnicos jurídicos, é imperioso esclarecer, não são objeto deste estudo, cujos limites são o arsenal, deveras rico, de recursos linguísticos, que, destacados e analisados, podem melhorar a interpretação e a produção discursiva na

área e mesmo o conhecimento desses recursos para pesquisadores das áreas correlatas.

Partiu-se, assim, do estudo aprofundado dos votos, buscando-se deles extrair amostras exemplares de usos do discurso tendente à persuasão do interlocutor, apontando os mecanismos e as ferramentas utilizadas, o que foi feito por meio de raciocínios indutivos. Nesse passo, também logrou-se identificar como se projeta, elabora e mantém a imagem de si e dos sujeitos do processo em relação com os interlocutores, imagem essa que é pressuposta.

Os exemplos colacionados foram agrupados e classificados, e procedeu-se a uma análise qualitativa tendente a elucidar os procedimentos adotados e os princípios que neles se evidenciam, numa perspectiva pragmática, à luz do contexto histórico, político e social da tramitação de cada um dos processos.

As transcrições dos votos foram feitas de modo que as amostras, mesmo dos votos proferidos em 1936, tivessem sua redação adequada às regras gramaticais ora vigentes, sendo, ainda, corrigidas eventuais gralhas.

Com base em trabalhos prévios de Maingueneau (2008, 2010, 2015, 2020), Charaudeau (2002, 2009, 2015), Amossy (2016 e 2020), Pinto, Cabral e Rodrigues (2016), Cabral, Seara e Guaranha (2017), Pistori (2008, 2018), dentre outros, evidencia-se a aplicação prática dos recursos e ferramentas identificados na fundamentação teórica.

Os excertos selecionados são analisados individualmente e a seguir interrelacionados. Faz-se, então, uma comparação dos diversos mecanismos utilizados no âmbito de cada turno de fala e, posteriormente, comparam-se as duas situações, ou seja, os dois diferentes processos, temporalmente afastados.

Apreciadas as amostras escolhidas no âmbito do enquadramento teórico proposto, deseja-se, ao mesmo tempo responder às perguntas propostas no início da pesquisa e propor generalizações que facilitem o trabalho de interpretação e de produção de textos pertencentes aos gêneros jurídicos estudados.

Não se desconhece a limitação temporal e de profundidade decorrente da própria destinação da pesquisa, produzida em nível de mestrado. Por esse motivo,

optou-se por realizar um estudo qualitativo no qual se pudesse proceder a dois estudos de casos para, posteriormente, relacioná-los entre si, em busca de possíveis conexões.

É preciso esclarecer, por fim, que não se trata de um estudo na área do Direito, da História, da Política, da Psicologia. No entanto, a pesquisa correlaciona, de alguma forma, mesmo que transversalmente e num segundo plano, todas essas áreas do conhecimento e, possivelmente, ainda muitas outras.

## 5. ENQUADRAMENTO TEÓRICO

### 5.1. *Ethos*

*Ao falar/escrever, o sujeito mais se diz do que diz, ou seja, ele se inscreve na escritura.  
(Jacques Lacan)*

*Ethos* é termo grego, tomado da retórica antiga e, para os antigos, consistia na “construção de uma imagem de si destinada a garantir o sucesso do empreendimento oratório” (Amossy, 2016, p. 10). É uma das três provas retóricas, juntamente com o *pathos* e o *logos* – e a mais importante, de acordo com Aristóteles (...) –, mas a separação entre elas é eminentemente didática (Pistori, 2008, p. 33).

É “a imagem de si que o locutor constrói em seu discurso para exercer uma influência sobre seu alocutário” (Charaudeau & Maingueneau, 2020, p. 220). Maingueneau esclarece, a respeito do *ethos* retórico (op. cit., p. 220):

*O enunciador deve legitimar seu dizer: em seu discurso, ele se atribui uma posição institucional e marca sua relação a um saber. No entanto, ele não se manifesta somente como um papel e um estatuto, ele se deixa apreender também como uma voz e um corpo. O ethos se traduz também no tom, que se relaciona tanto ao escrito quanto ao falado, e que se apoia em uma “dupla figura do enunciador, aquela de um caráter e de uma corporalidade”*

Amossy destaca a relação entre o *ethos* retórico, as trocas face a face (que são objeto da pragmática) e os fenômenos da polidez (op. cit., p. 88). A mesma autora fala do *ethos* prévio (que Maingueneau denomina *ethos* pré-discursivo), “elaborado com base no papel que o orador exerce no espaço social (suas funções institucionais, seu *status* e poder), mas também com base na representação coletiva ou no estereótipo que circula sobre sua pessoa” (op. cit., p. 90).

No discurso, o orador, o locutor e o enunciador apresentam-se, conscientemente ou não, de determinado modo, o que pode ser exigência da atividade que exercem e de sua posição social. É por meio do discurso que justificam a sua legitimidade para dizerem o que dizem. Isso sem necessariamente apresentar-se ou

falar de si próprios, o que leva à distinção entre o *ethos* dito (o que o locutor diz de si mesmo) e o *ethos* mostrado (que decorre da maneira de falar), os quais, assim como o *ethos* dito verbal e o não verbal, inscrevem-se num *continuum* (Maingueneau, 2020, p. 12).

Essa imagem, quando se trata da análise do *ethos* discursivo – que não se desvincula totalmente do *ethos* prévio ou pré-discursivo –, perpassa o discurso, estampa-se nele, podendo ser recuperada e avaliada pelo auditório. É por meio do discurso que a imagem que o emissor supõe que o auditório faça dele pode ser formada, confirmada ou modificada.

Ocorre que essa apresentação não é isenta de riscos (Maingueneau, 2020, p. 41) e pode ou não coincidir com a imagem verdadeira da pessoa que a constrói e apresenta ou com aquela que deseja apresentar.

Gil (2018, pp. 142-143) diz:

*A apresentação de uma imagem de si ancora-se na imagem pré-existente a enunciação, já que o locutor constrói o seu ethos a partir da representação que supõe que o alocutário faz de si.*

*(...) o ethos pré-discursivo pode ainda ser convocado como fundamento para um argumento de autoridade.*

Quanto aos dados pré-discursivos, que geralmente não estão expressos no discurso e integram o imaginário coletivo e os estereótipos sobre os quais se baseia a comunicação, Amossy (2020, p. 91) afirma que:

*Para levá-los em consideração, é necessário – quando se busca investigar a força da palavra – um conhecimento do campo (político, intelectual, literário, etc.) do qual participa o locutor. Esse conhecimento permite determinar em que medida sua fala produzirá autoridade, se está autorizado a se apropriar dos assuntos que aborda, bem como do gênero que seleciona.*

Além do campo do conhecimento em que proferido o discurso, também o gênero tem grande importância numa análise prévia, porque, “mesmo que o coenunciador não saiba nada previamente sobre o caráter do enunciador, o simples fato de que um texto pertence a um gênero de discurso ou a um certo posicionamento ideológico induz expectativas em matéria de *ethos*” (Amossy, 2016, p. 71).

A autora ainda refere os estudos de Kerbrat-Orecchioni, que trataram, a partir da construção feita por Pêcheux, sobre “o jogo especular por meio do qual se realiza toda interlocução”. Aí inclui-se a imagem que locutor e interlocutor fazem de si próprios, a que fazem um do outro e a que imaginam que o outro faz de si, todas apreendidas “por meio das marcas verbais que a constroem” (2020, p. 84). A construção do *ethos* é resultado de um entrecruzar de olhares, em que o locutor convida o alocutário a ler suas intenções argumentativas (Gil, 2018, p. 130).

Ao deparar-se com um discurso qualquer, o alocutário vai situá-lo em determinado gênero, observar quem o profere (profissão, idade, inclinações políticas etc.) e qual o seu contexto e, a partir desse estudo prévio, fará pressuposições sobre o conteúdo, as quais podem ou não ser confirmadas. O locutor, por sua vez, quanto mais ciente desse processo, tentará mostrar sua credibilidade, autoridade e legitimidade, adaptando sua argumentação de modo a adequá-la às expectativas que supõe que o alocutário possua, visando à eficácia da própria enunciação, inclusive antecipando eventuais críticas, de modo a desencorajá-las, resistindo, assim, à contra-argumentação, que é comum no discurso polêmico.

A respeito do *ethos* e seus limites na análise do discurso (Maingueneau, 2020, p. 168):

*Sua área de rendimento máximo é aquela onde, através de textos escritos ou orais, se define uma identidade individual ou coletiva que, por um trabalho de posicionamento implícito ou explícito, deve fazer “boa figura”, mostrar uma forma coerente e significativa para determinada coletividade.*

Na Retórica, Aristóteles (2005, p. 160) relaciona as qualidades do orador que levam à persuasão:

*Três são as causas que tornam persuasivos os oradores, e a sua importância é tal que por elas nos persuadimos, sem necessidade de demonstrações: são elas a prudência, a virtude e a benevolência.*

Assim, na lição aristotélica, “o orador pode se mover entre três grandes tipos de *ethos*: a *phrónesis*, ou prudência, a *areté*, ou virtude, e a *eunoia*, ou boa vontade (Maingueneau, 2020, p. 10).

Como já foi dito, o *ethos* encontra-se imbricado com as demais provas inerentes ao discurso, segundo Aristóteles (Amossy, 2020, p. 18). Por esse motivo, a análise, no presente estudo, embora focada no *ethos*, recai não apenas sobre as características discursivas que apontam o locutor como alguém probo e digno de confiança, mas também de que forma utiliza a razão e o conhecimento (*logos*), bem como o afeto e a paixão (*pathos*) que orientam suas manifestações.

A captação do alocutário não prescinde do *pathos*, que o enreda na trama tendente a fazê-lo ingressar no universo apresentado pelo locutor (Gil, 2018, p. 146). De acordo com Charaudeau, “as emoções estão ligadas aos valores que vigoram no seio de uma comunidade, equivalente aos valores doxais da Retórica”, com o que a emoção se encontra interligada com a razão (op. cit., p. 158).

Para Amossy, a eficácia discursiva tem caráter simultaneamente interacional e institucional, numa relação de influência mútua, embora o *ethos* seja um fenômeno eminentemente discursivo quando analisado sob a ótica da pragmática (2016, pp. 120-121):

*(...) o poder das palavras deriva da adequação entre a função social do locutor e seu discurso: o discurso não pode ter autoridade se não for pronunciado pela pessoa legitimada a pronunciar-lo em uma situação legítima, portanto, diante dos receptores legítimos.*

Com efeito, e para fins de análise no âmbito das ciências da linguagem, é no discurso que o *ethos* se elabora, se confirma, se modifica ou se refaz, por meio de uma relação dinâmica de troca com o auditório e a partir de lugares comuns, pontos de suposta concordância entre locutor e alocutário, que o situam sócio-historicamente.

Na atualidade, a mídia ganha cada vez maior peso e a presença do orador, inclusive dos ministros do STF, na cena midiática, torna-os mais conhecidos dos destinatários e influencia no seu *ethos* efetivo (Maingueneau, 2020, p. 12):

*O ethos efetivo de um enunciador resulta, então, da interação entre seu ethos pré-discursivo, seu ethos discursivo (ethos mostrado), os fragmentos do texto no qual ele evoca sua própria personalidade (ethos dito).*

O paralelismo entre o discurso jurídico e o discurso político é possível, mas como já ficou registrado antes, no primeiro, quando se estuda o voto proferido em decisão colegiada, não há adversário a ser derrotado, embora possa haver conflito em razão da importância e dificuldade das questões, geralmente polêmicas e de difícil resolução, que exigem respostas do tribunal.

Püschel e Gebara (*in* Cabral & Bueno, 2019, p. 183) registram essa proximidade, apontada por Maingueneau:

*A relação do discurso constituído pelos ministros na decisão colegiada estaria na relação descrita por Maingueneau, pois a cada votação e decisão subsequente, há referência a textos fundadores (a Constituição, os Códigos); inscrição em uma memória que é reavaliada e ressignificada (decisões anteriores do STF e sua aplicação), gerando tensão entre o colegiado de ministros em busca da autoridade enunciativa (o grupo “vencedor”).*

Assim como nas manifestações clássicas da política e mesmo da publicidade, no discurso jurídico, o “*ethos* é facilmente identificável porque podemos relacioná-lo a uma instituição ou a um posicionamento explicitados por suas características” (Maingueneau, 2020, p. 38). É possível identificar, seja pela linguagem ou pelos rituais, que remetem ao imaginário coletivo, que se trata de uma decisão da Suprema Corte, ainda mais quando a televisão ou a *internet* proporcionam imagens do julgamento.

A legitimidade dos ministros decorre da Constituição e os julgados têm poder coercitivo. Apesar disso, a imagem positiva é reforçada por meio dos recursos discursivos adotados pelo julgador (imagem apartada daquela do indivíduo, porque, ao votar, representa um papel social) para apresentar e justificar o *ethos*, especialmente no que diz respeito ao conhecimento jurídico. É o caso do discurso relatado, onde são convocadas outras vozes, mencionando-se especialistas em Direito e em Medicina, além de depoimentos pessoais e até textos de cunho literário ou religioso como argumentos para fundamentar a decisão pela qual assume responsabilidade. É o corpo falante mencionado por Maingueneau (2020, p. 114), em que há proximidade entre o corpo e o enunciado.

O processo de elaboração da decisão, nos colegiados, é colaborativo e vale-se de referências das mais diversas naturezas (Cabral & dos Santos, 2016, p. 27):

*(...) se consideramos que a construção de sentidos é um processo colaborativo, decorrente do acionamento de conhecimentos prévios, os processos referenciais também precisam ser considerados como algo em permanente construção, já que os objetos de discurso são construídos, interativa e discursivamente, e não preexistem ao discurso.*

Embora os votos sejam elaborados independentemente, a situação muda um pouco de figura quando, obtido o resultado do julgamento, seja por unanimidade, seja por maioria, passa-se a falar da “decisão do Supremo Tribunal Federal” em determinado processo, desvinculando-a da imagem dos indivíduos prolores dos votos, mas referindo a instituição de maneira despersonalizada. Então já não é mais tão importante questionar as razões que levaram a cada um dos votos individualmente, nem o *ethos* de cada um dos ministros que participou do julgamento, mas passa a valer a decisão que tem poder de interferir na vida dos indivíduos e, a depender do tipo de processo, mesmo daqueles que não integraram qualquer ação judicial.

## **5.2. Retórica, argumentação, pragmática e dialética**

*Admitamos, portanto, que a retórica é a faculdade de descobrir, especulativamente, aquilo que, em cada caso, é apropriado para persuadir.*  
(Aristóteles)

“A retórica é a ciência teórica e aplicada do exercício público da fala, proferida diante de um auditório dubitativo, na presença de um contraditor” (Charaudeau & Maingueneau, 2020, p. 433).

Sua origem é vinculada à linguagem jurídica e à persuasão. No século V a.C., em Siracusa, na Sicília (hoje Itália, mas então Magna Grécia), os cidadãos necessitaram defender seus direitos sobre terras contra atos praticados pelos tiranos Gelon e Hieron e contaram com as fórmulas jurídicas práticas criadas por Córax e

publicadas no *Téchne Rhetoriké* (Pistori, 2001, pp. 39-40). Chegou logo a Atenas, onde desenvolveu-se e atingiu seu ápice com os sofistas, que ensinavam a retórica como instrumento para a manifestação política, priorizando seus aspectos estéticos. Eles foram, mais tarde, desacreditados por Platão, que se preocupava mais com a moral e com a busca da verdade do que com os aspectos propriamente formais da retórica. O processo judicial era então incipiente, ainda não havia propriamente advogados e a eloquência era importante recurso diante dos júris populares, para os quais foram criadas as referidas fórmulas, nas quais também era contemplada a arte do diálogo, que surgia na mesma época em Eleia (Piris & Rodrigues, 2020, p. 74).

Aristóteles aborda a retórica como arte, distinguindo-a da ciência, aproximando-a da dialética e baseando-se na verossimilhança sem descurar da filosofia, buscando reparar os danos causados por Platão. Desenvolve “um estudo lógico e não mais empírico da argumentação, uma psicologia das paixões e dos caracteres, uma estilística, tudo visto sob uma perspectiva filosófica” (Pistori, 2001, p. 49). O fundamento de sua doutrina incide sobre “o preferível, o provável, o verossímil”, que não se confunde com a demonstração lógica, própria das ciências, como único meio de prova (Pistori, 2008, p. 25).

Os retóricos gregos foram para Roma no século II a.C. e os maiores expoentes da retórica romana, ambos ligados à oratória judiciária, foram Cícero e Quintiliano. A retórica passou, no fim da antiguidade, a privilegiar o epidítico e entrou na Idade Média como integrante das *artes liberales*, mantendo-se seu aspecto formal e transferindo-a para a escrita, com a proliferação dos livros. Encaminhou-se, assim, para ficar restrita ao *elocutio*, redução essa que se tornou definitiva no Renascimento. Entrou em declínio e foi rejeitada pelo Modernismo, muito em razão da invenção da imprensa e do triunfo da razão analítica (cartesiana), tendo sido, já na Idade Contemporânea, no Romantismo e no Positivismo, objeto de indiferença e hostilidade (Pistori, 2008, pp. 57-94).

Com Perelman e a Nova Retórica (e não apenas com ele, mas também com estudos de outros autores, como Toulmin), surgida no período posterior ao final da Segunda Guerra Mundial, passou-se a entender que o positivismo, com seu raciocínio

lógico e cartesiano, não era suficiente para a interpretação e aplicação do Direito, o que levou ao pós-positivismo, com o resgate da retórica clássica. A Nova Retórica “assume-se como uma lógica de valores que considera tanto a compreensão e reação do outro como a instância histórica e dialética, reguladora de nossas crenças e convicções” (Pistori, 2008, p. 56).

Havia, então, uma busca de um discurso sensato que se opusesse aos discursos fanáticos dos totalitarismos, o que justificou a autonomia das reflexões sobre a argumentação (Plantin, 2008, p. 8). Deu-se um afastamento da certeza dos cálculos e da evidência dos axiomas (Piris & Rodrigues, 2020, p. 72), que tinham proximidade com a lógica aplicável às ciências naturais, mas que não evitaram os horrores presenciados na Segunda Guerra Mundial.

Fábio Ulhôa Coelho, no Prefácio à Edição Brasileira do Tratado da Argumentação (p. XIII) registra que já havia em Aristóteles a preocupação com a legitimação apenas das manifestações do intelecto humano “resultantes de determinado método, que possibilite o controle de sua pertinência”. E, no Prefácio da mesma obra, quando de sua reedição, Meyer registrou que “Perelman tomou uma terceira via: a argumentação, que raciocina sem coagir, mas que também não obriga a renunciar à Razão em proveito do irracional ou do indizível” (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 2020, p. XXI).

Perelman e Olbrechts-Tyteca (2020, p. 214) apontam a diferença existente entre demonstração e argumentação:

*Contrariamente ao que se passa numa demonstração na qual os procedimentos demonstrativos ocorrem no interior de um sistema isolado, a argumentação se caracteriza por uma interação constante entre todos os seus elementos.*

Por volta de 1970, a retórica reemergiu na França, mas com abordagem diversa, “no campo do estruturalismo, da lógica linguística, do cognitivismo”, focada na língua, como nos trabalhos de Ducrot e Anscombe e, mais tarde, as pesquisas em inteligência artificial voltaram-se para a argumentação, assim como ganhou espaço a argumentação crítica e dialogal (Plantin, 2008, p. 22).

Como registra Pistori (2018, pp. 73-74), tratando do discurso jurídico processual e a partir da noção aristotélica, “a retórica é o lugar da controvérsia e da busca da adesão do outro a uma determinada forma de ver o mundo, à busca de um consenso para a decisão, exatamente como acontece no discurso jurídico processual”.

Perelman e Olbrechts-Tyteca (2020, p. 6) mencionam a adesão dos espíritos como meta da arte oratória e de qualquer argumentação.

Amossy lembra que, para Aristóteles, Perelman e Olbrechts-Tyteca, retórica e argumentação são termos permutáveis (2020, pp. 8 e 11). A autora reformula e amplia a definição de argumentação de Perelman, nos seguintes termos (op. cit., p. 47):

*(...) os meios verbais que uma instância de locução utiliza para agir sobre seus alocutários, tentando fazê-los aderir a uma tese, modificar ou reforçar as representações e as opiniões que ela lhes oferece, ou simplesmente orientar suas maneiras de ver, ou de suscitar um questionamento sobre um dado problema.*

Seu estudo insere-se na Análise do Discurso, “na medida em que deseja esclarecer os funcionamentos discursivos, explorando uma fala situada e, pelo menos, parcialmente sujeita a coerções” (Amossy, 2020, p. 11).

A “argumentação é normalmente compreendida como uma técnica consciente de programação e de organização do discurso” (Cabral, 2020, p. 13) e, assim (Viola, 2020, p. 14):

*(...) não se trata tanto de analisar esquemas de argumentação ou estruturas argumentativas consideradas per se ou apreendidas isoladamente como uma determinada configuração, mas de perceber como o logos (o desenvolvimento dos argumentos em língua natural) se alia ao ethos (a imagem de si que o orador projeta no seu discurso) e ao páthos (apelos à emoção) no discurso de forma a revelar as atitudes e convicções do orador.*

Sobre argumentação e seu uso na seara jurídica (Ferraz Jr., 2014, p. 50):

*Argumentar significa tecer argumentos, aduzir os raciocínios que constituem uma argumentação. No sentido jurídico, a palavra é usada sobretudo transitivamente, em termos de alegar, trazer como argumento, e é um modo específico de raciocinar que procede por questionamentos sucessivos, razão pela qual alguns autores da Antiguidade também denominaram a parte do discurso retórico à argumentação de questiones.*

Na tripartição de Morris, que remonta a 1938, distinguem-se três componentes na apreensão da língua normal ou artificial e um deles era “a pragmática, que se interessa pelas relações dos signos com seus usuários, pelo seu uso e seus efeitos” (Charaudeau & Maingueneau, 2020, p. 393).

A respeito da relação estreita da AD com a pragmática (op. cit., 2020, p. 395):

*(...) ela é profundamente marcada pelas ideias-força da concepção pragmática da linguagem (interatividade, papel crucial do implícito, etc.). Mas cada corrente da análise do discurso privilegia esse ou aquele leitmotiv da pragmática.*

A dialética, por sua vez, é “uma forma particular de diálogo, que se desenvolve entre dois parceiros, cujas trocas são estruturadas em função de papéis específicos, orientada para a procura metódica da verdade”, uma das duas artes do discurso, juntamente com a retórica, ambas utilizando “os mesmos fundamentos de inferência, os *topoi*, aplicados a enunciados plausíveis, os *endoxa*” (op. cit., 2020, pp. 159-160):

*(...) pode-se considerar que o processo conversacional se torna dialético na medida em que ele repousa sobre um problema preciso, definido a partir de comum acordo, e se desenrola entre parceiros iguais, entre os quais a fala circula livremente, orientada para a busca do verdadeiro, do justo ou do bem comum, aceitando falar segundo as regras explicitamente estabelecidas.*

### **5.2.1. Perguntas retóricas**

*Ai flores, ai flores do verde pino  
se sabedes novas do meu amigo?  
Ai Deus, e u é?  
(Dom Dinis)*

As frases interrogativas podem ser inicialmente identificadas por um certo número de propriedades estáveis (sintáticas, semânticas e entonativas), na medida em que consistem, de regra, em pedido de informação ou de confirmação, recurso ao julgamento do interlocutor, aviso, solicitação, pedido para agir (Jacques, 1981, p. 70), mas não se limitam a isso.

As perguntas retóricas, apesar da forma interrogativa, têm a força ilocutiva das asserções e são feitas sem que se espere, propriamente, uma resposta (Haverkate, 2006, pp. 29 e 35). Visam a expor uma tese e chamar a atenção do interlocutor para

o que está sendo dito: “Elles ont pour fonction d’introduire et d’insister sur ce qui va venir dans la deuxième partie de la réplique” (Ennasser, 2010, p. 139).

Apresentam-se vinculadas, embora não de forma exclusiva, a diversos gêneros discursivos tais como o debate parlamentar, as cartas ao diretor, textos jornalísticos de opinião, textos publicitários, homilias religiosas, interações nos tribunais de justiça e conversações coloquiais (Burguera Serra, 2010, p. 234).

Dentre as inúmeras intenções e objetivos que podem ser atingidos com as perguntas retóricas, sobressaem, especialmente no âmbito do discurso jurídico de cunho decisório, a integração do auditório, que é trazido para dentro da discussão que se trava com limitadas oportunidades de participação, ditadas pelas rígidas normas de manifestação.

O emissor chama a atenção do destinatário para o que está sendo dito e, diante das contingências próprias do gênero, sabe de antemão que não terá uma resposta imediata, o que lhe permite, além de expor sua própria ideia, apoiar, rechaçar ou criticar a do outro, que pode, no caso do discurso jurídico decisório, ser uma das partes no processo, um dos ministros envolvidos no julgamento, algum dos demais atores do processo ou mesmo a sociedade como um todo. O emissor pode manifestar-se sem esperar (de regra) uma reação imediata a sua manifestação (mesmo que seja agressiva ou debochada, por exemplo), embora o uso da pergunta retórica represente uma forma de integrar o auditório no interior do discurso.

Acerca das questões retóricas, diz Hudson (1975, p. 16):

*Rhetorical questions are ones that don't expect an answer; but so far as I know, there is never anything in their FORM that tells the hearer whether or not he is supposed to offer an answer. More often than not, he recognizes a question as rhetorical because of some very obvious feature of the situation of utterance - if the speaker leaves no time for answers, but just goes straight on speaking, or if the hearer is listening to a radio talk. Consequently, there is certainly no justification for setting up 'rhetorical' as a semantic category, even if there is justification for having something like it as a kind of IF. Neither can we posit, as a sincerity condition for interrogatives, that the speaker should expect an answer from the hearer. Now consider the difference between ordinary questions and 'conducive' ones. Once again, I believe it is possible to explain conduciveness in terms of 'pragmatic' constraints, making it unnecessary to include it in the semantic analysis per se.*

Segundo Burguera Serra (2010, p. 372):

*La IR no parte de la concordancia de opiniones entre el emisor y el rival político aludido, pero sí supone un mecanismo con el que resaltar una plausible coincidencia entre lo dicho por el emisor y aquello que configura el imaginario colectivo del destinatario final. Dicho de otro modo, el emisor tiende a trasladar mediante las IIRR contenidos que adquieren, en mayor o menor grado, um valor próximo al topos. Esta particularidad es la que explica que de cara al destinatario no presencial la IR sea percibida como un mecanismo de intensificación argumentativa que preserva la imagen del emisor, mientras que de cara al destinatario in situ suponga un recurso de carácter impositivo con el que dar entrada a un contenido individual y subjetivo, evidentemente contrario a los intereses de este último.*

### 5.3. Discurso

*O discurso é concebido como a inclusão de um texto em seu contexto.  
(Adam)*

Discurso, na filosofia clássica, aproximava-se do conceito de *logos*. Define-se como uma unidade linguística composta de uma sucessão de frases (Harris), o texto incluído em seu contexto (Adam), estudo linguístico das condições de produção do texto (Guespin) (Charaudeau & Maingueneau, 2020, pp. 168-172).

Charaudeau (2002, p. 1) diz:

*(...) tout discours s'inscrit dans un certain cadre actionnel où sont déterminés les identités sociales, les buts et les rôles sociaux des partenaires de l'échange langagier. Ce cadre, (que nous appelons "situationnel" ou "communicationnel") comprend donc un ensemble de contraintes qui déterminent le comportement discursif de ces partenaires: possibilité de prise de parole selon le droit qui leur est accordé, rôles énonciatifs qu'ils doivent endosser, modes d'organisation du discours qui sont attendus.*

Para Fonsêca e Rodrigues (2012, p. 2), o discurso:

*(...) perpassa a análise das estruturas composicionais, é uma forma de engajamento no mundo. O discurso deve ser entendido como um processo complexo, que serve a sociedade a fim de solucionar algum problema específico e no qual os atores participam diferentemente como membros de categorias sociais, grupos, profissionais, organizações, comunidades.*

Charaudeau (2015, p. 110) chama de situação global de comunicação o que Maingueneau chama de cena englobante (integração de um tipo de discurso a uma esfera de atividade – 2020, p. 19):

*(...) est le lieu où sont déterminées les conditions communicationnelles de l'échange selon la nature des partenaires de l'échange du point de vue de leur légitimité et des rapports qui les lient a priori (statuts et rôles à tenir), la finalité discursive de celui-ci du point de vue de son intentionnalité (de prescription, d'incitation, de sollicitation, etc.; voir Charaudeau 2001), le domaine thématique qui s'y attaché.*

A cena genérica de Maingueneau (“das normas constitutivas de um gênero ou subgênero de discurso” – 2020, p. 19) é denominada situação específica de comunicação por Charaudeau (2015, p. 111), categoria de ordem empírica, definida pelos gêneros discursivos, onde são especificados os termos da categoria anterior. As duas noções encontram-se englobadas no conceito de contrato de comunicação, adotado mais recentemente por Charaudeau (contrato global e variantes do contrato global).

Cenografia (ou situação de enunciação para Charaudeau; “imposta pelo gênero, mas constituída pelo próprio texto”, segundo Maingueneau, 2020, p. 19) é o nível instituído pelo próprio discurso, “lieu d'intervention du sujet qui sous les instructions discursives imposées par le contrat, procède à la mise en scène de son acte de langage”, enquanto para Maingueneau consiste exclusivamente no lugar onde se combinam diversos gêneros. Charaudeau completa (2015, p. 113):

*Mais ce n'est pas elle qui « légitime un énoncé », c'est le contrat qui légitime l'énoncé, le sujet récepteur percevant le contrat avant que de lire le texte (quand je vois une affiche dans la rue, je reconnais par avance le contrat publicitaire ou politique avant d'avoir lu ce qui s'y trouve écrit). Ce n'est pas, pour moi, la scénographie qui est « requise pour raconter une histoire, dénoncer une injustice, présenter sa candidature à une élection, etc. », mais le contrat.*

É na linha da noção de “contrato de comunicação”, trazida por Charaudeau, que Gil (2018, p. 14) menciona:

*(...) a argumentação será uma prática social na qual o locutor se adapta a situação de comunicação, gozando simultaneamente de margem de manobra para escolher as estratégias que melhor servem o seu propósito. Do ponto de vista argumentativo, trata-se de propor um conjunto de pontos de vista a um alocutário, problematizando, posicionando-se e apresentando provas.*

É dele (*in* Charaudeau & Maingueneau, 2020, p. 130) a seguinte definição:

*(...) o conjunto das condições nas quais se realiza qualquer ato de comunicação (qualquer que seja a sua forma, oral ou escrita, monolocutiva ou interlocutiva). É o que permite aos parceiros de uma troca linguageira reconhecerem um ao outro com os traços identitários que os definem como sujeitos desse ato (identidade), reconhecerem o objetivo do ato que os sobredetermina (finalidade), entenderem-se sobre o que constitui o objeto temático da troca (propósito) e considerarem a relevância das coerções materiais que determinam esse ato (circunstâncias).*

Charaudeau afasta-se de Maingueneau quando diz, quanto à influência do componente externo da linguagem no discurso (2015, p. 114):

*Je reste donc résolument un partisan d'une analyse du discours « sociodiscursive ». Non pas une analyse du discours sociologique, mais sociodiscursive, le social étant intégré dans l'acte de langage par le biais du contrat. C'est ce que j'ai appelé l'intégration de l'externe du langage dans l'interne de l'acte d'énonciation. (...) Mais on voit l'intérêt de ces notions : il s'agit de sortir l'analyse du discours de l'intra-textualité (un texte ne signifie que partiellement par lui-même), et de lui ajouter une dimension communicationnelle (la signification d'un acte de langage dépend des conditions sociales de son énonciation).*

Há uma relação especular em toda comunicação. O locutor se mostra de modo a ser (re)conhecido pelo auditório e a reconhecer-se nele, o que exige cuidados específicos, quer se trate de uma plateia homogênea ou não (Amossy, 2020, p. 77):

*O orador trabalha, então, para elaborar uma imagem do auditório na qual este desejará se reconhecer. Ele tenta influenciar opiniões e condutas mostrando a esse auditório um espelho no qual sentirá prazer em se contemplar.*

Essa relação especular apresenta mão dupla entre locutor e alocutário. As estratégias de argumentação e as características dos gêneros discursivos envolvidos evidenciam a posição de fala do primeiro, sua legitimidade para dizer o que diz, além de sua própria visão e interpretação não apenas sobre o que pretende comunicar, mas também a respeito do interlocutor ou ao auditório ao qual se dirige, bem como dos valores por estes adotados e, ainda, dos demais discursos proferidos no universo onde se inserem. Leva-se em conta a influência mútua entre locutor/orador e alocutário/auditório.

Nesse ponto, a imagem da representação teatral se faz bastante presente, como refere Goffman (além de outros autores, dentre eles Grize, Discini e

Maingueneau), ao tratar dos ritos de interação (tema lembrado por Amossy, 2020, pp. 86-87). Assim como ocorre no teatro, há os atores (locutor e alocutário/auditório), que têm um *script*/roteiro a seguir ou um papel a desempenhar, e isso vai influenciar na escolha do gênero discursivo a ser adotado. A atuação ou representação está sujeita à apreciação do auditório ao mesmo tempo em que busca causar nele algum impacto, numa espécie de troca. O locutor busca atuar sobre o alocutário/auditório na verdadeira acepção da palavra e, assim, procura fazê-lo agir. Nesse sentido, discurso é ação. É, também, encenação, na medida em que os discursos seguem determinadas regras, muitas não linguísticas, como é o caso, quando se trata do discurso jurídico, das regras constitucionais, processuais e regulamentares.

Kerbrat-Orecchioni, citada por Gil quando destaca a natureza dialógica do discurso (2018, p. 85), registra que se trata de “uma rede de influências mútuas: falar é interagir verbalmente e mudar através da interação verbal”. Referida por Maingueneau (2020, p. 23), a mesma autora associa a noção de *ethos* “aos hábitos de fala partilhados pelos membros de uma comunidade”.

A construção especular, que Amossy lembra também estar presente na obra de Pêcheux, é referida por Kerbrat-Orecchioni, que “sugere incorporar, ‘na competência cultural dos dois participantes da comunicação [...], a imagem que eles fazem deles mesmos, que eles fazem do outro e que eles imaginam que o outro faz deles mesmos” (Amossy, 2020, p. 84).

Locutor e alocutário se conhecem ou procuram se conhecer e buscam preparar-se para que sua interação seja bem-sucedida, quer essa interação se dê numa forma agonística ou irênica (aliás, ambas podem ser concomitantes, a depender do gênero e mesmo de cada caso concreto).

O auditório é ficção verbal (Amossy, 2020, p. 55), criada pelo orador, e determina os gêneros oratórios (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 2020, p. 24):

*Os gêneros oratórios, tais como os definiam os antigos – gênero deliberativo, judiciário, epidíctico –, correspondiam respectivamente, segundo eles, a auditórios que estavam deliberando, julgando ou, simplesmente, usufruindo como espectadores o desenvolvimento oratório, sem dever pronunciar-se sobre o âmagô do caso.*

O auditório é construído discursivamente a partir de “saberes doxais, lugares comuns e representações de que o seu locutário/destinatário comunga” e, quanto mais próximas da realidade forem as suposições e estereótipos formados pelo orador sobre o auditório, mais eficaz tende a ser o discurso (Gil, 2018, p. 126). O orador supõe conhecer o auditório e, a partir desse auditório fictício, pretende, com base em recursos retóricos e argumentativos intencionalmente desenvolvidos para o contexto e o caso concreto ou não, alterar a compreensão dos destinatários a respeito do tema que é objeto do discurso.

Mesmo que não haja evidências textuais do destinatário, que pode ser intencionalmente ou não omitido, não é possível “omitir a inscrição silenciosa dos valores e das crenças a partir das quais tenta estabelecer comunicação” (Amossy, 2020, p. 62).

Comunicar-se pressupõe o Outro, mesmo que se trate de um discurso escrito no qual o interlocutor não está fisicamente presente e não pode interpelar o locutor de imediato. Escreve-se sempre para alguém, embora a presença do Outro, enquanto se escreve ou profere o discurso, possa não ser consciente (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 2014, p. 7).

Esse processo encontra limites nas qualidades oratórias e retóricas do enunciador, bem como nas regras atinentes ao gênero discursivo e ao âmbito social e histórico onde proferido. Deve-se conhecer, para o sucesso comunicativo, o auditório ao qual se destina o discurso e apresentar-se de modo a facilitar seu convencimento ou persuasão, o que se dá pela palavra.

Ao escrever ou falar, busca-se, em regra, persuadir o destinatário do discurso e, para isso, deve-se mostrar apenas a imagem que se supõe tendente a obter o sucesso da empreitada comunicativa.

O auditório pode ser compósito, diversificado ou dividido, o que o torna mais complexo e exige mais esforço e planejamento e/ou mais talento do orador para lograr persuadi-lo. Aliás, somente pode ser considerado homogêneo em termos relativos e provisórios – além de ser imprescindível, também, a relativização sócio-histórica – na medida em que o orador aposta num denominador comum e em estereótipos a partir

dos quais constrói seu auditório (Amossy, 2020, pp. 63 e 76), baseando-se, portanto, no acordo possível.

Amossy diferencia a visada argumentativa da dimensão argumentativa do discurso (2020, p. 7). No primeiro caso, há um esforço para fazer o auditório aderir ao discurso, enquanto no segundo, procura, mais modestamente, “modificar a orientação dos modos de ver e de sentir”.

### **5.3.1. Análise do discurso**

*[...] tout genre de discours vise un certain type de modification de la situation dont il participe.  
(Maingueneau)*

Charaudeau e Maingueneau (2020, pp. 43-46), quando tratam da análise do discurso, em seu dicionário a ela dedicado, dizem que se trata de disciplina relativamente recente, cuja denominação foi dada por Zellig Harris em artigo escrito em 1952. Associam-na à relação entre texto e contexto. Destacam, ainda, que, mais do que uma disciplina, é um espaço de problematização.

A Análise do Discurso “emerge no seio das ciências da linguagem nos anos 1960, principalmente nos Estados Unidos, França e Inglaterra, e impõe-se, nos anos 80, como um vasto espaço de investigação em diversos países, integrando correntes teóricas diversas oriundas de várias disciplinas” (Viola, 2020, p. 23).

Sobre a emoção na AD (Fonsêca & Rodrigues, 2012, p. 2):

*A noção de emoção para a análise do discurso tem intercessão com os conceitos da psicologia e sociologia, uma vez que as emoções são frutos de um sujeito em sua situação de comunicação e contextos sócio, históricos e cognitivos. As emoções são codificadas pelo discurso e cabe ao analista realizar o processo reverso, para tal ele precisa dar conta dos constituintes desse fenômeno.*

Amossy propõe a reintegração da dimensão retórica na análise da argumentação, análise essa que se inscreve na escola francesa da AD, reunindo as dimensões enunciativa, pragmática, dialógica e interativa (Gil, 2018, p. 91).

A respeito da escola francesa (que se opõe à corrente de inspiração anglo-saxônica), na sua obra acima referida, Charaudeau e Maingueneau relatam que a denominação foi consagrada “em 1969 com a publicação do número 13 da revista *Langages*, intitulado “A Análise do discurso” e com o livro *Análise automática do discurso* de Pêcheux (1938-1983), autor mais representativo dessa corrente” (2020, p. 202). Acrescentam que a corrente passou a ser marginalizada na década de 1980. Hoje é preferível falar-se em tendências francesas, sendo também de se destacar que o conceito de ideologia, inicialmente central para a análise do discurso de língua francesa, encontra hoje mais espaço na *Análise Crítica do Discurso* (2020, pp. 268-269).

Charaudeau traça, sobre o assunto, um histórico bastante esclarecedor (2002, pp. 7-8):

*(...) L'analyse du discours, en France, s'est développée, on le sait, sur un corpus spécifiquement politique. Des notions nouvelles comme celles d'"énonciation", de "corpus de textes" (et non plus seulement de phrases), de "contextes", de "conditions de production" ont permis aux études linguistiques de découvrir et de déterminer un nouveau champ d'analyse du langage qui ne renvoyait plus à la langue, à l'étude des systèmes de la langue, mais au discours, c'est-à-dire aux discours qui circulent dans le monde social et qui eux-mêmes témoignent de ce que sont les univers de pensée et de valeurs qui s'imposent dans un temps historique donné. Cette analyse du discours politique se réclamant du « matérialisme historique » et d'une « théorie des idéologies » telle qu'elle fut définie par Althusser [17], s'est ensuite appropriée, au terme d'un certain travail critique [18], le concept de « formation discursive » proposé par Foucault [19]. Ainsi elle a donné lieu à des travaux qui avaient pour but de révéler sous le langage des pré-supposés idéologiques, tout en ayant recours à des méthodes d'analyse diverses (analyse automatique, analyse distributionnelle, analyse lexicométrique) [20]. A l'heure actuelle, d'ailleurs, les études qui se développent sur le discours politique tentent de combiner plusieurs de ces méthodes : une analyse lexicométrique qui, en utilisant une méthode de traitement statistique des corpus, essaye de déterminer des univers sémantiques et des positionnements des locuteurs impliqués d'une façon ou d'une autre dans le champ politique ; une analyse énonciative qui met en évidence les comportements locutifs des acteurs de la vie politique et au-delà leur positionnement idéologique [21] ; une analyse argumentative qui tente de mettre en évidence les logiques de raisonnement qui caractérisent lesdits positionnements [22]. Parallèlement, est apparue dans les années 80 l'analyse critique du discours définie et développée par Teun A. van Dijk. Celle-ci, selon ses propres dires [23], s'inscrit dans diverses filiations : néo-marxiste d'Adorno à Habermas, de l'École de Chicago, de la sociolinguistique anglaise avec Berstein et Halliday, de l'analyse du discours française sous l'influence de Foucault et Pêcheux et de la pensée de Gramsci en Italie. Van Dijk a commencé par s'intéresser au discours raciste sous toutes ses formes, même les plus indirectes et cachées, pour ensuite tenter « d'élucider les stratégies de légitimation et de construction de la domination qui (...) s'inscrivent dans l'abus de pouvoir » à L'activité dans ce domaine a été, on le voit, très intense et a suscité de nombreuses questions qui continuent, à l'heure actuelle, à être le centre des discussions.*

Na AD – que se caracteriza pela pluridisciplinaridade, integrando as “ciências da informação e da comunicação, ciências da linguagem e da educação, bem como da área da sociologia, ciências políticas e da filosofia” – estuda-se “a articulação da enunciação do discurso com um determinado lugar social” (Viola, 2020, pp. 10 e 23-24), bem como observam-se as interações entre orador e auditório, sempre numa perspectiva dialogal e pragmática, partindo-se da análise da língua em uso.

### **5.3.2. Discurso de convencimento, persuasão, sedução e manipulação**

*Protéger la liberté d'expression est indispensable,  
protéger la liberté de réception l'est tout autant  
(Philippe Breton)*

Sorlin (2017, pp. 1-2) traça um breve histórico da sedução. O verbo seduzir tem sua origem no latim *seducere*, que significa desviar do caminho. O termo adquiriu sentido pejorativo, muitas vezes vinculado ao comportamento feminino e à sedução como o meio ao alcance da mulher na luta pelo poder. Registre-se, sob outro ângulo, que a literatura é rica em exemplos do uso de linguagem rebuscada e de palavras doces pelos homens para conquistar – e muitas vezes enganar – as mulheres. Procedimento assemelhado foi posteriormente adotado nas cortes, no século XVII, para agradar a realeza. Já no século XIX, a sedução chegou à política com líderes carismáticos e demonstrações de poder militar. Segundo a autora, a sedução atingiria seu ápice no século XXI, vinculada à publicidade. Ela ainda destaca (2017, p. 4):

*La séduction n'a rien à voir avec la vérité; ce qui semble séduire au contraire, c'est le secret, l'invisible, ce qui ne peut que s'imaginer: (...) Le discours de la séduction serait au contraire fondé sur des échos linguistiques, un jeu subtil sur les mots et leurs associations futiles.*

Embora a sedução constitua mecanismo inerente a todo discurso e mesmo a toda relação humana, até porque o discurso e a comunicação, em geral, visam a persuadir e a mobilizar o interlocutor de alguma forma, o discurso sedutor encontra-

se, principalmente, no discurso literário, publicitário, político e ideológico, embora também possa ser encontrado no discurso jurídico.

O discurso sedutor substitui a violência física, adotando, para tanto, recursos linguísticos, estilísticos e retóricos, dentre outros (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 2014, p. 61). Seu poder “decorre em boa medida do fato de que leva o leitor a identificar-se com a movimentação de um corpo investido de valores historicamente especificados” (Amossy, 2016, p. 73). Basicamente, encaminha o interlocutor para que concorde com o emissor e mesmo para que realize aquilo que este pretende. Isso pode ocorrer de forma inofensiva, mas também pode resultar em manipulação.

Valendo-se do *pathos*, mas, especialmente, do *ethos* aristotélico, prioriza-se a emoção e pretende-se produzir um discurso que atinja o coração e, assim, mobilize a sensibilidade do interlocutor, que não vai se valer primeiramente de seu raciocínio para apreender a mensagem transmitida.

Sobre sedução e *ethos*, diz Sorlin (2017, p. 3):

*De même, la séduction est au coeur de la construction de l'image du locuteur (ethos) qui est censée être force d'attraction (surtout si le locuteur parvient à se construire par le discours une image charismatique). Si la séduction est l'art de plaire à l'autre, elle semble recourir à des formes linguistiques et rhétoriques (constructrices d'image, génératrices d'arguments ou productrices d'affects) et répondre à des enjeux pragmatiques impliquant un certain placement de soi et de l'autre (processus interactionnel), entrant ainsi en ligne de compte, à des degrés divers, dans chacune des directions décrites par Charaudeau.*

Para Leclerce, que se refere ao texto acima mencionado (2017, p. 5):

*Car si la manipulation est une partie importante de la séduction, il y a un reste, dûment noté par le texte de Sandrine Sorlin: il n'y a séduction que si l'objet de la séduction accepte d'être séduit, ou même désire être séduit. La séduction est une relation duelle et réciproque (le séducteur veut être séduit; le séduit est en même temps séducteur): séduire, ce n'est pas simplement manipuler.*

O discurso de sedução é informado pelo princípio da ilusão de que fala Sorlin, situado no meio do caminho entre o princípio da manipulação e o da cooperação. Gera desconfiança, até mesmo porque integra um jogo, que pode ser honesto ou não.

Leclerce (2017, p. 2), referindo o texto de Sorlin, fala da sedução como jogo em que a violência pode existir, mas mostra-se doce e é consentida.

Há, no discurso de sedução, uma relação especular: ao mesmo tempo que o locutor fala bem do destinatário, para agradá-lo, fala bem também de si próprio, buscando criar uma imagem de si que agrade ao público.

Para Viola, a presença da emoção na produção do discurso sedutor evidencia-se por meio da palavra que se dirige ao outro e exprime as razões e as paixões do locutor, “e é persuasiva porque procura o assentimento do auditório para as suas proposições” (2020, p. 149).

O’Driscoll (2017, p. 2) lembra que o termo “sedução”, na língua inglesa, vincula-se quase sempre com a conquista amorosa e sexual. Citando Baudrillard, conceitua o discurso sedutor como “qualquer comportamento linguístico que induza as pessoas a fazer, acreditar ou sentir o que seu produtor quer que elas façam, acreditem ou sintam”. Destaca, ainda, seu grande componente afetivo, bem como sua presença na comunicação diária e nos relacionamentos, de modo nem sempre consciente, geralmente implícito e até mesmo disfarçado, mas não necessariamente enganoso. Ainda é importante registrar que o discurso sedutor é componente do *ethos*, na medida em que revela indícios do que o interlocutor deve pensar ou efetivamente pensa (pode não haver coincidência) sobre o locutor. O discurso sedutor está presente na autoapresentação, especialmente quando inexistente conflito ou oposição entre os interlocutores, hipótese em que é substituído pelo discurso de persuasão, que é o objeto do presente estudo. Ainda segundo o mesmo autor, diferencia-se, por sua vez, do discurso manipulador porque pressupõe uma participação ativa do seduzido, que é também, por sua vez, sedutor.

Enquanto a sedução é parcialmente visível, a manipulação é dissimulada (Sorlin, 2017, p. 10), embora as fronteiras não sejam sempre muito claras.

Acontece com a sedução situação de descrédito similar àquela ocorrida com a retórica. Maillat (2017) registra que, “desde Sócrates e seu aluno Platão, em sua luta contra a sofística, a manipulação é considerada como uma forma de discurso argumentativo que sofre de uma deficiência em relação a um princípio argumentativo

erigido em norma”<sup>1</sup> (tradução nossa). Também menciona que, “concretamente, a manipulação afeta o processo de seleção de pressuposições contextuais de modo a reduzir o número dessas últimas que serão levados em consideração”<sup>2</sup> (tradução nossa). Ou, seja, como diz o autor, a manipulação busca explorar os princípios cognitivos que governam a comunicação, por meio de várias estratégias argumentativas, incluindo ilusões cognitivas já estudadas desde o início do século XX.

É ainda Maillat (op. cit., p. 2) que diz que o discurso manipulativo é uma estratégia que busca desviar os processos interpretativos e que a sedução, enquanto estratégia argumentativa, também pode ser classificada como discurso manipulativo, porque “pode forçar os processos interpretativos de um interlocutor de modo a reforçar a posição argumentativa do locutor”<sup>3</sup> (tradução nossa). Ainda, de acordo com a análise crítica do discurso, a manipulação “consiste numa explanação sistemática das desigualdades de recursos simbólicos e/ou sociais visando a promover ou a manter uma desigualdade de acesso aos ditos recursos em benefício do orador”<sup>4</sup> (op. cit., p. 3). O autor oferece a seguinte definição pragmática de discurso manipulativo (op. cit., p. 7):

*La manipulation est une stratégie discursive visant à garantir qu'un ensemble de présomptions contextuelles pertinentes C' appartenant à l'environnement cognitif du destinataire, dans lequel l'énoncé-cible U serait affaibli ou contredit, soit moins accessible que l'ensemble de présomptions C lors du processus d'interprétation.*

Além do uso abusivo dos argumentos de autoridade como estratégia manipuladora de sedução (que pode, no entanto, não apresentar o viés manipulador, o que ocorre quando a reciprocidade está presente), por meio dos quais se busca

---

<sup>1</sup> Depuis Socrate et son élève Platon dans leur combat contre la sophistique, la manipulation est considérée comme une forme de discours argumentatif qui souffre d'une déficience par rapport à un principe argumentatif érigé en norme.

<sup>2</sup> Concrètement, la manipulation affecte le processus de sélection de présomptions contextuelles de façon à réduire le nombre de ces dernières qui seront prises en considération.

<sup>3</sup> (...) peut contraindre les processus interprétatifs d'un interlocuteur de façon à renforcer la position argumentative de la locutrice.

<sup>4</sup> La manipulation consistera ici à une exploitation systématique des inégalités de ressources symboliques et/ou sociales visant à promouvoir ou à maintenir une inégalité d'accès aux dites ressources au profit de la locutrice.

estabelecer uma relação pessoal de confiança, há também os argumentos falaciosos, que apelam às emoções que constituem a sedução (op. cit., p. 9).

O convencimento dirige-se ao intelecto, enquanto a persuasão, ao coração (Amossy, 2020, p. 196). De acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca (2020, pp. 29-34), a diferença entre convencer e persuadir é imprecisa, mas:

*(...) o que suscita acima de tudo o interesse é uma técnica argumentativa que se imporia a todos os auditórios indiferentemente ou, pelo menos, a todos os auditórios compostos de homens competentes ou racionais.*

*(...)*

*Para quem se preocupa com o resultado, persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação.*

*(...)*

*Em contrapartida, para quem está preocupado com o carácter racional da adesão, convencer é mais do que persuadir.*

*(...)*

*Propomo-nos chamar persuasiva a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional.*

Entre sedução e persuasão, a primeira é vista como um processo emocional, que recorre a componentes “retóricos e alegóricos a fim de envolver e comover”, enquanto a segunda tem um componente que “sugere maior envolvimento do raciocínio e da lógica” (Chalita, 2007, pp. 2-3).

Sobre persuasão e a necessidade de conhecer o auditório, Gil (2018, p. 57) registra:

*Persuadir é procurar a adesão intelectual de um auditório, estruturando o discurso em função desse mesmo auditório, com vista à eficácia, pelo que a argumentação constitui um local de intersubjectivades (sic). Conhecer o auditório, conhecer as suas crenças e tábuas de valores é, pois, fundamental para o orador*

A mesma autora (op. cit., p. 143) aponta, ainda, a importância da autoridade e legitimidade do locutor:

*(...) Uma das condições para que o objectivo de convencer pelo discurso e que o alocutário reconheça autoridade e legitimidade ao locutor. O desequilíbrio entre a imagem de si que o locutor apresenta e a que o alocutário (re)constrói gera conflito — daí que o ataque ad hominem, nas suas diferentes variantes, abunde como forma de desqualificação.*

Nesse mesmo sentido (Amossy, 2016, p. 120):

*Na realidade, o poder das palavras deriva da adequação entre a função social do locutor e seu discurso: o discurso não pode ter autoridade se não for pronunciado pela pessoa legitimada a pronunciá-lo em uma situação legítima, portanto, diante dos receptores legítimos.*

Sobre *ethos* e persuasão, excerto da Retórica de Aristóteles, na tradução francesa adotada por Maingueneau (2020, p. 9):

*Persuadimos pelo caráter (=ethos) quando o discurso é apresentado de modo a tornar o orador digno de fé; com efeito, nós nos fiamos mais rápida e preferentemente em pessoas de bem, em todos os assuntos em geral, e completamente em questões que não admitem certeza alguma, mas deixam lugar à dúvida.*

Seara (2014, p. 11) considera a cortesia como “uma forma de comunicação indireta”, podendo ser usada como meio de suavizar estratégias de poder ou de persuasão.

Pode-se, assim, concluir que o discurso de persuasão é o que mais se adequa ao discurso decisório judicial proferido em colegiado. Não há disputa entre os magistrados, que gozam do mesmo poder e legitimidade para decidir, da mesma autoridade e do mesmo *status* atribuído a seus pares, e procuram, por meio de argumentação sólida, demonstrativa de uma imagem de si que pretendem mantenha-se positiva (e que também é vista e julgada por diversos outros auditórios concomitantemente), fazer prevalecer seu entendimento, ao qual chegam depois de deliberação íntima, sobre qual a decisão mais adequada, de acordo com o ordenamento jurídico, para a situação trazida a julgamento, sempre tendo em vista os efeitos de sua decisão sobre a sociedade.

### **5.3.3. Discurso jurídico e discurso jurídico decisório**

*Artigo 1*

*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.*

*Artigo 2*

*1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião*

- política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.*
2. *Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.*  
(Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

Para Pistori (2008, p. 12):

*O Direito visa à solução de possíveis conflitos sociais. É uma prática social, mas também cultural, que se resolve por meio de palavras. A sociedade tem consciência tanto de que o Direito nos protege do poder arbitrário, quanto de que, ao mesmo tempo, pode ser um instrumento de manipulação.*

Na linha dos ensinamentos de Aristóteles – mas diferentemente do que pretendia o Direito de influências positivistas e cartesianas –, mais do que a verdade, busca-se, na atualidade, decidir com base na racionalidade e na razoabilidade, que devem estar estampadas na argumentação. Nesse contexto, registre-se que tanto a razoabilidade quanto a necessidade de fundamentação foram elevadas a princípios constitucionais pela CF de 1988.

Trata-se de um contexto institucional altamente formal onde é cumprida a tarefa de exercer a jurisdição, ou seja, onde se diz o direito a ser aplicado no caso concreto, depois de apresentado pelos interessados (Pinto, Cabral & Rodrigues, 2016, p. 59). Se por um lado há rituais, com regras e restrições a serem necessariamente observadas, existe também uma certa liberdade tanto no que diz com a escolha dos argumentos a serem adotados no pedido quanto na decisão, que podem ter viés científico, filosófico, dentre outros, e não se limitam às normas do Direito, mas valem-se de conhecimentos de diversas outras áreas.

O discurso jurídico “difícilmente foge à sua cena genérica, construindo em seus textos cenografias que, na maior parte das vezes, se atêm à cena genérica rotineira e cumprem as finalidades do próprio gênero” (Pistori, 2008, p. 38). A cena genérica está vinculada ao contrato e ao gênero.

O discurso jurídico inclui diversos gêneros que podem, de acordo com o momento processual (quando se trata de processos, como neste estudo, embora se

apresente também em outros tais como livros, palestras, artigos, aulas, pareceres, etc.), ser expressos oralmente ou por escrito. Manifesta-se em diferentes instâncias, o que demonstra sua amplitude, assumindo características próprias, quer se trate de códigos, compilações, recolhas normativas, trabalhos de exegese legislativa, processos e decisões jurisprudenciais (Pistori, 2008, p. 56).

Pistori (2018, p. 47) cita Aristóteles, mencionando que “a qualidade do orador é mais útil no discurso deliberativo, enquanto colocar o auditório numa posição afetiva é mais vantajoso para o judiciário”. É preciso esclarecer que não se confundem o conceito aristotélico de gênero judiciário, analisado no seu aspecto eminentemente retórico, e o discurso jurídico em geral, tal como é concebido na atualidade, que se refere “a discursos, textos, enunciados próprios de uma atividade social e constitui-se de gêneros que lhe são próprios” (op. cit., p. 55).

Como regra, ele não se dirige à sociedade como um todo, até mesmo porque usa vocabulário técnico específico e hermético, que decorre de sua natureza institucional e, mesmo, classista (Dallari, 2007, p. 148). Há necessidade de explicações ou traduções para os leigos sobre o que é tratado e decidido nas leis e nos processos, o que pode ser feito, por exemplo, pela imprensa, que comunica, em linguagem mais compreensível ao público, o resultado dos julgamentos. Existem, no entanto, movimentos para simplificar a linguagem jurídica, tornando-a mais compreensível inclusive para as partes no processo, aproximando, além disso, os magistrados do povo (op. cit., pp.152-157).

A respeito, Tomazi e Cabral (2017, p. 51) destacam que a “manipulação desse discurso começa em sua própria constituição, que é regada por complexidade em suas formas de dizer, desenvolvendo uma linguagem inacessível para quem se encontra fora do lugar ocupado pelos operadores do Direito”.

É também de acordo com o tipo de processo que o discurso jurídico se organiza. Quer se trate de um processo cível ou criminal, perante a primeira instância ou um tribunal, há peculiaridades a serem consideradas.

O processo é dialógico do início ao fim e, em geral, embora predominantemente escrito, ainda inclui momentos de oralidade, como a sustentação oral, as audiências

de conciliação e instrução, as audiências públicas, as sessões dos tribunais e as sessões do júri, dentre outros.

As regras, bastante rígidas, inclusive no que respeita aos turnos de fala, encontram-se nos Códigos Penal, Processual Civil e Processual Penal e nos Regimentos Internos dos tribunais. Devem ser obedecidas, muitas vezes sob pena de não se apreciar o pedido formulado. Eventuais transgressões representam riscos e podem inviabilizar o acesso ao Judiciário.

Quando trata das esferas em que se dá a ação social, que ora se afastam, ora se aproximam entre si, Charaudeau (2002, p. 4) esclarece:

*L'enjeu de la sphère juridique consiste à réguler le monde des conflits sociaux (au sein de la vie économique, du travail et de l'organisation des entreprises, du quotidien) et à déterminer les valeurs symboliques autour des notions de propriété, d'égalité, de conduite morale, etc. qui doivent justifier un certain arsenal législatif.*

*(...) la Justice dépend étroitement, pour son organisation, pour la prise de décision et pour l'exécution des sentences qu'elle profère, du pouvoir politique.*

Ao Poder Judiciário atribui-se “a missão de aplicar contenciosamente a lei a particulares” e, para isso, são essenciais a “imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções” (Ferraz Jr., 2014, p. 10).

O raciocínio prático que justifica uma decisão judicial raramente é a simples conclusão de um silogismo (Perelman, 1971, p. 6) e a redução do “processo decisório a uma construção silogística o empobrece e não o revela em sua maior complexidade” (Ferraz Jr., 2014, p. 33).

Já não prevalece a concepção puramente formalista do direito, que limitava toda decisão de justiça à subsunção dos fatos à regra de direito aplicável, sem priorizar a maneira pela qual se justifica o processo do raciocínio ou como o juiz formaliza a decisão que já foi tomada.

Sobre como ocorre o processo de decisão, Ferraz Jr. (2014, p. 35) afirma:

*Há quem diga, nesse sentido, que, embora formalmente primeiro apareça a regra geral, depois a descrição do caso e por fim a conclusão, na verdade o decididor tenderia a construir a decisão*

*por um procedimento inverso, intuindo, primeiro, a decisão a que deve chegar para então buscar, regressivamente, suas premissas.*

Diz, ainda (op. cit., p. 42), que “a hipótese não é isenta de uma tomada de posição ideológica, que se baseia no modo como se atribui relevância aos valores principais do sistema normativo”.

Segundo Perelman, “o direito organiza as controvérsias e os processos de modo a chegar a uma decisão imposta pelo juiz”<sup>5</sup> (tradução nossa), que tem competência para pôr fim aos conflitos, mediante uma decisão motivada, o que diferencia o direito da moral e da filosofia (1971, pp. 7-8).

O auditório desse juiz será constituído pelas partes no processo (e inclusive os demais “agentes do processo de aplicação” – Ferraz Jr., 2014, p. 40), as instâncias superiores e a opinião pública esclarecida (Perelman, 1971, p. 8). Perelman chama atenção para as situações em que, mesmo a lei sendo clara e precisa, não deve ser aplicada, porque não se está diante de condições normais, o que há de ser levado em conta no caso concreto (op. cit., p. 12).

Para Pail (2016, p. 44):

*No positivismo jurídico e na lógica formal, se encontra a racionalidade cartesiana, enquanto que no moralismo jurídico e na lógica formal, a racionalidade complexa, não mais separando razão e emoção como opostos e não mais reduzindo processos inferenciais a silogismos lógicos.*

Na Introdução d’O Império Retórico (1997, pp. 9-18), o autor, não satisfeito com a resposta dos positivistas sobre os julgamentos de valor, que não teriam valor cognoscitivo e careceriam de lógica, bem como com a retórica clássica, vista como tratado de figuras, mencionou a necessidade de reexaminar as relações da retórica com a dialética, tais quais eram vistas na retórica antiga.

No âmbito do discurso jurídico e judicial decisório, há modelos de ação preestabelecidos, ritos e tradições a serem observados, muitos sob pena de desconsideração do pedido formulado. Além disso, quando se trata do Supremo

---

<sup>5</sup> (...) le droit organise les controverses et les procès de façon à aboutir à une décision imposé par le juge.

Tribunal Federal (e mesmo de outras cortes ou de uma audiência formada por juristas ou uma situação de qualquer forma ligada ao Direito), há formalidades tradicionais das quais não se podem os participantes afastar, e isso inclui formas de tratamento, linguagem técnica, disposição dos falantes, comportamento designado para cada um dos participantes durante as sessões de julgamento, indumentária especial etc. Cada qual deve observar estritamente o papel que lhe compete para a decisão do “conflito institucionalizado, o qual não admite escaladas e deve ser tratado dentro do sistema”, exigindo-se dos participantes profissionais que se manifestem de modo impessoal e que se valham “de uma tópica material em que se privilegiam lugares-comuns, como serenidade, imparcialidade, interesse da justiça, responsabilidade, profissionalidade etc.” (Ferraz Jr., 2014, p. 47).

O discurso judicial abrange todas as manifestações do magistrado, sejam elas decisórias ou de impulsionamento e organização do processo. Tem evidente conteúdo coercitivo, em razão do papel constitucional atribuído ao Judiciário, que é o de solucionar conflitos, substituindo-se às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos. A decisão judicial faz lei no caso concreto e, nas ações objetivas, tais como a ADPF, por exemplo, expande seus efeitos para além das partes diretamente envolvidas no processo. Por outro lado, e como ocorre na ação antes referida, a decisão judicial pode também ter efeitos futuros e não apenas incidir sobre fatos já ocorridos.

Não obstante esse caráter coercitivo – que resulta da legitimidade atribuída por lei para julgar –, quando o juiz elabora uma decisão, além do evidente recurso ao *logos* – porque a decisão judicial deve ser pautada na razão, com fundamento na lei, argumentos científicos, menção a precedentes judiciais etc., e deve, obrigatoriamente, ser fundamentada –, a presença do *ethos* é de suma importância. Ainda, mesmo que o auditório esteja fisicamente ausente quando da elaboração do voto, ele é levado em consideração e fica, de alguma forma, seja direta ou indiretamente, inscrito no discurso, onde se podem apreender os valores ou crenças do próprio orador ou locutor ou os que ele supõe que sejam os do auditório (Amossy, 2020, p. 62).

O juiz pretende agir sobre o alocutário (sejam as partes do processo, seus advogados, os demais atores do processo ou do mundo jurídico, o tribunal que tem o poder de rever a decisão ou mesmo a sociedade como um todo), a fim de que adira a seu ponto de vista. Para tanto, vale-se de recursos retóricos tendentes à eficácia do discurso, os quais podem também incluir (e quase sempre o fazem, embora com limitações dadas pelo gênero e, também, pela instituição), o *pathos*. O recurso à emoção e à sensibilização do alocutário faz parte desse processo de persuasão. *Logos*, *ethos* e *pathos* imbricam-se na produção discursiva, associando a legitimidade institucional às marcas discursivas de legitimação pela fala (Amossy, 2016, p. 17).

Pela sua natureza, a decisão jurídica é um procedimento racional, que exige fundamentação (Ferraz Jr., p. 46):

*Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao entendimento de outrem. Não deve apenas ser provado, mas comprovado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso ou acordo, mas sim que são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional).*

Além das regras atinentes à legislação e ao processo, também é exigida a observância das regras de cortesia, tanto nas manifestações escritas quanto nas orais, durante as sessões de julgamento. A respeito, registre-se que “as marcas de polidez se confundem com algumas estratégias argumentativas dos magistrados para que o conflito de opinião entre eles, durante as deliberações, não seja ‘mal-vindo’” (Pinto, Cabral & Rodrigues, 2016, p. 56). Por vezes é possível verificar que há um equilíbrio ténue nas manifestações de ministros com opiniões divergentes e até mesmo com antipatias pessoais, não apenas entre si, mas também direcionadas aos advogados, por exemplo, nem sempre suplantadas pelas regras de convivência. O discurso judicial fica numerosas vezes marcado por referências elogiosas, críticas, irônicas e, mesmo, agressivas. O que se espera, no entanto, é a manutenção do equilíbrio, para o que contribui o televisionamento das sessões (Piris & Rodrigues, 2020, p. 307):

*No Supremo Tribunal Federal, as sessões são plenárias e televisionadas por emissora própria, o que atribui plena publicidade e alta visibilidade aos eventos ocorridos nesse contexto. Além*

*disso, trata-se de um contexto que impõe o emprego de linguagem técnica jurídica e certo cuidado no trato entre ministros, com uso preferencial de linguagem polida e controlada.*

Nas decisões judiciais, depois de analisadas as alegações e provas produzidas pelas partes antagônicas no processo, que integram o relatório – quando esse se faz necessário –, passa-se à argumentação para justificar a deliberação do juiz, que tem a função de substituir as partes, solucionando a causa com vistas à pacificação social.

Embora a argumentação não seja privativa do discurso judicial, ela lhe é fundamental, porque (Amossy, 2020, p. 66):

*(...) a argumentação se revela necessária em todos os casos em que uma deliberação se impõe, em que diversas opções se revelam possíveis para os que comungam a mesma doutrina.*

Segundo Cabral e Guaranha (2014, p. 26):

*(...) o juiz tem a obrigação de julgar, mas não apenas julgar; ele deve ainda motivar seu julgamento, indicando como se estabelece a ligação entre sua decisão e a legislação que ele aplica. Sua argumentação deve, por conseguinte, servir para justificar a aplicação da lei, tornando sua decisão válida, o que confere à argumentação um lugar central para a justiça, pois esta só se torna justa se válida dentro dos valores admitidos como tal na comunidade em que se insere.*

O procedimento da argumentação jurídica se constitui da seguinte forma (Ferraz Jr., p. 69):

*O procedimento argumentativo legitimador obriga-se a não se ater à letra da norma, mas a buscar-lhe a ratio imanente, primeiro por meio de métodos teleológicos, sociológicos e mesmo axiológicos, para depois visar a um procedimento interpretativo transformador das realidades sociais: procedimento argumentativo de legitimação.*

A exigência, desde a Constituição de 1988, da observância dos princípios da publicidade e da fundamentação, obriga os juízes a justificarem fundamentadamente sua decisão em cada caso, porque, em regra, os processos judiciais (e, em casos como os do STF, até mesmo as sessões de julgamento) são acessíveis e, assim, podem tornar-se de conhecimento público de forma ampla, o que vem ocorrendo de forma cada vez mais rápida. É também a fundamentação que permite os recursos

contra a decisão, porque os argumentos apresentados podem ser rebatidos pela parte que, sentindo-se prejudicada, deseja obter uma decisão mais favorável. Uma decisão judicial pode ser anulada caso não observe tais princípios.

O processo judicial, na sua origem, era oral, mas hoje é predominantemente escrito. Escreve-se a petição inicial, que dá origem ao processo e é submetida ao juiz e aos demais atores do processo (contrapartes, Ministério Público, peritos, servidores públicos etc.). A solução do conflito (o processo pressupõe um conflito a ser solucionado pelo Estado-juiz) é também dada por escrito (mas pode ser proferida oralmente, em audiência, e posteriormente transcrita) mediante diversos gêneros textuais, de acordo com a situação (despacho, sentença, voto, ementa).

É fato que as pessoas se deixam mais facilmente persuadir por um locutor cuja probidade é conhecida. A lei (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº 35, de 14/03/1979 e a Constituição Federal) exige um padrão de comportamento dos magistrados, não apenas para ser escolhido para ocupar determinados cargos, mas também para o ingresso mediante concurso. Esse comportamento é supervisionado pelas Corregedorias e por órgãos como o Conselho Nacional de Justiça e há previsão de penalidades que vão desde a advertência até a aposentadoria compulsória com rendimentos.

### **5.3.3.1. Voto como gênero discursivo**

*Toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual. (Perelman e Olbrechts-Tyteca)*

A decisão judicial (Jorge Neto, 2016, p. 109):

*(...) não é um ato intelectual isolado, restrito à esfera meramente semântica, mas é um ato de compartilhamento de sentido e de significados. É um ato social e político, no sentido mais amplo do termo. Uma teoria da decisão judicial em linha com a reviravolta linguista deve incorporar o discurso e a argumentação, como elementos de justificação da atividade judicial.*

Na presente pesquisa, o foco recai exclusivamente sobre a decisão judicial e, mais especificamente, sobre o gênero voto, que equivale à sentença – “o ápice do processo decisório” (Pistori, 2018, p. 65) –, mas é proferido em decisões colegiadas dos tribunais e, no caso em análise, pelo tribunal responsável, no Brasil, por decidir as causas constitucionais, que é a mais alta corte do Poder Judiciário.

Trata-se de um gênero no qual o locutor refere-se a uma compreensão da realidade em conformidade com a esfera ideológica do Direito, conforme Pistori (Cabral & Bueno, 2020, p. 110). Portanto, a realidade é submetida às regras e princípios jurídicos (mas não apenas a eles, como se verá a seguir), com vistas ao oferecimento de uma solução ao problema que se apresenta, a qual é dada por meio de uma decisão que possui valor coercitivo e, portanto, obriga aqueles a quem se direciona.

Qual é o papel do juiz quando profere sua decisão (Cabral & Guaranha, 2014, p. 22)?

*(...) o papel do juiz vai além da simples aplicação da letra da lei que, enquanto tal, seria percebida como injusta. Isso quer dizer que, quando uma letra da lei traz um problema ético a um caso particular, é necessário retomar a intenção do legislador; dá-se, assim, ao juiz, uma possibilidade de interpretar os textos e pronunciar julgamentos que pareçam mais justos. O sentimento que permite declarar alguns atos justos e outros injustos é, segundo Perelman (1999), a ética.*

A sentença tem estrutura assemelhada à de um silogismo lógico, no qual a premissa maior é a legislação, a premissa menor são os fatos e a conclusão é o dispositivo, mas não deixa de haver nela espaço para a intuição e a emoção, podendo-se fazer uma conexão entre os termos sentença e sentir (op. cit., p. 66).

Nas instâncias superiores, a decisão é formada pelo conjunto dos votos dos integrantes da Corte envolvidos no julgamento, cujo resultado é emitido por meio do acórdão (o acordo dos julgadores, por unanimidade ou maioria), do qual é extraída uma ementa (um resumo do julgado). Acórdão pode ser conceituado como “o documento por meio do qual os julgadores que compõem o tribunal procuram expressar para o seu público um consenso em torno de uma decisão e de uma fundamentação” (Klafke, 2015, p. 7).

Registre-se que os votos são apresentados, na sessão de julgamento, ao presidente da corte, a quem o relator costuma dirigir-se durante a leitura, não havendo impedimento a que se dirija também a outros dos ministros (ou mesmo aos advogados ou outros presentes à sessão) e vice-versa, havendo tolerância para intervenções pertinentes que, por sua vez, ficam registradas nas notas taquigráficas e podem, assim, vir a integrar a decisão final (op. cit., pp. 24-25).

O voto individual, que é, em geral, elaborado previamente, uma vez apresentado, torna-se dialogal na medida em que é submetido aos pares na sessão de julgamento e, tornado público, passa a atingir diversos outros auditórios. É inclusive passível de mudanças e alterações, que podem mesmo ser drásticas, a partir do diálogo que se segue à leitura em plenário, numa construção decisória conjunta, decisão essa para a qual concorre a totalidade dos ministros envolvidos no julgamento.

Quando elabora seu voto, o que ocorre, atualmente e como regra, em seu gabinete, com o auxílio de sua assessoria, para o que dispõe do tempo que entender necessário, o ministro tem em mente um auditório fictício e delibera de acordo com seus valores e seus conhecimentos, dentro dos limites impostos pela lei. Deve-se registrar que são limitadas as oportunidades de mudar de ideia, voltar atrás e mesmo de adaptar o voto aos argumentos dos demais ministros, o que deve ser sempre justificado. É comum que isso aconteça em julgados posteriores, quando a mudança de entendimento ocorre depois de encerrado o julgamento. Essa mudança pode ocorrer por conta de argumentos de outrem, reflexões próprias, novos fatos e/ou novas provas ou por conta de recursos. As mudanças de opinião e entendimento podem configurar ameaça à face do ministro, cujas decisões, espera-se, devem guardar coerência e manter um determinado padrão.

Segundo Cabral e Guaranha, a questão da Justiça (2014, p. 33):

*(...) se assenta num princípio fundamentalmente argumentativo, dialógico em sua dupla dimensão: quer compreendida como troca de turnos entre sujeitos que expõem ideias divergentes; quer entendida como vozes sonantes ou dissonantes que são evocadas na fala de cada sujeito. Esse dialogismo permeia o conceito de Justiça, tanto do ponto de vista do que se considera justo, quanto do ponto de vista dos atos jurídicos que se esforçam para construir argumentativamente a justiça em favor de um caso particular.*

Para decidir sobre assuntos tão graves e importantes, com repercussões tão relevantes em situações particulares ou da sociedade como um todo, é imprescindível um colegiado preparado e diverso. Embora não represente a sociedade, na medida em que seus integrantes não são eleitos, os integrantes do tribunal devem conhecer e ter em mente as características e as necessidades dos cidadãos. Tal, no entanto, não autoriza o julgamento com base no clamor público, por exemplo, uma vez que a decisão judicial deve basear-se no sistema jurídico em vigor.

Exige-se dos ministros que tenham reputação ilibada e notório saber jurídico, que sejam indicados pelo Presidente da República e aprovados em sabatina realizada pelo Senado Federal, tudo de acordo com previsão constitucional, o que lhes atribui autoridade e legitimidade para decidir, e isso ocorre, em diversos casos, como instância única e inapelável (Dallari, 2007, p. 107).

A diversidade da composição dos tribunais (que não são formados exclusivamente por juízes de carreira, não sendo exigido que os ministros do STF o sejam) e a própria natureza do discurso jurídico processual contribuem para a existência do dissenso e para o surgimento da polêmica. O confronto, no entanto, deve ser evitado e encontra limite nas regras institucionais e de cortesia.

A eventual intervenção desestabilizante (termo usado por Maingueneau quando trata de debates eleitorais, 2020, p. 27) que se apresenta nos julgamentos não advém de um adversário que se deseja destruir ou vencer. Ocorre que os pares, com suas opiniões diversas, suas idiosincrasias, crenças, valores e diferentes visões do Direito e do mundo, podem, com argumentos tão fortes quanto os do relator, posicionar-se até mesmo de modo diametralmente oposto, podendo aliar-se ou divergir dos votos anteriores, proferidos pelo relator ou instauradores da divergência. Além dos demais integrantes do colegiado, podem oferecer ameaças à face do relator (ou de outro ministro que proferiu seu voto) os advogados das partes, os representantes do Ministério Público e da Advocacia Geral da União, as partes, a plateia presencial ou virtual (via televisão ou via internet), a imprensa, dentre outros, devendo-se considerar, nesse sentido, os efeitos do imediato e quase indiscriminado acesso aos julgados na atualidade.

Isso deve ser levado em consideração quando da análise da argumentação (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 2014, p. 45):

*Do mesmo modo que não se confere uma importância igual aos argumentos desenvolvidos em sessão pública e àqueles que são apresentados em sessão secreta, também o segredo da deliberação íntima parece penhor da sinceridade e do valor desta última.*

O juiz, seja quando profere decisão monocrática ou sujeita a colegiado, pensa no alocutário e busca agir sobre os espíritos, levando o auditório a pensar e aderir a seu ponto de vista. Toma como referência, primeiramente, a razão/*logos* e vale-se de argumentos científicos, de precedentes e de diversos outros recursos. A emoção também pode estar presente nas decisões, mas de forma controlada, como ocorre nas referências a experiências pessoais que são narradas de tal forma a evocar simpatia por parte do alocutário. É verdade que, no discurso jurídico, são mais utilizadas pelos advogados das partes e mais em alguns tipos de processos do que outros, sendo o Tribunal do Júri, por exemplo, onde são julgados os crimes dolosos contra a vida, palco de debates acalorados e emotivos em razão de seu formato e seus ritos próprios. Dos juízes, em geral, esperam-se decisões desprovidas de manifestações tipicamente emocionais, além de isentas e pautadas na ciência e na moderação.

O que interessa na decisão jurídica é o dispositivo, mas a fundamentação/argumentação, que é obrigatória, conforme previsão constitucional, dá satisfação sobre os motivos de o julgador ter decidido de um ou de outro modo, demonstrando o encaminhamento do raciocínio até a decisão. É o que dá abertura para críticas, respostas, contradições, oposições tendentes a demonstrar a correção de decisão contrária ou diversa, intermediária ou não.

Para Amossy, (2020, p. 53), o discurso argumentativo é sempre dialógico, embora não necessariamente dialogal. Gil lembra a lição de Plantin, para quem a atividade argumentativa é dialogal, distinguindo-se do caráter monologal da retórica clássica, mas registra que, mesmo o discurso monologal não deixa de ser dialógico (2018, p. 93). Há que se considerar a polifonia incidente já na elaboração do voto, que constitui uma resposta ao pedido da inicial. Além disso, a polifonia revela-se “através

da menção ou retoma de discursos anteriores e de outras vozes” (Gil, 2018, p. 51), como ocorre, por exemplo, por meio do discurso relatado.

Por outro lado, não tem, como regra, efeito isoladamente, exceto nos casos em que a lei ou o regulamento preveem a possibilidade de decisão monocrática, a qual deve ser posteriormente submetida ao plenário. Isso porque o voto somente passa a ter validade plena após a manifestação do colegiado, seja a decisão unânime ou por maioria. Exige-se a manifestação de todos os integrantes da corte presentes e aptos a participar do julgamento, nem que seja para apenas manifestar concordância com o relator ou com a divergência instaurada.

No voto, o ministro tem o controle sobre o *ethos* que deseja apresentar, até mesmo porque se trata de discurso inicialmente monologal. É, no entanto, submetido aos pares, que podem ter opiniões dissonantes ou não, e isso não é possível de saber com total certeza de antemão. O voto deve ser justificado com argumentos que persuadam os demais integrantes do colegiado sobre o acerto da decisão.

No caso do STF, apenas ao colegiado como um todo compete decidir definitivamente (há, no entanto, como já referido, decisões que podem ser proferidas monocraticamente e depois apreciadas pelo colegiado, assim como há decisões que podem ser tomadas pela turma, sem serem levadas ao plenário, em casos expressamente previstos em lei e regulamento) e os recursos são dirigidos ao próprio colegiado, que é última instância, de acordo com previsão constitucional.

A responsabilidade de cada um que proferiu voto e da instituição como um todo fica estampada na decisão e esta fica registrada para sempre depois de externada. O voto pode ser esquadrihado por inúmeros e os mais diversos interlocutores (partes no processo, interessados, advogados, imprensa, sociedade, alunos, teóricos, estudiosos e pesquisadores das mais diversas áreas do conhecimento).

## 6. ETHOS E PERSUASÃO NA DECISÃO JUDICIAL

### 6.1. Os votos proferidos no HC nº 26.155/DF

*Repara bem no que não digo. (Paulo Leminski)*

A ementa e o acórdão, que apresentam a decisão final do colegiado e o resultado do processo, são elaborados ao final do julgamento, mas aparecem no início do documento, anteriormente aos votos individuais. A ementa resume como o processo foi tratado: como mera expulsão de estrangeira do território nacional. O acórdão, por sua vez, demonstra que a decisão foi por maioria, o que não significa que qualquer dos ministros tenha votado pela procedência: a decisão foi pelo não conhecimento do pedido, na linha da decisão do relator, tendo havido votos pela improcedência.

Atente-se para o fato, referido no acórdão, de que foram indeferidos os pedidos de requisição do processo administrativo, de comparecimento da paciente e de realização de perícia médica para comprovação de seu estado gravídico. Isso evidencia a desconsideração às alegações do advogado da paciente, que resultou no não conhecimento do processo. Sequer foi oportunizada a defesa, porque foi impossibilitada a comprovação de qualquer das alegações autorais. A decisão limitou-se ao fato de que se trata de estrangeira perigosa cuja “permanência no país compromete a segurança nacional” e, com base em decreto, entendeu-se que não era cabível *habeas corpus* no caso. Por fim, a impetrante é ainda condenada ao pagamento das custas processuais.

No processo sob análise, conforme anteriormente já referido, o voto do relator não consta do banco de dados do STF, mas o seu conteúdo pode ser colhido dos votos dos demais ministros, alguns dos quais lhe fazem referências expressas.

O primeiro voto a ser registrado é o do Ministro Carlos Maximiliano, reconhecido, no *site* do STF na internet, como “grande auxiliar do governo em época

bem agitada” ([www.stf.jus.br/verMinistro.asp?periodo=stf&id=230](http://www.stf.jus.br/verMinistro.asp?periodo=stf&id=230)) e jurista com atuação destacada na área de hermenêutica jurídica. O voto é, como de praxe, dirigido ao presidente do Supremo e a forma como é redigido indica que foi proferido oralmente e registrado por escrito durante a sessão.

O primeiro argumento é de que não foram produzidas provas das alegações da inicial de que existe processo em trâmite contra a paciente e que “os tribunais devem aceitar como verdadeiras as informações das autoridades, até prova em contrário” (p. 2). Essa é uma das “certas alegações que precisam ser examinadas” e que reputa “talvez a mais séria”, no que pode ser considerado uma desqualificação da peça inaugural do processo e já indicia a decisão a ser proferida. Refere, nesse sentido, o voto do relator, cuja clareza da leitura elogia (p. 2).

O argumento de que não foram produzidas provas (e que diz que poderiam tê-lo sido, depois de intervenção do relator – p. 2), aliás, está em contradição com o indeferimento dos pedidos de produção probatória registrado no acórdão. Ou seja, o argumento é rejeitado porque não há provas cuja produção foi expressamente indeferida. Nem se diga que poderiam ter sido apresentadas com a inicial, não apenas diante da urgência do pedido, mas também da dificuldade da produção probatória no caso, que dependia, inclusive, da apresentação de documentos produzidos pelo próprio governo e da apresentação e realização de perícia médica em paciente que se encontrava presa.

A face do advogado impetrante sofre ataque do magistrado, que busca persuadir o auditório de que tem razão na sua interpretação dos fatos. Para tanto, vale-se da autoridade do relator, que o antecedeu e votou pelo não conhecimento do pedido, enquanto o Ministro Carlos Maximiliano conheceu-o e negou-lhe provimento. Essa qualificação negativa é ratificada quando sustenta que (pp. 2-3):

*S.S., no entanto, com certeza não satisfeito, invocou um outro: essa senhora, regenerando-se pelo amor, como a Dama das Camélias, iria, e deseja mesmo, no recinto da prisão, com afagos, carinhos e conselhos, regenerar também o revolucionário Luiz Carlos Prestes!...*

Nesse trecho do voto, o ministro usa de ironia e chega a mencionar a *Dama das Camélias*, romance do século XIX que trata de um amor impossível ao qual a heroína renuncia<sup>6</sup>. A referência à obra literária carece de força como argumento jurídico, mas indica, embora figurativamente, que são falhas, inaceitáveis e mesmo ficcionais as alegações da inicial, as quais sequer devem ser levadas a sério pela Corte. Aliás, não à toa o argumento anterior, rapidamente afastado, foi apontado como o mais sério pelo ministro.

A importância da imprensa é ressaltada pelo ministro, que refere que a inicial foi publicada, além de distribuída aos pares (p. 2). Os jornais impressos, na época, constituíam o meio oficial de divulgação das decisões judiciais e dos processos em andamento. Em muitos processos, especialmente naqueles de cunho político, eram comuns também os debates (e até hoje o são, mas não apenas nos jornais e não de modo principal neles, cuja popularidade foi substituída por outros meios de comunicação), com manifestações contra e a favor dos pedidos e das decisões, numa tentativa de influenciar a sociedade e mesmo a solução a ser dada pelos ministros no processo. O processo em questão teve repercussão internacional, sendo reconhecida a atuação da mãe de Luiz Carlos Prestes na tentativa de obter a liberdade da paciente, mesmo depois do julgamento. Se não teve sucesso completo, já que não impediu a expulsão e a morte de Olga Benário/Maria Prestes, ao menos garantiu a sobrevivência da filha que esta trazia no ventre quando foi presa no Brasil (Abal, 2017, p. 897).

Nada disso, no entanto, foi levado em consideração na decisão que pôs fim ao HC sem apreciar-lhe o mérito. O discurso dos ministros passou ao largo da discussão a respeito da permissão que foi assim dada para que uma judia e comunista grávida fosse entregue ao regime nazista e ficou limitado à aplicação da lei ao caso concreto, numa abordagem estritamente formalista que concluiu pela aplicabilidade direta da norma aos fatos, sem considerar as peculiaridades do caso concreto, nem a gravidade das consequências da decisão. Os argumentos do advogado – em lugar de terem sido debatidos e rebatidos –, quando foram analisados e não simplesmente

---

<sup>6</sup> Porto Editora – *A Dama das Camélias* na Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora. [consult. 2021-12-08]. Disponível em [https://www.infopedia.pt/\\$a-dama-das-camelias](https://www.infopedia.pt/$a-dama-das-camelias)

desconsiderados, foram desqualificados e em alguns momentos, até mesmo ridicularizados.

O primeiro e o segundo argumentos foram afastados por meio de argumentação bastante concisa, limitada à falta de comprovação, à primazia das informações das autoridades e à escolha de um fundamento tido por incompatível com o HC.

Ao introduzir o argumento final de seu voto, o ministro afirma que há “outro motivo que me obriga a examinar o caso em debate” e, sobre a referida alegação de que a paciente seria brasileira, “desde que o advogado levantou a tese, sou forçado a apreciá-la” (p. 3), demonstrando enfado e desdém, num novo ataque à face do advogado. Em resposta a uma pergunta retórica, diz que a paciente não é brasileira, não tendo sua alegada condição de nacional sido comprovada nos autos. Define-a de modo bastante pejorativo, com base em informações da imprensa que afirma terem sido as únicas provas apresentadas pelo advogado, dando conta de que se trata da „amante de um terrível revolucionário alemão, ao qual deu fuga das prisões alemãs” (p. 3). O fato de que “está para lhe nascer um filho” não lhe beneficia, porque “a Constituição só considera brasileiro o nascido no Brasil e não aquele que tenha sido arranjado no Brasil” (p. 3). Destaca, novamente com um tom de descaso e ironia, que não compreende a propositura de HC para defender o feto, ainda mais considerando que a paternidade, afirmadamente de brasileiro, não foi comprovada (p. 4):

*Ainda mais: a maternidade, no caso, é certa, o que não sucede quanto à paternidade, pois ao tempo da concepção não se sabe onde se encontrava Luiz Carlos Prestes, talvez mesmo no Paraguai... No nosso país não se achava.*

Descurando do necessário resguardo do direito do nascituro, afirmou que “as expulsandas levam em sua companhia, fora ou dentro do ventre, os filhos que tenham”, o que constitui, segundo o ministro, “direito e obrigação” (p. 4). Na mesma linha, citando a Constituição em vigor e a anterior, lembra que não basta ter filho brasileiro para não ser expulso: é preciso ainda ser proprietário de imóveis no país (p. 4):

*Esta não é a situação de Maria Prestes; pelo contrário: não é casada com brasileiro, não possui imóveis e o filho ainda não nasceu.*

Por fim, assevera que, embora o advogado seja “incansável na defesa da sua constituinte” (p. 4) não ficou comprovada a alegada existência de processo de extradição eivado de nulidades, finalizando com a afirmação de que, mesmo que produzidas tais provas, o “direito do Governo para expulsar é absoluto, em se tratando de estrangeiro”, no caso pessoa considerada perigosa para a ordem pública (p. 4).

Em nenhum momento o ministro demonstra solidariedade, simpatia ou benevolência pela paciente, manifestação que não teria, necessariamente, o condão de afastar a imparcialidade do julgador, mas constituiria um *ethos* mais humanizado, de compreensão e acolhimento a uma mulher grávida que corria risco de ser morta por autoridades governamentais estrangeiras. Apresenta, ao contrário disso, um *ethos* conservador e formalista, numa postura que não se desprende da letra da lei e nela se escora, sem considerar a justiça e os efeitos da decisão, para atribuir maior força às decisões governamentais, as quais ratifica em detrimento da vida da paciente e sem cogitar dos riscos aos quais ainda ficava submetida a filha dela.

Nesse contexto, causa surpresa a contradição que há entre a condição de jurista com produção na área da hermenêutica e os argumentos de cunho extrajurídico que são apresentados no voto, bem como a linguagem atécnica que é adotada pelo ministro. Os posicionamentos que defende neste processo vão inclusive de encontro aos que defende na sua obra doutrinária, sendo de se apontar que é considerado umas das maiores autoridades brasileiras em hermenêutica (Muniz, 2011, p. 49). Em sua obra, “defende que o direito precisa se transformar em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual” (Muniz, 2011, pp. 50-51).

A seguir, o Ministro Ataulpho de Paiva limitou-se a, sem fundamentar sua decisão, preliminarmente, não conhecer do pedido e, caso vencido, desde já manifestou-se pela improcedência (p. 5). Assim, em três linhas, cumpriu, em tese, sua obrigação de decidir, sem sequer externar os motivos que o levaram a tal decisão e não a outra qualquer.

O Ministro Costa Manso inicia seu voto discorrendo “a respeito da subsistência do *habeas corpus* durante o estado de guerra” e as três correntes de entendimento sobre a questão que se formaram no Tribunal. Registra que se filia à corrente mais liberal, mas que todas elas convergem num ponto: “não cabe o *habeas corpus* quando se trate de medida de segurança, determinada pelo Poder Executivo e seus agentes, para a manutenção da ordem pública” (p. 7). Chega a afirmar que o próprio advogado impetrante, quando de sua manifestação na tribuna, disse que, se esse fosse o caso, não teria “requerido o *habeas corpus*” (p. 7). Entendeu que, como não havia processo judicial em trâmite, mas mero inquérito policial, era possível a expulsão da estrangeira, não sendo hipótese de intervenção da Corte Suprema (p. 7).

Apresenta-se, desde o início do voto, como um ministro de postura liberal, mencionando seu posicionamento em julgamentos anteriores, quando apresentou divergência em relação aos entendimentos de seus pares. Remeteu, expressamente, aos fundamentos que adotou nesses processos anteriores onde a questão foi debatida (p. 7). Essa indicação aponta para um *ethos* de autonomia e independência, de um julgador que decide em conformidade com seus princípios, mesmo que não sejam os adotados pela maioria.

A questão de possíveis abusos que poderiam advir de uma decisão que permitisse a expulsão em caso de haver processo judicial contra o expulsando foi assim abordada pelo ministro (pp. 7-8):

*Normalmente, não pode o Governo expulsar o estrangeiro sujeito à Justiça. Essa faculdade poderia degenerar em abusos. Por motivos subalternos, poderiam as autoridades, por meio da expulsão, absolver sumariamente acusados, subtraindo-os da ação dos respectivos juízes. Em tais casos, pois, a expulsão, embora possa ser decretada, deve ficar suspensa, até que o réu seja absolvido, ou, que, condenado, cumpra a pena.*

Se, por um lado, como aponta o ministro, é possível que “motivos subalternos” por parte do governo, possam levar à impunidade de algum expulsando estrangeiro, por outro lado, pode acontecer justamente o contrário, ou seja, que sua expulsão resulte em penalização até mais grave do que aquela que lhe poderia ser aplicada no Brasil, inclusive com penas que a legislação nacional repudia. Isso foi o que, a final,

veio a acontecer no caso dos autos. É relevante que a questão tenha sido trazida à fundamentação do voto nesses termos, especialmente quando os fatos e o contexto histórico indicam que, na hipótese de que se trata (e, é possível, em tantas outras das quais não se trata no presente estudo) o que se passou foi exatamente a situação oposta à mencionada pelo ministro. Ainda, na inicial, o advogado impetrante deixa bem claro que não pretende a impunidade da paciente, mas o cumprimento, no Brasil, de eventual pena a ser aplicada, à qual equipara a expulsão, o que foi desconsiderado pela Corte, que sequer verbalizou tal possibilidade.

Veja-se que essa situação foi apresentada pelo ministro por meio de uma negação, ressaltando que não era esse o caso dos autos, mas porque não havia processo judicial, mas mero procedimento administrativo de expulsão. O risco ao qual estava exposta a paciente, assim como o possível resultado morte, não foram expressamente mencionados, mas a escolha do ministro pela negação aponta justamente, mesmo que essa não tenha sido a sua intenção, para a possibilidade oposta.

Ao possível abuso consistente na impunidade, opõe-se o abuso de uma Corte Constitucional curvar-se às decisões de um Poder Executivo opressivo, embora seu papel constitucional fosse justamente manifestar-se contra possíveis medidas de natureza “subalterna” adotadas para submeter eventuais inimigos do regime.

A seguir, o ministro afirma que o advogado pretende que se perquirira acerca da “vontade do feto”. Não se pode cogitar disso, segundo o ministro, por tratar-se de argumento “de ordem puramente sentimental” (p. 8). Nesse ponto, o ministro distorce o pedido da inicial para rejeitar o argumento. Não se trata, como parece querer fazer crer numa análise do discurso proferido, de a criança querer “nascer brasileira” (p. 8), mas de uma argumentação no sentido de que, estando grávida a paciente, não seria oportuna a sua expulsão.

Em prosseguimento, quando cita a conclusão a respeito do assunto no voto do Ministro Carlos Maximiliano, o ministro retoma a questão tal qual foi efetivamente posta na inicial, ou seja, no sentido de que, conforme entendem ambos, os filhos nascidos no Brasil não impedem a expulsão do pai ou mãe (p. 9). Destaca, ainda, na linha

defendida pelos pares e que restou, a final, vencedora, que “o bem público está acima de tudo” (p. 8).

Continua o voto com um argumento que ainda não fora exposto, atinente ao fato de que o advogado impetrante não é procurador da paciente (p. 8). A propositura do HC não exige a atuação de procurador constituído, mas como, no caso, não se trata de pedido típico de HC, o ministro introduz uma questão puramente técnica a fim de não conhecer do pedido.

O voto finaliza com uma afirmação que beira o cinismo e a crueldade, no sentido de que a decisão governamental de expulsar a paciente lhe é benéfica, porque (p. 9):

*(...) livra-a imediatamente da prisão, concedendo-lhe a liberdade, embora além das fronteiras! Não posso tomar conhecimento de um pedido, de que resulta manifesto prejuízo para a liberdade da paciente!*

Abal (2017, p. 896) afirma, a respeito, que o ministro “utiliza dos próprios argumentos do advogado de Olga para distorcer a sua finalidade”.

Também está ausente aqui a eunoia. O ministro, tanto quanto seus pares, parece, ao que se depreende de seu discurso, desconhecer o destino da paciente caso não acolhido o pedido formulado na inicial. Embora não se trate, como já referido anteriormente, de um pedido prototípico no âmbito do HC, inexistia, à época, qualquer outro tipo de ação que pudesse veicular a pretensão então formulada. A opção pelo julgamento estritamente formalista, no entanto, manteve-se na linha das decisões judiciais do momento histórico em que proferida, quando não se cogitava do ativismo do Poder Judiciário, ao qual, em conformidade com o direito napoleônico, cabia apenas ser a boca da lei.

Por fim, nas palavras de Abal (op. cit., p. 899):

*(...) pode-se finalizar afirmando que a decisão da Corte Suprema no julgamento do habeas corpus em favor de Olga Prestes estava alinhada com os anseios do poder executivo em reprimir e punir os opositores ao governo de Vargas. Este alinhamento, por sua vez, não era oriundo apenas da nomeação dos ministros por parte de Vargas, mas também do regramento jurídico existente e modificado por Vargas e da necessidade de proteção da posição dos ministros e da própria Corte como instituição.*

Na sequência, o Ministro Octávio Kelly, em voto conciso, de apenas dois parágrafos e citando a Constituição, artigo 113, nº 29 e nº 15, não conheceu do HC. Reportou-se à jurisprudência da Corte a respeito do não cabimento de “*habeas corpus* aforados após a decretação da equiparação do estado de sítio ao de guerra”, para a qual concorreu, mas apenas “se o constrangimento tivesse como justificação necessidades de defesa de ordem ou de segurança pública” (p. 10).

A jurisprudência é utilizada como argumento de autoridade e o ministro registra que não tem razão para mudar seu entendimento, ou seja, o caso concreto não altera sua compreensão de que é inaplicável o HC quando se trata de questão de segurança nacional. Faz ressalva a medidas repressivas (exceto em caso de guerra com país estrangeiro), como pena de morte e banimento, porque não previstas no ordenamento jurídico pátrio, mas não parece antever sua aplicação à paciente caso expulsa. Desse modo, embora afirme esse posicionamento contra as referidas medidas repressivas, permitiu, ainda que de forma indireta, a aplicação da primeira à paciente, o que somente ocorreu porque concretizou-se sua expulsão do Brasil. Para tanto, considerou suficientes as informações “prestadas pelo Sr. Ministro da Justiça que concluem pela periculosidade ou nocividade da permanência da expulsanda em território nacional” (p. 10), nos termos do artigo 113, nº 15, da Constituição Federal, sem sequer fazer referência aos argumentos da inicial.

O Ministro Carvalho Mourão, por sua vez, em voto mais substancioso do que os de seus pares (7 laudas), indeferiu o pedido, apreciando-lhe o mérito, sem deixar de registrar como é difícil discriminar preliminar e mérito no caso concreto, na linha, segundo ele, do que fizeram os ministros que o antecederam no julgamento. Ao iniciar o voto, manifesta concordância com seus pares quanto à questão da preliminar e do mérito, aproximando-se dos demais ministros quando segue a linha instaurada pelos ministros que não as separaram (p. 11):

*Senhor Presidente, acompanhando o exemplo dado pelos colegas que me precederam, não separarei a preliminar do mérito, porque, realmente, na hipótese, é difícil discriminar.*

Em atenção às alegações do impetrante, optou por analisar o processo, uma vez que entendeu presente dúvida sobre a admissibilidade do HC em estado de guerra, embora, “sem maior estudo, repeliria, *in limine*, como o Relator, Sr. Ministro Bento de Faria, a ordem requerida” (p. 11). Não se pode afirmar com certeza que haja, nesse ponto, um ataque à face do relator e aos demais ministros que não conheceram do pedido, mas evidencia-se um *ethos* de respeito, cuidado e atenção aos argumentos da inicial, que não foi demonstrado por alguns dos pares, como já se registrou. É comum a crítica, nos colegiados, por vezes velada, por vezes disfarçada de elogio, por vezes direta aos posicionamentos contrários ao do votante, mas há situações, e tal é a regra, em que a discordância se dá dentro dos limites da normalidade e da mais perfeita cortesia, até mesmo porque é da natureza desse tipo de tribunal a diversidade de posicionamentos e o respeito a eles.

O ministro refere-se ao “ilustre advogado que ocupou a tribuna” e embora adiante que o pedido é improcedente, menciona questão “muito interessante e digna de exame”, qual seja, a referente à personalidade jurídica e ao direito do nascituro à proteção (p. 11).

Demonstra, ao longo do voto, respeito e solidariedade em relação ao advogado impetrante, o que os seus pares não fizeram em várias oportunidades, conforme já destacado. Por três vezes, consigna que a tese da inicial não é absurda, como parecem querer fazer crer os seus pares. Há, no entanto, uma oportunidade em que diz que seria absurdo reconhecer a nacionalidade brasileira ao nascituro, usando tal expressão uma única vez contra os argumentos do advogado:

*Por conseguinte, a alegação do advogado não constitui um absurdo: tratar-se-ia de um direito do nascituro que pudesse ser acautelado pela lei antes do nascimento (p. 11)*

*Não considero absurdo cogitar-se deste assunto, tanto assim que autores há, e adiantados, que entendem se deve acautelar também os direitos da nacionalidade para o nascituro (p. 12)*

*Além disso, a nossa Constituição não ladeou de modo algum como o Código Civil não atribuiu personalidade ao nascituro, providência aliás que não seria um absurdo (...) (pp. 12-13)*

*Do contrário, uma gestante estaria impedida de sair do território nacional se se reconhecesse nacionalidade ao nascituro, o que seria um absurdo, a fim de assegurar a nacionalidade do feto (...) (p. 13)*

Trata-se do voto mais técnico e no qual mais estão presentes os argumentos efetivamente jurídicos, mesmo (e talvez até em razão disso) que para julgar improcedente o pedido. O voto também é didático, apresentando explicações e exemplos que podem, em tese, ser facilmente compreendidos pelo auditório universal.

Há referências à formação da base legislativa nacional, aos conceitos da CF e do Código Civil, assim como ao direito romano e ao direito internacional, com o qual o ministro faz comparações, não apenas para validar os argumentos da inicial, mas também para justificar seu voto pela improcedência.

Ao tratar das ficções jurídicas, lembra que sua interpretação deve ser restritiva, “regra comuníssima, pacífica de hermenêutica”, que remonta aos romanos (p. 12). Ou seja, mostra que não deve haver discussão a respeito da aplicação extensiva dos direitos do nascituro, o que faz crer seja o pedido da inicial. Nessa linha, tais direitos devem ser analisados nos estritos limites da lei e, afirma, não há lei que estabeleça os direitos da personalidade na hipótese, tampouco previsão constitucional nesse sentido.

As perguntas retóricas trazem explicitamente o narratário para o texto (Pistori, 2008, p. 267). O ministro pergunta:

*Mas qual seria esse direito? (p. 11)*

*Que estabelece a Constituição? (p. 13)*

*Que melhor garantia, que maior segurança existirá do que a expulsão do estrangeiro perigoso ao invés de aqui permanecer, acarretando despesas para sua manutenção e até com a oportunidade de fugir da prisão, perturbando novamente a ordem pública? (p. 15)*

O ministro Carlos Maximiliano também incluiu uma pergunta retórica em seu voto, com o mesmo efeito (p. 3):

*A paciente Maria Prestes é brasileira?*

O narratário também é trazido ao texto, aliás, quando os ministros usam o vocativo para dirigir-se ao presidente do tribunal, o que constitui praxe no discurso jurídico decisório quando se trata de colegiados.

Da mesma forma, os advogados das partes, os demais ministros (diretamente ou por meio de referências a suas decisões e posicionamentos, seja no processo sob julgamento, seja em outros processos), os representantes do Poder Executivo, a paciente, seu companheiro e mesmo o feto que carrega no ventre e até a sociedade como um todo são referenciados e, desse modo, trazidos para o interior da decisão a fim de que seja fundamentada e proferida.

Todas essas diferentes formas de inclusão do narratário constituem demonstração do caráter dialógico do discurso jurídico decisório. Tal referência, por óbvio, não se inicia nem se esgota na decisão proferida pelo colegiado, porque tem origem na petição inicial (e mesmo antes dela, indefinidamente) e está sujeita a recursos até o trânsito em julgado e, mesmo depois dele, poderá ainda gerar diálogos no âmbito judicial e em diversas outras instâncias. Esse dialogismo, embora não seja o foco desta pesquisa, constitui importante aspecto das decisões judiciais e não pode ser olvidado.

Apesar da empatia demonstrada em relação ao advogado e às posições por ele defendidas, o ministro não mostra a mesma atitude em relação à paciente. Ao abordar o argumento que considerou o mais interessante, qual seja, o direito do nascituro à nacionalidade, referiu que, no caso concreto, a mudança de domicílio “não põe em perigo a vida do nascituro nem a impede de ser expulsa do país, sendo estrangeira; apenas é devolvida ao ambiente em que sempre viveu” (p. 13). Ora, não é de se supor que um magistrado da Suprema Corte desconheça que a condição de judia e comunista da paciente representava, por si só, grave risco a sua liberdade e à sua vida (assim como à do feto que carregava), uma vez que, expulsa, deveria retornar à Alemanha nazista, onde era acusada de crimes praticados antes de sua viagem ao Brasil. Devolver a paciente ao ambiente em que sempre viveu, no caso concreto (e isso evidentemente não foi sequer mencionado no voto), poderia resultar na sua morte, o que efetivamente ocorreu.

Ao registrar que o resultado morte do feto é improvável, cita, num tom ao mesmo tempo condescendente e irônico, embora aparentemente elogioso, o discurso do “ilustre advogado”, que, “arrebatado pela sua ingênita elegância e fulgurante espírito literário”, busca convencer o plenário do contrário, mas está errado, conforme os argumentos que apresenta (p. 14).

Se o voto inicia concordando com os pares, demonstrando reconhecimento pelos entendimentos trazidos pelos ministros que votaram anteriormente e estabelecendo uma postura inicial de acordo, na sequência, entretanto, passa a discordar da posição de alguns deles a respeito da possibilidade de expulsão de alguém que esteja sendo processado (p. 15):

*Já sustentei, contra a opinião de colegas ilustres, porque tenho a coragem de divergir de colegas mais ilustres do que eu, pois não posso deixar de votar com a minha consciência, certo ou errado, pouco importa, divergi do Ministro Arthur Ribeiro que sustentava o seguinte: não se pode expulsar quem está sendo processado.*

Ao afirmar que tem coragem para discordar dos pares, mesmo daqueles que considera superiores a si próprio, por serem mais “ilustres”, o ministro não só valoriza a face dos demais ministros, mas também ressalta sua própria autonomia e, como decorrência dela, sua capacidade de defender, com sucesso, seus próprios pontos de vista discordantes. Assim, ao elogiar os colegas, também elogia a si próprio, atribuindo-se características que o autorizam a julgar em sentido diverso dos demais. Destaca, ainda, que vota de acordo com sua consciência, assumindo, nesses termos, a responsabilidade por eventuais erros que venha a cometer, os quais reputa menos importantes do que seria votar em desacordo com seus próprios valores.

Na continuidade do voto, no entanto, concorda com a maioria, na medida em que entende que a expulsão pode ocorrer no caso em debate. Dessa forma, a demonstração de autonomia é meramente uma forma de externar, por meio do discurso, um *ethos* de autonomia e responsabilidade, porque o efeito do voto foi igual aos dos demais. O ministro chega mesmo a afirmar que a melhor solução, especialmente quando se trata de crime político, é mesmo a expulsão, valendo-se novamente de uma pergunta retórica (p. 15):

*Que melhor garantia, que maior segurança existirá do que a expulsão do estrangeiro perigoso, em vez de aqui permanecer, acarretando despesas para sua manutenção e até com a oportunidade de fugir da prisão, perturbando novamente a ordem pública? Por conseguinte, numa palavra, o Estado, o Governo tem o direito de expulsar mesmo quem esteja sujeito a processo criminal.*

Rebate ainda outro argumento da inicial (p. 16), referindo as informações da autoridade coatora no sentido de que a “paciente não está processada”, o que é repetido de diversas formas: “não há processo instaurado”, “não há processo algum contra ela”. Assim, reputando que o “caso duvidoso” inexistente, refuta a alegação do impetrante.

Finaliza o voto defendendo que a alegada irregularidade do processo não possui “a menor procedência, sobretudo diante da doutrina pacífica quanto ao direito de expulsar: sempre votamos no sentido de competir à Corte Suprema apenas o exame extrínseco do fato, isto é, se foi decretado por autoridade competente” (p. 16). Valeu-se da jurisprudência da Corte como argumento de autoridade, lembrando, ainda, que a expulsão constitui processo administrativo. Desse modo, conclui que não é hipótese de intervenção do STF no processo em questão.

Os três últimos votos, contrariamente ao anterior, foram curtos e limitaram-se a mencionar a Constituição, o Decreto nº 702 e a segurança nacional, sem responder, diretamente, aos argumentos da inicial.

Para o Ministro Laudo de Camargo, “toda a matéria referente à segurança nacional escapa à apreciação do Poder Judiciário” (p. 18). Referiu, numa leitura superficial da petição inicial e sem considerar os diversos outros argumentos nela expostos, que a circunstância de a paciente estar grávida, “a única invocada pelo advogado que ocupou a tribuna, não impede a expulsão” (p. 18). O pedido foi, assim, indeferido.

O Ministro Plínio Casado foi ainda mais sucinto, limitando-se a dizer que não conhecia do HC simplesmente “porque a sua concessão poderá prejudicar a segurança nacional” e a citar o artigo 161 da Constituição Federal.

O Ministro Eduardo Espínola, último cujo voto consta dos registros do STF, sem sequer indicar fundamento legal ou constitucional, conheceu do pedido, “nos termos do voto proferido pelo Sr. Ministro Carvalho Mourão” – valendo-se, assim, da argumentação de um de seus pares como argumento de autoridade –, e indeferiu-o “porque afeta diretamente a segurança nacional”.

Não consta dos arquivos do STF o voto do presidente, mas a partir da ementa e do acórdão é possível concluir que acompanhou o relator no não conhecimento do pedido.

Quanto à extensão e parca fundamentação de vários dos votos, se é verdade que não se exige dos julgadores mais do que a expressa concordância com o voto do relator ou com o voto que inaugura a divergência, a cujos argumentos se remetem, proferir julgamento em causa de tamanha importância com mera indicação do fundamento legal e constitucional, em nome do qual não se conhece ou se nega provimento ao pedido, constitui uma forma de julgar (porque isso é exigido no direito brasileiro, que não admite o *non liquet*) sem se comprometer com o resultado do julgamento e, principalmente, sem desagradar o governo, que tinha, no caso, interesse direto na solução do processo, diante da sua sabia simpatia pelo regime nazista então em vigor na Alemanha.

## **6.2. Os votos proferidos na ADPF nº 54/DF**

### **6.2.1. Voto do Ministro Marco Aurélio**

*A argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir uma tese a outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação. (Chaim Perelman)*

O primeiro voto a ser proferido é o do relator, que baliza o julgamento, já que os demais ministros ou o acompanham ou divergem dele. O Ministro Marco Aurélio inicia

com uma citação sobre o correr do tempo do Sermão da Primeira Domingo do Advento, do Padre Antônio Vieira, datado de 1655 (p. 1):

*E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde seu princípio nasceram juntamente com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e revolução insuperável passar, e ir passando sempre.*

Inclui-se, bem no início do voto, dentre aqueles a quem o Padre Vieira dirigiu-se (“disse-nos”), denotando leitura e compreensão do texto, o que compartilha com todo o auditório que presencia o julgamento. Essa inclusão mostra também o envolvimento do próprio relator e de toda a sociedade, numa ação que, diz: “revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal” (p. 1).

Consciente da grande visibilidade e da importância social do julgamento que chegava a seu ápice, depois de longos anos de tramitação e de grande envolvimento de partes interessadas no tema, o relator menciona o texto de um padre jesuíta, aproximando-se, assim, do numeroso público religioso brasileiro, que demonstrou, ao longo do curso processual, forte oposição à procedência do pedido.

Fica, assim, demarcada, desde o início do voto, a preocupação e o cuidado do ministro com o auditório constituído pela sociedade (tal qual avaliada pelo orador), ao qual não se dirige diretamente. A sociedade posicionou-se em diversas instâncias, inclusive por meio de manifestações em frente ao prédio do Supremo Tribunal Federal nos dias de julgamento do processo, cujas imagens ficaram registradas para a posteridade, além de ter havido debates e diversas matérias jornalísticas a respeito.

O voto do relator, assim, é uma resposta dada pelo Poder Judiciário não apenas ao presidente da Corte – ao qual se dirige expressamente –, mas aos pares, que conjuntamente tomarão a decisão final, e, também, a diversos outros auditórios, compostos pelas partes do processo, pelos agentes públicos que nele atuam, por todos que participaram da audiência pública, por todos que possam vir a ser atingidos pela decisão, pela imprensa, pela academia e possivelmente ainda muitos outros, inclusive fora das fronteiras nacionais.

Esse auditório compósito, que inclui especialistas em Direito, mas também o povo brasileiro que acompanha o julgamento pela televisão, é expressamente referido pelo ministro quando menciona que, em razão da importância da matéria, é inevitável um debate acirrado a respeito: “É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade” (p. 1). Antecipa, assim, no seu voto, o debate que ocorrerá ao longo do julgamento, iniciou-se antes mesmo deste, mas não se encerrou com ele, reverberando em numerosos outros processos julgados posteriormente, além de diversos estudos das mais diversas áreas de conhecimento, matérias jornalísticas, etc.

Uma decisão jurídica nesse âmbito, proferida numa ação objetiva, possui efeitos para muito além do próprio processo. O contrário ocorre, por exemplo, nos julgamentos de HC, cuja decisão vale para apenas para as partes do processo (paciente e autoridade em face de quem se pede a medida). Mesmo quando se trata de HC, entretanto, estabelecem-se entendimentos judiciais que servem de precedentes para julgamentos futuros e, quando representam o rompimento de decisões que vinham sendo tomadas até então em determinado sentido, podem oportunizar mudanças comportamentais de cunho revolucionário na sociedade. Isso, por evidente, pode ensejar insegurança e conflitos das mais diversas ordens.

Até mesmo para evitar conflitos com a grande parte da população que se posiciona contra o aborto e, assim, manter a face em relação a tal grupo, o ministro limita o tema em discussão no processo no início do voto, com referência expressa ao âmbito do pedido formulado, que, diz, não se pode confundir com a liberação generalizada do aborto, mas restringe-se a uma situação particular e específica em que, como se verá, segundo o entendimento adotado (que é o mesmo da inicial), sequer se poderia cogitar de aborto propriamente dito.

Não à toa, aliás, o presidente do STF, logo após a leitura do voto do relator, na retomada da votação, fez o seguinte comentário, indicativo, também, do voto discordante que apresentaria na sua manifestação no julgamento, quando foi, na condição de presidente, o último a votar (p. 57):

*Senhores Ministros, vamos retomar o julgamento deste processo cientes de que estamos num Estado laico, mas devemos todos levar em consideração as consequências práticas das nossas decisões.*

São diversas as referências diretas ao presidente do tribunal, iniciadas com o vocativo “Senhor Presidente”. A ele o voto é formalmente endereçado e é quem dirige a sessão e organiza os turnos de fala. Não obstante isso, a decisão individual é lida em plenário (é comum o pedido de juntada do voto escrito) e pode ensejar debates, com audiência presencial e diante das câmeras da TV Justiça, onde as sessões são exibidas ao vivo.

Na sequência, o relator passa a mencionar fatos e dados concretos e sobre os quais, em princípio, não pairam dúvidas e há concordância do auditório, quais sejam, o número de autorizações judiciais “para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina” desde 2005 e informações da Organização Mundial da Saúde, confirmadas em audiência pública, no sentido de que o Brasil, entre 1993 e 1998, era o quarto país no mundo em número de casos de anencefalia, com um caso a cada mil nascimentos e um parto de anencéfalo a cada três horas (p. 2). Esses números são emblemáticos e servem para justificar uma intervenção do Supremo, para isso instado no processo ora analisado, pela primeira vez em ação objetiva e em que se avançou no julgamento de mérito.

Ao referir-se ao pedido, o ministro adota a expressão escolhida na petição inicial para evitar o termo aborto, qual seja, “antecipação terapêutica do parto”, diferenciando-a, também, de aborto eugênico ou eugenésico e de antecipação eugenésica da gestação, afastando-se “do indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia” (p. 3), “aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas” (p. 17).

Veja-se que o ministro apenas menciona a palavra “aborto” quando se refere à questão de forma genérica, até mesmo porque essa é a palavra usada no Código Penal (artigos 124, 126 e 128, I e II, do Decreto nº 2.848/1940), mas para dizer que, no caso concreto, não se trata de aborto propriamente dito, o que é argumento da inicial.

Já no início do voto, desse modo, o ministro diferencia antecipação de parto e aborto e, ao longo do processo, não apenas evita a palavra aborto, mas também qualquer relação entre feto anencéfalo e termos como bebê, criança, filho ou mesmo pessoa, o que se coaduna com o entendimento adotado, em conformidade com o pedido da inicial, de que não há que se falar de aborto, porque a hipótese de vida do feto anencéfalo, nessa linha, inexistente.

A laicidade do Estado brasileiro, que merecerá o primeiro tópico do voto do relator, também é questão polêmica, considerando inclusive o preâmbulo da CF de 1988<sup>7</sup> (Pistori, *in* Cabral & Bueno, 2020, p. 111) e os diversos processos atinentes à matéria que chegam ao STF (alguns deles mencionados na decisão). Por esse motivo, o ministro demonstra redobrado cuidado com a linguagem usada para tratar da questão, a fim de não ter ameaçada a sua face, especialmente diante da parcela religiosa e conservadora da sociedade.

Passa, então, a argumentar, traçando um panorama histórico, que o Brasil era inicialmente “um Estado religioso relativamente tolerante” (p. 36) a todos os credos e passou a ser um país laico a partir da Constituição de 1891, a primeira da República. Portanto, o Estado não é, hoje, segundo o ministro, nem religioso nem ateu, mas é simplesmente neutro. Para introduzir a questão, no entanto, valeu-se o ministro de uma citação 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”.

Ao partir de textos religiosos justamente para defender a laicidade do Estado, como fez nesse trecho e já no início do voto, com a citação de Padre Antônio Vieira, o ministro externaliza, ao mesmo tempo, um *ethos* de conhecimento e de respeito às crenças religiosas, mas também coloca um limite claro entre tais crenças e o Estado de Direito, onde a religião não o condão de orientar, com seus valores próprios, o comportamento da sociedade como um todo, o qual é de ser regido por normas outras.

---

<sup>7</sup> "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".

Tal não invalida, no entanto, a participação das entidades religiosas nas audiências públicas, que não podem ser excluídas da discussão, mas “os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença” (p. 12).

Nesse âmbito, são diversas as referências a juristas renomados (De Plácido e Silva, José Afonso da Silva, Pinto Ferreira, João Barbalho Uchoa Cavalcanti, Daniel Sarmiento), numa descrição da evolução que se deu até chegar-se ao Estado laico vigente na atualidade. Apesar disso, é preciso repisar que essa questão ainda causa celeuma na sociedade e no Poder Judiciário, o que é demonstrado pela propositura da ação em análise e de outros processos também referidos no voto (nos quais a decisão sempre foi pela laicidade do Estado, como na ADIN nº 2.076/AC, no RE nº 31.179/DF e na ADIN nº 3.510/DF), além de outras ocorrências que não tiveram intervenção do STF.

Assim, colocando-se, já no início da decisão, entre aqueles a quem o Padre Antônio Vieira se dirigiu (“disse-nos”), com o uso do plural, levando a discussão para questão diversa à do aborto propriamente dito e citando texto bíblico para mostrar a necessidade de separar questões de cunho religioso daquelas de cunho estatal, além de indiciar que acolheria o pedido (o que faz expressamente já na p. 34: “Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa”), o relator ao mesmo tempo se coloca ao lado dos religiosos que se opõem ao aborto, tema que é considerado tabu num país de tradições religiosas cristãs como o Brasil, mas em que, por previsão constitucional – conforme lei, doutrina e precedentes jurisprudenciais do próprio Tribunal que são trazidos como argumentos de autoridade – a religião não pode se imiscuir nas questões de Estado.

O segundo argumento do relator vem embasado em conhecimento técnico e científico, inclusive produzido na audiência pública e citado no voto, no sentido de que o anencéfalo é “um natimorto neurológico”, o que veio a ser reconhecido pelo Conselho Federal de Medicina em 2004 (p. 46). Há argumentos de autoridade de diversos médicos e especialistas, cujas credenciais são apresentadas e que recebem qualificações elogiosas, numa atitude que revela a aprovação do relator por seus posicionamentos. São exemplos disso referências tais quais “saudoso Deputado

Federal e Professor Titular da Universidade de São Paulo e da Universidade de Campinas, Dr. José Aristodemo Pinotti”, “ilustre Professor”, “Sua Excelência” (p. 45), que antecedem citações e estudos feitos pelo referido médico e professor, cujas conclusões embasam a conclusão pela procedência do pedido.

Nesse particular e assim como registrou Pistori sobre a ADIN nº 3.510/DF, “ainda que se trate da esfera judiciária, há um claro entendimento e aceitação da esfera científica, com quem o Voto dialoga de preferência” (Cabral & Bueno, 2020, p. 111).

Em várias oportunidades há referências com teor semelhante a este (p. 44): “O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical”.

Afasta-se, com base em raciocínio relativo à ausência de vida, a proteção legal que é dada à criança, porque não há vida a ser resguardada, uma vez que são apontadas provas que se pretendem cabais de que a morte é segura, no máximo horas após o nascimento, utilizando-se expressões como “malformação letal”, “doença congênita letal” (p. 45), “jamais se tornará uma pessoa” (p. 46), “não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura” (p. 46), “é um natimorto” (p. 48), “incompatível com a vida extrauterina” (p. 49), “total falta de expectativa de vida fora do útero” (p. 49), “não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida” (p. 54), quadro devastador” (p. 62). Essa repetição é significativa, porque robustece a ideia de ausência de vida e, portanto, de ausência de conflito entre o direito à liberdade de opção da mulher e o direito do feto à vida, também repisando que não se trata de aborto.

Com apoio em conhecimentos de especialistas, o relator procura demonstrar que a saúde pública se encontra aparelhada para atestar a anomalia (p. 50), não obstante o famoso “caso Marcela” (referida como “suposta portadora de anencefalia” – p. 16), que não seria de anencefalia propriamente dita, motivo pelo qual houve sobrevivência superior a um ano. A ciência é usada para dar garantias de certeza sobre a inviabilidade da vida extrauterina do anencéfalo e sobre o diagnóstico da anomalia, por exemplo quando o relator afirma que “quanto a isso não existem dúvidas” (p. 45), expressão cujo sentido é reiterado ao longo da argumentação: “diagnóstico de certeza” (aqui a palavra certeza é grafada em itálico como forma de destaque – p. 50, sendo a expressão “garantia de certeza” repetida na p. 51) sobre a anomalia e a

impossibilidade de vida extrauterina do anencéfalo. Isso é comunicado por meio da reiteração de dados tendentes a demonstrar a correção das informações para que não parem dúvidas a respeito.

Quanto à existência de “riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum” (p. 56), o relator aponta que existe “alguma divergência” entre os especialistas.

É relevante que apenas a primeira referência é no sentido de que esse maior risco inexistente. O relator refere opinião da Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, cujas credenciais são dadas em nota de rodapé, externada na audiência pública, “que enfatizou os riscos inerentes à antecipação do parto e questionou a óptica segundo a qual a manutenção da gravidez do feto anencéfalo mostra-se mais perigosa” (pp. 56-57).

Em oposição, nos cinco parágrafos seguintes, vêm arroladas opiniões no sentido de que a gravidez de feto anencéfalo oferece maiores riscos à mulher. São referidas as informações prestadas pelo “Dr. Jorge Andalaft Neto, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia” (p. 61), que ofereceu dados da Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana, além do então Ministro da Saúde José Gomes Temporão, do Dr. Talvane Marins de Moraes e da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, bem como da “literatura médica” (p. 62).

Nota-se, assim, a tendência do ministro de apoiar essa última linha de entendimento, o que é comprovado pela conclusão expressa de que há “dados merecedores de confiança que apontam riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum” (p. 62).

Também são de cunho científico e igualmente baseados em dados comprováveis e demonstráveis os argumentos que rechaçam a possibilidade de doação de órgãos de fetos anencéfalos, os quais se aliam à necessidade de observância do direito da mulher de não ser coisificada. Passa-se então a discorrer sobre a inexistência de vida a proteger e abordam-se, de forma mais aprofundada,

vários direitos individuais da mulher (saúde, dignidade, liberdade, autonomia, privacidade), os quais, entende o ministro, devem prevalecer na hipótese.

Por outro lado, quando passa a abordar tais direitos, o voto torna-se eivado de imagens fortes, como “incubadora”, “caixão ambulante” (expressões adotadas por Débora Diniz, p. 37), “gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto”, “cárcere privado”, “tortura”, “sacrifício desarrazoado”, “gestação fadada ao fracasso”, todas relacionadas à manutenção da gravidez quando indesejada, avaliando-a negativamente. Da mesma forma, dá-se dramático destaque à comparação entre as expectativas e sonhos envolvidos numa gravidez normal *versus* o resultado morte na gravidez de feto anencefálico, cujo parto, isso quando a gestação chega a termo, pode oferecer maiores riscos e ser mais sofrido para a mulher (p. 2):

*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.*

Busca-se, com esses recursos retóricos, a adesão pela emoção e pela identificação, recorrendo-se ao *pathos* do auditório com a invocação de sentimentos de empatia, aceitação, humanidade e solidariedade com a mulher numa situação de vulnerabilidade, olhando-a como sujeito de direitos em contraposição a um feto que não chegará a ter vida plena e que, assim, não deve ser protegido em detrimento da mulher. Evidencia-se, nesse ponto o *ethos* de um juiz que compreende o sofrimento de mães e pais de fetos anencéfalos e, por isso, mostra-se de acordo com seu desejo de interromper a gravidez quando esse caso é diagnosticado.

Desse modo, a discussão do processo é deslocada para a defesa de valores como a dignidade humana, usufruto da vida, liberdade, autodeterminação, saúde e reconhecimento pleno de direitos individuais e, especificamente, dos “direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres” (p. 3), destacando, em todas as oportunidades, que não há expectativa de vida para o feto.

Num país conservador e religioso como o Brasil, o debate sobre a liberação do aborto (mesmo que se diga, na inicial e no voto, que de aborto não se trata) e sobre direitos sexuais da mulher causa, de antemão, uma severa comoção, da qual o relator busca desviar-se ao direcionar a discussão para outro âmbito, sobre o qual há, em princípio, maior concordância. Parte-se, portanto, do acordo que se presume existir sobre a primazia dos direitos humanos sobre quaisquer outros valores com os quais venham porventura a ser sopesados no processo.

Quanto aos danos de ordem psíquica decorrentes da manutenção da gravidez de feto anencéfalo, usam-se os argumentos da própria paciente do HC nº 84.025/RJ, Gabriela Oliveira Cordeiro, narrativa reputada “reveladora” (p. 62), que é transcrita no voto e lida na sessão.

Há, a partir de então, crescente apelo às emoções do auditório, não só com a transcrição, mas também com alusões aos depoimentos de mulheres que passaram pela situação da gravidez de feto anencéfalo, onde são mencionadas situações de grave sofrimento psíquico, capaz de levar ao suicídio, sofrimento cuja imposição pode-se comparar à tortura, fatos confirmados pelo representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, Dr. Talvane Marins de Moraes, e por pesquisas realizadas no hospital da Universidade de São Paulo (pp. 63-64).

Os nomes dessas mulheres são mencionados, humanizando-as e aproximando-as do auditório enquanto são narradas suas impressões de terror e sofrimento durante a gravidez. Por meio da referência aos nomes das mulheres que tiveram gravidez de fetos anencéfalos, bem como da transcrição de seus testemunhos (em audiência pública ou no HC nº 84.025/RJ, que tratou do mesmo tema), exatamente na parte do voto que trata do direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade da mulher, o ministro realça e ratifica a alegação feita inicialmente de que o tema a ser debatido é exatamente essa gama de direitos individuais e não o aborto.

Na p. 25, a citação do Padre Antônio Vieira, feita ao início do voto, é retomada para ficar registrado 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.*

O ministro relator coloca-se ao lado da mulher que opta pela interrupção da gravidez quando manifesta que o Estado não deve interferir nessa escolha (assim como a religião não deve se imiscuir nas questões de Estado), mas deve apoiar a mulher, como cidadã que é, nesse momento doloroso e difícil, informando-a e protegendo-a. E nesse ponto, há referência a Simone de Beauvoir, reconhecidamente feminista, que dizia, e o relator cita, que o mais escandaloso dos escândalos é aquele ao qual nos acostumamos (p. 37). Ressalta, desse modo, a importância de ver a mulher como indivíduo capaz de escolher e de exigir apoio do Estado para suas escolhas, rechaçando-se tratamentos que a objetifiquem. As citações de outras mulheres de destacada atuação social, política ou científica, como Elza Galdino (professora e advogada – p. 4), Débora Diniz (antropóloga, representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, entidade responsável pelo ajuizamento da ação – pp. 21-22 e 37) e Nilcéa Freire (que foi Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – p. 35), fortalecem a imagem de um ministro que apoia e valoriza a causa feminina numa sociedade tradicionalista e machista, mas onde as mulheres já vêm desempenhando papéis tão relevantes quanto os homens.

Por outro lado, o orador chama a atenção do auditório para a necessidade de atualizarem-se as compreensões em relação a assuntos tidos como tabus. A ciência tem papel fundamental nessa necessária mudança de paradigma. Com base em dados científicos, comprováveis e confiáveis, é possível concluir, segundo a argumentação utilizada no voto, que não se trata de aborto, porque não há vida, bem como que os prejuízos à saúde da mulher obrigada a manter uma gravidez contra a sua vontade são severos, infringindo seus direitos individuais, inclusive a sua dignidade.

Os valores que orientam uma determinada sociedade são mutáveis e a lei não é sempre suficientemente rápida para acompanhar tais mudanças, o que faz necessária a intervenção do Poder Judiciário a fim de que, mantido o equilíbrio e a

independência entre os poderes da República, a sociedade tenha seus anseios e necessidades atendidos (Pistori *in* Cabral & Bueno, 2020, p. 104):

*Como “essencialmente mutáveis”, tais valores (e ainda outros, nela constantes), podem ser questionados e cabe, então, ao Supremo Tribunal Federal (STF), responsável pela guarda da Constituição (art. 102 da CF), conferir a constitucionalidade de algumas ações, caso sobre elas recaiam dúvidas na sociedade.*

Permitir à mulher a escolha sobre manter ou não a gravidez quando tem conhecimento de que porta um feto anencéfalo consiste em grande evolução social num país como o Brasil, de tradições religiosas e machistas arraigadas. O voto do relator dá a entender que essa mudança de paradigma se faz necessária no atual estágio da sociedade brasileira até mesmo diante dos progressos da ciência.

Por tudo o que foi dito, o Estado laico, aliado aos conhecimentos científicos apresentados por especialistas renomados – que atestam a impossibilidade da vida do anencéfalo e os perigos da gravidez nesse caso – e à importância da prevalência dos direitos da mulher, são conceitos que justificaram a procedência do pedido na ótica do relator, num contexto no qual deve-se espelhar uma visão de mundo condizente com os avanços obtidos nos âmbitos científico, social, político e histórico.

Os diversos auditórios são convidados a um exercício de adaptação às mudanças que o transcurso do tempo exige das sociedades e que, na atualidade, têm base na ciência e visam, em última instância, à garantia da dignidade humana, que paira acima de todos os demais direitos.

O discurso do relator vale-se principalmente dos argumentos de autoridade, o que é usual no discurso judicial, adotando manifestações prévias de especialistas nas diversas ciências cujos ensinamentos são utilizados como fundamentação (medicina, psicologia e direito, notadamente), além de decisões anteriores do próprio tribunal e, também, citações de natureza literária e filosófica.

A argumentação contida em cada voto vai direcionando o auditório, desde o início, à mesma conclusão que o ministro chegou depois de deliberar sobre a questão debatida no processo. Isso se torna visível na estrutura discursiva e não deve passar despercebido dos destinatários mais atentos, especialmente para que possam se

contrapor a ela, já que a mera concordância dispensa, em princípio, qualquer outro exercício argumentativo.

Numa espécie de previsão decorrente do (suposto) conhecimento do auditório, o relator ataca diversos argumentos que podem ser colocados contra o pedido, alguns dos quais já abordados na inicial do processo. Dentre esses, um argumento que virá a ser utilizado pelo Ministro Cezar Peluso – cujo voto segue a divergência instaurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski –, quando menciona que todos nascemos para morrer, citando Heidegger (p. 394), no que será diretamente contraditado pelo Ministro Ayres Britto, nos debates (pp. 416-417). O relator antecipa-se, dessa forma, à possível contra-argumentação dos pares, na tentativa de fazer prevalecer o seu entendimento sobre a matéria e, assim, manter a sua face, quando diz, citando Alberto Silva Franco (p. 36):

*(...) o argumento de que todos nascemos para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na verdade, de um truísmo dispensável.*

É importante ressaltar que, na elaboração de seu voto, ao abordar os primeiras quatro questões que o fundamentam (laicidade do Estado, anencefalia, doação de órgãos e direito dos anencéfalos à vida), o ministro vale-se de argumentos legais, jurisprudenciais, técnico-científicos e filosóficos, justamente os mais correntes e tradicionais nas decisões jurídicas. No trecho em que versa sobre o direito do anencéfalo à vida, é relevante salientar que o ministro pontua a limitação tecnológica à época da edição do Código Penal e o quanto era machista o legislador nesse tempo, embora tenha autorizado o aborto de fetos saudáveis em caso de aborto (p. 25). Enumera, em nota de rodapé, diversos dispositivos legais notadamente machistas que foram, ao longo das décadas, sendo eliminados do ordenamento jurídico pátrio (pp. 48-49).

Quando passa a abordar os direitos da mulher à saúde, dignidade, liberdade, autonomia e privacidade, agrega àqueles argumentos outros, agora de natureza mais

emocional, como ficou registrado acima, os quais não haviam sido invocados anteriormente.

Ao deslocar a discussão para a necessidade de dar primazia aos direitos da mulher e acrescentar o aspecto emocional aos argumentos de natureza jurídica, científica e filosófica, busca o relator, para além de persuadir pelo conhecimento técnico que demonstra, também sensibilizar o auditório para os argumentos que coloca no ápice do voto. É como se houvesse um percurso prévio a esse momento em que, embora não descure do *logos* em nenhum momento, o ministro atribui valor inequivocamente maior à emoção, que acrescentou à fundamentação, e parece querer contaminar o auditório dos mesmos sentimentos que demonstra.

A persuasão, para além do *logos*, passa a envolver o *pathos*, invocando os sentimentos de solidariedade do auditório. O *ethos* demonstrado é o de um julgador que alia os conhecimentos jurídicos, científicos e filosóficos aos sentimentos envolvidos no valor atribuído aos direitos da parte, sem resvalar num casuísmo indesejado e vedado pelo ordenamento jurídico. Apresenta-se inserido num procedimento que não seria tão bem aceito quando prevalecia o positivismo jurídico, mas é característico da NR e do atual estágio de desenvolvimento da sociedade, o que é registrado no último parágrafo da fundamentação propriamente dita, imediatamente anterior ao dispositivo (p. 38):

*Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.*

A matéria é tão relevante que, logo depois de apresentar seu voto escrito, o ministro comentou-o e seu comentário, transcrito, passou a integrar o voto (pp. 55-56). Destaca “a valia maior da audiência pública realizada e do fato de ter colocado intencionalmente na prateleira o processo, já que não envolvia interesses subjetivos”. Criticou a cassação da liminar pelo plenário, quando foi reformada sua decisão

monocrática. Defende sua própria face ao afirmar que o “Tribunal lançou as mulheres brasileiras em geral em uma verdadeira *via crucis*, para, caso a caso, pleitearem em Juízo o que normalmente é deferido: a autorização para a interrupção da gravidez”. Mencionou o processo das células tronco, em que a decisão, também em questão controversa, foi inovadora, embora por pequena maioria, apelando para a sensibilidade da Corte, que diz considerar pronta para apreciar também o presente processo e decidir também de forma corajosa e inovadora, com o que valoriza a face dos demais ministros, que reputa suficientemente avançados, evoluídos e corajosos para enfrentar questão de tamanha importância para a sociedade. Trata-se de novo recurso, eivado de emoção, desta vez dirigido diretamente aos pares, para persuadi-los a votarem pela procedência do pedido, em que a CF e o papel do STF de seu “guardião maior” (p. 55) são expressamente registrados. O ministro posiciona-se como um defensor da Constituição e clama aos pares que também exerçam esse papel, o que dependeria, de acordo com seus argumentos, de votarem pela procedência da ação, preservando, assim, suas faces e a da própria instituição, especialmente diante das manifestações da sociedade a respeito, que foram trazidas para o processo por meio das audiências públicas.

### **6.2.2. Voto da Ministra Rosa Weber**

*Estamos regidos por uma Constituição, mas esta Constituição é o que os juízes decidem o que é.*  
(Charles Evans Hughes)

Depois do voto do relator, os seguintes passam a ser proferidos na ordem inversa da antiguidade dos ministros no cargo, sendo o presidente o último a votar. A Ministra Rosa Weber, como integrante mais recente do colegiado à época, proferiu seu voto imediatamente após o relator, assim que retomada a sessão de julgamento, depois da interrupção para o almoço.

Apenas do relator exige-se a apresentação de um relatório propriamente dito antes de seu voto, mas é comum que, por questão de clareza, os demais façam ao menos uma “breve lembrança” (p. 58) do processo, que se integra ao gênero discursivo voto como uma espécie de introdução (pp. 58-61).

Esse trecho inicial do voto da ministra, registre-se, não foi lido em plenário, mas consta do voto escrito juntado ao processo. A ministra iniciou seu voto com cumprimentos dirigidos a todos os presentes à sessão, os quais não foram reproduzidos na versão escrita do voto juntada ao processo, que, como já foi dito, nem sempre é a mesma versão lida na sessão e pode receber acréscimos ou sofrer reduções durante a leitura e entre esta e a juntada ao processo.

No início da análise do mérito no voto, há uma nova retomada, brevíssima, do pedido da inicial e, na sequência, a ministra ressalta a “delicadeza ímpar” (p. 61) do tema, citando Menotti del Picchia (poeta, advogado e ativista do movimento modernista brasileiro), Marcelo Gleiser (físico e astrônomo brasileiro) e Luis Miguel Nava (poeta português). As referências poéticas (mesmo aquela da autoria de um cientista), em lugar da esperada fundamentação jurídica, já dão indícios de que se trata de um voto que foge do padrão de uma simples subsunção dos fatos à legislação de regência, já indiciando, outrossim, algum apelo à emoção do auditório. Por outro lado, já fica demonstrada a intenção da ministra de apresentar um voto claro e compreensível, não apenas para o auditório especializado, mas para os jurisdicionados, não afeitos à linguagem jurídica propriamente dita.

Registra, de uma perspectiva intimista e emotiva, que a questão deve ser abordada a partir de um olhar individual, em atenção aos valores e sentimentos de cada um. Demonstrando que tem conhecimento e respeita “as visões antagônicas e as defesas apaixonadas que o tema tem suscitado no seio da sociedade” (p. 62), a primeira mulher a proferir voto sobre o mérito do processo<sup>8</sup> acompanha o “judicioso voto do eminente Relator, que praticamente esgotou o tema” e registra expressamente, de antemão, seu respeito por opiniões contrárias (p. 62). O elogio ao

---

<sup>8</sup> Quando da votação da liminar e da questão de ordem, a única mulher que integrava a Corte era a Ministra Ellen Gracie, que se aposentou antes da votação do mérito.

voto apresentado pelo relator (praxe nos julgamentos em colegiados) e a eventuais opiniões diversas já indicia um *ethos* de admiração e respeito pelos pares, independentemente da decisão que venham a apresentar, ao mesmo tempo em que se posiciona predisposta a receber um tratamento reciprocamente respeitoso, mostrando que espera deles um posicionamento semelhante.

Mostra-se explicitamente sensibilizada com a visita que recebeu, em seu gabinete, de uma vítima de acrania, motivo pelo qual optou por ler o longo voto que elaborou, “de modo a deixar bem claro o caminho que percorri para formar a minha convicção, à luz do ordenamento positivo, tendo como farol e norte a nossa Constituição” (p. 62), salientando que pretendia, antes dessa mudança de ideia, apresentar apenas um resumo dele.

Pede vênia aos pares para a leitura de seu longo voto, assim mais uma vez preservando sua face em relação a eles e, ao mesmo tempo, dando a entender que a extensão do voto tem como objetivo esclarecer especialmente o auditório leigo sobre as suas razões, porque os pares e a comunidade jurídica não necessitam de tantos esclarecimentos. A fim de manter sua face diante da parte do auditório que se posiciona contra a procedência do pedido da inicial, a ministra solidariza-se com uma portadora de anomalia semelhante à que se discute no processo e passa a descrever detalhadamente o processo mental por meio do qual chegou à conclusão de que o pedido da inicial é procedente, expressando, ainda, como já registrado, seu respeito pelos entendimentos diversos, que reputa típicos de “uma sociedade plural” (p. 62).

Além dos “memoriais e textos enviados por diferentes setores e entidades da sociedade civil” (p. 62), também a tecnologia auxiliou a ministra na elaboração de seu convencimento para proferir o voto, na medida em que, não tendo participado do início do processo, pôde assistir às audiências públicas “graças aos vídeos da TV Justiça” (p. 62). Mostra, assim, um *ethos* de dedicação e, concomitantemente, de humildade e respeito a todos os interesses envolvidos no processo, que têm igual apreciação da ministra.

A participação da sociedade civil no processo é intensa e reflete-se na argumentação do voto sob análise. A visita de Vitória de Cristo e sua família ao

gabinete da ministra, assim como o material escrito encaminhado a ela até a véspera do julgamento e as manifestações apresentadas na audiência pública (que se estendeu por 4 dias) não apenas são expressamente referidos no voto, como mudaram a forma de sua apresentação. Mesmo que a ministra já demonstre, desde o início, que a decisão é pela procedência do pedido, esclarece que sua justificativa será apresentada de forma a ter sempre em mente o respeito pelo entendimento em sentido contrário, diante da intensa controvérsia que se instaurou sobre o tema.

Trata-se de um processo de difícil solução, em que os argumentos a favor ou contra o pedido da inicial são defensáveis e serão defendidos de acordo com os valores, crenças e convicções de cada julgador, dentro dos limites do livre convencimento. Seja qual for o posicionamento de cada um dos ministros, ele deve, em princípio, ser expresso com respeito e consideração aos que pensam diferentemente, como é praxe no discurso jurídico decisório, especialmente nos tribunais superiores.

É sabido que, dos juízes, esperam-se decisões isentas e desprovidas de emoções, bem como que os julgamentos devem pautar-se na lei, sob pena de se incidir em inaceitáveis casuísmos. Outrossim, e especialmente nos casos difíceis como o presente, entende-se, na atualidade, que não é possível decidir sem recorrer aos valores. A ministra julgou de acordo com essa linha de pensamento, ao assumir que não se pode despir de seus medos, crenças e convicções de ordem filosófica, religiosa, moral, científica, social e cultural quando veste a toga (p. 62).

A expressão linguística da subjetividade é permitida no gênero voto e, na enunciação, “o locutor deixa, inevitavelmente, marcas da sua presença no discurso, isto é, marcas de subjetividade”, sendo (Pinto *et al.*, 2021, p. 205):

*(...) que a subjetividade linguística num dado discurso não se define em termos de presença/ausência, mas, sim, de uma maior ou menor presença, ou seja, em termos de grau de manifestação num dado discurso, e, que um modelo de detecção de formas de subjetividade linguística terá de ser sensível a dados contextuais, como, por exemplo, o do gênero textual e o do tipo de discurso em causa.*

Mesmo quando são usadas expressões e palavras incisivas, não se esperam agressões aos que pensam diferente, mas que se demonstre respeito e consideração, até mesmo de antemão, pelas posturas alheias, ainda que se discorde frontalmente delas, do que é exemplo o voto sob análise. Veja-se que a ministra rende homenagens ao voto do relator e manifesta respeito às opiniões contrárias à sua (ainda nem externadas pelos outros juízes, mas que tem por certo que virão), as quais não recebem ataques diretos nem críticas que ameacem a face do emissor ou a face da própria ministra, que poderia ser vista de forma negativa caso se comportasse, em plenário, de modo agressivo e descortês.

Ao apresentar um conceito de anencefalia, “já tão bem esclarecido” (p. 62) – numa nova forma de reconhecer o voto anterior e outras manifestações processuais anteriores ao seu próprio voto –, e ao registrar as divergências da ciência sobre a possibilidade de vida extrauterina, a ministra destaca que os conceitos científicos são utilitários, não são estáveis e podem ser arbitrários, não sendo, portanto, inteiramente confiáveis. Aponta dois equívocos na discussão travada no processo, quais sejam, a falácia naturalista “com a seguinte estrutura: se a medicina considera determinadas características necessárias e suficientes para a vida e o feto anencefálico apresenta essas características, ele há de ser protegido” e o entendimento de que “o emprego de um conceito na ciência deve condicionar o seu uso nas outras áreas, pois fruto de verdade empírica, bem estabelecida e, portanto, inquestionável por outras esferas” (p. 63). Busca, assim, refutar, com argumentos científicos e, especialmente, jurídicos, os argumentos adotados pelos grupos religiosos e que embasam o entendimento pela improcedência do pedido.

Não obstante a ministra vote com o relator e defenda **a)** a atipicidade da antecipação terapêutica do parto (e, assim como o relator, evite o termo aborto), **b)** a vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude e **c)** a prevalência dos valores de liberdade, dignidade e saúde da mulher em desfavor dos direitos do feto anencefálico, ela se vale de raciocínio diverso daquele utilizado pelo relator. Isso demonstra a liberdade de que gozam os juízes para decidir, sempre

tendo como norte e limite a CF, o que a ministra verbaliza na primeira parte de sua manifestação (p. 62).

O uso do termo falácia, “na acepção técnica, e não pejorativa, do termo” (p. 63), isento de críticas, mostra novamente o respeito pelas opiniões divergentes, que, deixa sempre bem claro, a ministra não despreza. Aponta, sem demonstrar descortesia em qualquer momento, ou seja, sem atacar a face dos defensores da tese da improcedência, que estão equivocados, porque se baseiam em falácias que passa a desconstruir argumentativamente. É importante lembrar, também, a relação das falácias com o discurso manipulador, que, embora não diretamente mencionado pela ministra, pode apresentar-se quando se trata de discurso de viés religioso.

Ao mencionar “o problema da definição de Plutão como planeta e dos vírus como seres vivos” (p. 65), usando exemplos que são de fácil compreensão e inclusive são apresentados de forma bastante didática (“em um resumo bem simplificado” – p. 65), a ministra aproxima a discussão, que em tese seria eminentemente jurídica e, nesse âmbito, científica, da realidade do auditório mais amplo, buscando, em informações que são de conhecimento de grande parte da sociedade, inclusive do senso comum (“parece estar em conformidade com o que o senso comum aceita como atividade científica” – p. 68), persuadir os auditórios menos especializados sobre o acerto da decisão.

A partir dos referidos exemplos e depois de reflexões sobre o conceito de verdade científica e de “uma breve digressão sobre os problemas da linguagem como meio de expressão do conhecimento”, chega à conclusão de que é a partir dos conceitos jurídicos que a decisão deve ser tomada, após uma “digressão rápida e simplificada sobre epistemologia que culmina com a conclusão da independência do conhecimento jurídico” (p. 72). Ou seja, segundo a ministra, não se deve pautar a decisão judicial em conhecimentos estranhos ao Direito (o que teria ocorrido no pedido e no voto do relator e que é tratado por ela como falácia) e quaisquer dos conhecimentos usados para fundamentar uma decisão judicial devem passar pelo crivo da Constituição, das leis, da doutrina e da jurisprudência.

Nessa linha, a ministra passa a arrolar os fundamentos eminentemente jurídicos de sua decisão, citando o Código Penal, o Código Civil, a Lei de Transplantes de Órgãos e a Lei de Biossegurança. Além disso, são invocados argumentos de autoridade por meio de citação de obras da lavra de penalistas de renome, como Nelson Hungria, Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (p. 75). Por fim, juntamente com a doutrina, são adotadas, como argumentos de autoridade, decisões do próprio STF e do STJ em outros processos, tais quais a ADIN nº 3.510/DF, o HC nº 84.025/RJ e o HC nº 56.572/SP. Não há, ao contrário do que ocorreu no voto do relator, citações de especialistas de outras áreas de conhecimento. A discussão é, portanto, direcionada para a argumentação eminentemente jurídica e constitucional.

É visível, aqui, a preocupação da ministra com os “problemas da linguagem como meio de expressão do conhecimento” (p. 67). Lembra que “todo tipo de ciência, da física à medicina, tem de lidar com o limite de significabilidade da linguagem e com a incapacidade de acesso total aos fatos” (p. 67), o que se aplica, por óbvio, à ciência jurídica. A partir daí, desenvolve um arrazoado sobre o assunto e sobre o conceito de verdade, cujo caráter é eminentemente lógico e filosófico, comprobatório da relação íntima e complexa que se estabelece entre linguagem e Direito, porque o discurso jurídico é produzido em linguagem natural, com suas equivocidades, as quais não se limitam à hermenêutica, mas remontam à produção legislativa, numa relação em cadeia, questão que aborda quando trata da perquirição da vontade do legislador no processo hermenêutico, para o que referencia Perelman (p. 91):

*E não é difícil que, com o objetivo de se chegar a um acordo, o texto da lei seja propositadamente vago, de técnica duvidável e polissêmico. A finalidade desse texto “mal escrito” é permitir que as mais diversas posições de interesse possam se sentir contempladas pelo conteúdo normativo.*

Quando aborda os paradigmas na ciência (p. 71), aproxima-se novamente da NR, na medida em que destaca a importância dos conhecimentos compartilhados por uma comunidade científica, como base para o seu desenvolvimento. A partir daí, no âmbito da seara jurídica, traz a teoria de Alexy para tratar da dogmática jurídica e do

papel do Direito, destacando as peculiaridades e a independência do conhecimento jurídico.

Ressaltando a independência do conhecimento jurídico, a ministra procede a uma “digressão rápida e simplificada sobre epistemologia” (p. 72), onde aborda a dogmática jurídica, num texto bastante didático:

*(...) é o que permite desmascarar a falácia inicialmente apontada: o conceito de vida no Direito há de ser discutido de acordo com sua significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência.*

Em relação à questão da vontade do legislador, que não previu a anencefalia como excludente da ilicitude, a ministra consigna, simplesmente, que “não foi contemplada a anencefalia unicamente em razão da deficiência tecnológica, em 1940, para o diagnóstico seguro da má-formação” (p. 82). Esse argumento em favor da improcedência do pedido poderia ser assim afastado de pronto, porque o legislador não poderia, quando da elaboração do Código Penal, prever uma tecnologia que diagnosticasse a anencefalia, qual seja, a ultrassonografia, que surgiu apenas na década de 1990. A ministra, no entanto, optou por “desenvolver rapidamente a ideia de supremacia do legislador na sua origem conceitual” (p. 83). Ela chega, aqui, à mesma conclusão a que chegou quando tratou do argumento anterior, referente à atipicidade (p. 90):

*Ou seja, a vontade não vale como norma em si mesma, mas apenas na medida em que é enunciada como um comando de acordo com uma norma que condiciona a sua existência, uma norma superior, por conseguinte.*

A pesquisa realizada para a elaboração do voto, nesse ponto, resultou numa visão panorâmica da história do Estado, bem como em reflexões importantes sobre a interpretação da lei, a evolução do constitucionalismo e mesmo sobre o papel dos juízes ao longo do tempo. Não é imprescindível para a solução da lide, nem pode ser realizada em todos os processos que há para ser julgados no dia a dia das comarcas do país, até porque exige-se celeridade nos julgamentos. Nos tribunais superiores e em processos mais destacados, por outro lado, é de se esperar nos votos tais

demonstrações de conhecimentos que vão muito além do Direito, próprias de julgadores no ápice do Poder Judiciário, que assim demonstram e compartilham seu saber enciclopédico. Não se pode esquecer que os julgados do STF fornecem subsídios para outros processos a serem julgados em todas as demais instâncias e que também fornecem elementos para estudos doutrinários.

Ao propor essa visão panorâmica, a ministra apresenta uma análise doutrinária dos processos envolvidos na atividade judiciária ao longo da História, evidenciando e justificando a decisão que tomou, que, argumenta, representa o comportamento do julgador da atualidade, inserido no Estado Democrático de Direito e pautado pela Constituição e pelos valores, não apenas pelas normas jurídicas aplicadas sem a consideração de seus efeitos na sociedade (p. 91):

*(...) o ordenamento jurídico em geral e a Constituição especificamente não só declaram como demandam a inclusão e realização de valores no sistema do Direito. Em uma sociedade complexa e plural, valores entram em oposição e disputam espaço. Programas axiológicos distintos precisam viver no mesmo tempo e espaço.*

Se no início do voto menciona que se trata, no processo, da questão básica essencial e das crenças (ou descrenças) mais profundas, traz à lume a dificuldade e os parâmetros atualmente adotados para a tarefa de julgar e fazer justiça no caso concreto, diante das graves demandas que a sociedade apresenta à Suprema Corte, o que é questão que acomete os julgadores, mas que tem reflexos na sociedade como um todo, que deve, como demonstra o esforço da ministra em esclarecer minuciosamente as questões em debate, estar informada desse processo. Para isso, mas sem deixar de registrar que a decisão deve ter por base a CF, a ministra traz referências feitas por astrônomo e fala das estrelas e, no mesmo parágrafo, cita poetas e refere o voo do tempo (na mesma linha do relator, aliás) e as janelas do coração, órgão que representa a parte mais íntima do ser humano. Traça, assim, mesmo que conotativamente, um caminho bastante amplo, assim como são amplas as suas reflexões de cunho histórico e mesmo filosófico, que incluem uma crítica às pretensas certezas do conhecimento jurídico.

Assim como ocorreu na abordagem do primeiro argumento, também em relação ao segundo a ministra propôs uma mudança do rumo do discurso, apresentando uma solução, nesse aspecto, inovadora para o processo. Buscou mostrar ao auditório que o Direito não contempla a hipótese de anencefalia como aborto e que não se podia perquirir acerca da vontade do legislador no caso por absoluta impropriedade.

Por fim, quanto à “ponderação entre os direitos inerentes à gestante e aqueles pertencentes ao feto” (p. 93), a ministra inicia rememorando os argumentos no sentido da improcedência do pedido. Em seguida, destaca que o “princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores que lhe é inerente comportam reflexão” (p. 93). Elabora novo arrazoado a respeito.

A reflexão acerca da incorreção de pretenderem-se indiscutíveis e imutáveis os conceitos científicos estende-se também ao Direito, que deve refletir as mudanças por que passa a sociedade para melhor compreendê-la e, assim, atender a suas demandas. No Direito tampouco há certezas incontestáveis e, se houvesse, isso não seria “nem propriamente científico, tampouco democrático” (p. 72).

Do mesmo modo que fez o relator, a ministra não usa os termos aborto e/ou criança, bebê ou semelhante quando se refere ao feto anencéfalo, mas adota os mesmos termos usados na petição inicial e no voto do Ministro Marco Aurélio, que dissociam as ideias de aborto e de anencefalia, sequer cogitando da possibilidade de vida propriamente dita, uma vez que o feto acometido de tal anomalia não pode se tornar pessoa. Com isso, a discussão é direcionada para um campo onde se pretende existir alguma concordância mesmo entre os grupos que se posicionam contra o aborto em qualquer hipótese que não as já expressamente previstas em lei.

A organização do discurso, neste voto, apresenta uma estrutura que se repete em todos os três argumentos principais. Após um breve resumo dos argumentos a favor e contra o pedido, a ministra apresenta sua conclusão, que será retomada, ao final do voto, depois de uma longa digressão de cunho histórico, lógico, epistemológico e/ou filosófico, mas que sempre retorna ao conhecimento e às regras do Direito como fundamento da decisão, afastando-se a autoridade de conhecimentos de outras áreas

científicas para embasá-la, não obstante o caráter multidisciplinar da questão debatida no processo.

Assim estruturado, o voto pretende mostrar-se como de fácil compreensão não apenas para o auditório especializado dos juristas e dos cientistas, mas também para as partes e para a sociedade, auditórios diversos que, de uma forma ou de outra, têm acesso ao julgamento e interesse no seu resultado.

O raciocínio de Pistori (2008, p. 362), embora referente a processo diverso, pode ser também aqui aplicado:

*A decisão não apenas atende aos valores dominantes na sociedade, valores universais e socialidade ampla, mas também se dirige ao auditório universal, com quem se estabelece o contrato fiduciário enunciador/enunciatário. Há mesmo a preocupação com o didatismo na redação, por exemplo, na apresentação da diferença entre o juízo de fundada suspeita e o juízo de certeza, contribuindo também para a construção da imagem de sabedoria, prudência e discernimento daquele orador.*

Na linha de um discurso que fundamenta uma decisão inovadora, audaciosa e mesmo transgressora de compreensões mais tradicionais, a ministra debate e questiona, já na primeira parte do voto, as certezas científicas, numa revisão do pensamento lógico cartesiano que orientou as ciências ao longo dos três últimos séculos. Encaminha, assim, seu voto para uma decisão em que não se conforma com a subsunção dos fatos à lei nem com a condição do juiz de *bouche de la loi* (pp. 88-89), apresentando um julgamento baseado em ponderação de valores (sem necessariamente apontar a superioridade de um sobre outro), na trilha do neoconstitucionalismo.

As muitas vênias, a delicadeza apontada no objeto da causa desde o início e demonstrada pela ministra com os envolvidos no processo ao longo do voto, assim como as referências de cunho poético e os exemplos usados para fundamentar a decisão, extraídos das mais diversas áreas do conhecimento, se podem ser um traço característico da escrita feminina e do comportamento feminino tido como padrão, também podem decorrer do fato de que a ministra estava no início de suas atividades na mais alta corte do Poder Judiciário e demonstrava alguma insegurança quanto à receptividade de seus posicionamentos pelos auditórios que as decisões do STF

atingem. De qualquer modo, atuam como mecanismos de atenuação de uma decisão capaz não apenas de revolucionar os entendimentos judiciais a respeito, numa sociedade religiosa e tradicional, mas também apta a desagradar uma grande parte do auditório, ainda mais por se tratar de uma decisão proferida por uma mulher.

Resumidamente, o voto se atém a três argumentos, quais sejam, o conceito de vida, a vontade do legislador e a ponderação entre os direitos da mulher e os do feto, sempre tendo como norte os conhecimentos jurídicos, no que discrepa do voto do relator, onde foram adotados como fundamentação, ao lado daquela de cunho jurídico, conhecimentos de outras áreas da Ciência e, especialmente, da Medicina, inclusive conforme referências feitas na inicial e na audiência pública.

As citações de Alexy, Dworkin, Habermas e Perelman (pós-positivismo e neoconstitucionalismo, com primazia dos princípios, especialmente no julgamento dos casos difíceis), em contraposição às referências feitas a Kelsen (Teoria Pura do Direito), vão, no mesmo sentido dos argumentos que fundamentam o voto, na direção da compreensão mais contemporânea do Direito, onde os valores também devem ser considerados, numa busca de equilíbrio limitada pela própria Constituição, mas que apresenta dificuldades e já não pretende atingir o grau de segurança jurídica que o positivismo pretendeu garantir, mas não conseguiu. Caminha-se num ambiente de possibilidades, de dúvidas e de inseguranças próprias da compreensão de vida que já não se satisfaz com a lógica cartesiana, onde os juízes não são mais apenas a *bouche de la loi*, mas tampouco podem levar seu ativismo a extremos, para o que se adota o racionalismo justificado por meio dos argumentos que formam a decisão. A relação dos valores e do Direito é explicitada, inclusive com sua evolução histórica e sua introdução como princípios (pp. 94-95).

A ministra discorre longamente sobre o princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores, depois de também anunciar, logo no início dessa parte do voto, assim como fez com os demais argumentos que embasaram sua decisão, qual a posição que adotou, ou seja, pela prevalência dos “direitos da gestante sobre a vida precária do feto” (p. 93).

Nessa parte do voto, apresenta reflexões sobre a argumentação no Direito que são válidas para toda a comunidade jurídica e não apenas para o processo em si. Os votos do STF possuem também esse caráter educativo e de reflexão sobre a própria prática na elaboração de decisões sobre questões constitucionais, em manifestações que podem ser adotadas como doutrina (o que aconteceu, como se verá a seguir, com o voto do Ministro Joaquim Barbosa) e, ainda, podem ser usadas como argumentos de autoridade em outros julgados, em pareceres, em aulas, em livros e em tantos outros âmbitos. O voto integra a decisão do processo em que foi proferido, mas tem também um efeito multiplicador (especialmente quando oriundo do STF), o que deve ser levado em consideração pelo julgador, que, no entanto, não tem controle sobre as futuras aplicações que seu discurso em determinado processo terá depois de publicado.

E é apenas ao abordar a ponderação que o voto recorre às emoções do auditório, quando a ministra menciona e dá a entender que compreende, aceita e valoriza, a “alegria e realização das mulheres com filhos anencéfalos” (p. 104), valores que o voto preserva, o que também foi ressaltado pelo relator. Ambos deixam bem claro, em seus votos, que a mulher não está obrigada, em caso de anencefalia, a proceder à antecipação terapêutica do parto, mas, diferentemente disso, que ela tem o direito a optar por ela se for esse o seu desejo, sob pena de grave dano a seus direitos individuais. Tal destaque será também dado em outros votos pela procedência do pedido.

O tom do voto, especialmente quando abordados os dois primeiros argumentos, é bastante didático e mesmo professoral. Evidencia uma tentativa de facilitar a compreensão do discurso pela parte do auditório que não é especializada, na medida em que se afasta da linguagem técnica e hermética comum nas decisões judiciais. São numerosas as expressões que indicam explicação e apontam para a facilitação da compreensão do discurso, como “simplificadamente” (p. 62 e p. 71), “clareza da exposição” (p. 63), “exemplo claro”, “deixar bem claro” (p. 64), “resumo bem simplificado”, “é de se deixar claro” (p. 65), “não é tão simples” (p. 68), “digressão rápida e simplificada” (p. 72), “é necessário ficar claro” (p. 73).

Também são frequentes as perguntas retóricas, que chamam a atenção do destinatário para o que será dito a seguir, na linha de um discurso didático e que pretende ser plenamente compreendido pelos mais diversos auditórios:

*Ora, quem diria que uma área de conhecimento pertencente às hard sciences poderia recorrer a uma convenção mundial para se debater e votar o uso correto de um conceito como o de “planeta”?* (p. 64)

*A escolha foi baseada por razões utilitárias a partir de um critério (quem diria?) democrático (...)* (p. 65)

*Estes “organismos” se reproduzem ou apenas se replicam em razão de suas cadeias de DNA ou RNA?* (p. 65)

*Mas, e a situação em que o organismo continua funcionando após a morte encefálica? Está morto o indivíduo?* (p. 66)

*No caso do aborto, fica ainda mais difícil a decisão, pois o que está protegido, o desenvolvimento biológico intrauterino pura e simplesmente ou a vida como perspectiva de desenvolvimento após o parto?* (p. 75)

*No entanto, o que ocorre no mundo jurídico se o nascituro, herdeiro ou donatário, vier a falecer antes do nascimento?* (p. 76)

*Mas, quem garante que o Estado respeitará esses direitos?* (p. 87)

*Todavia, nessa lógica, quem controla o Poder Legislativo, se é ele que cria as leis limitadoras da atuação dos outros dois poderes?* (p. 88)

*Nesse diapasão, como identificar e determinar a vontade do relator? A vontade a pesquisar seria aquela expressa em documentos oficiais do processo legislativo? Ou a da bancada da maioria que participou da votação da norma? Ou a da minoria computada para atingir o quorum exigido? Ou, ainda, a vontade da liderança governista ou a da oposição? Existiria mesmo uma vontade do legislador?* (p. 91)

*Persistiria a vinculação àquela hipotética vontade, que não leva em consideração o que somos agora e as necessidades atuais da sociedade? A lei não continua a mesma em seu texto exatamente porque comporta outra leitura, com atribuição de outro conteúdo?* (p. 92)

*Todavia, nessas situações, como escolher qual o princípio a aplicar e qual o que será afastado?* (p. 96)

Já quando passa a abordar o terceiro argumento, a linguagem adotada é eminentemente técnica e inclui termos de difícil compreensão para os auditórios leigos. Há apenas uma pergunta retórica (p. 96). Tal construção aponta para um discurso

direcionado ao auditório técnico em que não há tanta preocupação com a compreensão pelos demais auditórios.

### **6.2.3. Voto do Ministro Joaquim Barbosa**

*Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada. (Rui Barbosa)*

Na antecipação ao voto, inicia-se a decisão com uma referência ao julgamento do HC nº 84.025/RJ, ocorrido “exatos oito anos e dois meses” antes, que, lembra, “como todos sabemos, teve o seu julgamento bruscamente interrompido por decisão do presidente de então” (p. 114). O ministro indica ter havido consenso a respeito do que considerou indevida interrupção, até mesmo porque ele próprio, como relator, já havia preparado voto na ocasião.

Ao dizer que “todos sabemos”, ele se coloca dentro de um grupo de pessoas, no caso a totalidade do auditório, que está, no seu entendimento, de acordo com a inadequação da interrupção do julgamento então ocorrida e que desejava uma solução para a questão já naquela oportunidade. Não se trata do plural majestático, mas do uso da primeira pessoal do plural para aproximar o emissor do auditório, dando a ideia de que existe concordância a respeito do que foi afirmado.

Mencionou, ainda, que tal voto integrou o livro “Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”, o que agrega valor positivo à decisão que foi, naquela ocasião, desconsiderada (porque sequer levada a apreciação) pelo Tribunal. Nessa mesma linha, rende homenagem aos organizadores do referido livro, sendo este mesmo voto anteriormente mencionado no presente julgamento pelo relator. Buscou, por fim, a concordância dos pares para limitar-se a apresentar o voto preparado para o outro processo com pequenas alterações, seguindo o voto do relator, que avaliou como “brilhantíssimo” (p. 115).

Nesse trecho inicial, que antecede o voto escrito, o qual não foi lido em plenário e cuja juntada foi pedida, há um ataque à face do então presidente, em oposição aos

elogios dispensados aos coordenadores do livro e, também, ao voto do ora relator, que mencionou o voto elaborado para o HC nº 84.025/RJ (pp. 23-24). O voto foi também mencionado por outros ministros (Ministra Rosa Weber, Ministro Luiz Fux e Ministro Gilmar Mendes), o que indica sua importância como primeira abordagem da questão. A relevância do voto é confirmada pela atitude do ministro de repeti-lo (embora com pequenas adaptações, como destacou) neste processo.

Ao mesmo tempo que critica a atitude do então presidente, o ministro busca valorizar sua própria face e as daqueles que o apoiaram com a publicação do voto em obra doutrinária e mesmo com os que mencionaram seu voto em seus próprios votos. Tal processo inaugurou, no STF, a análise da questão da interrupção da gravidez em caso de anencefalia, mas o julgamento da ação foi suspenso quando houve o nascimento do filho da paciente: considerou-se que houve a perda do objeto da ação. O ministro demonstrou, assim, insatisfação com o então presidente da Corte, que inviabilizou a apresentação do voto que já havia sido preparado e que foi apresentado com adequações à nova situação, porque se trata de outro tipo de ação e houve o acréscimo de informações, especialmente produzidas na audiência pública.

Ele deixa claro, no entanto, que o conteúdo do voto se manteve, tendo inclusive sido publicado (o que indica reconhecimento de seu valor), dando a entender que a questão poderia ter sido resolvida exatos oito anos e dois meses antes, período de tempo que pontua com minúcia e ao qual dá destaque como forma de crítica, não apenas à demora no julgamento, mas ao prejuízo que isso pode ter causado aos interessados, porque tal atraso fez com que fossem necessárias autorizações judiciais para numerosas interrupções de gestações de fetos anencéfalos, criando insegurança jurídica, porque cada situação era resolvida individualmente e ficava sujeita a diferentes interpretações da legislação de regência.

O *ethos* que o ministro demonstra é o de alguém que se sentiu desprivilegiado e que torna pública a sua compreensão de que foi injusta a decisão tomada pelo presidente naquela oportunidade, a qual teve como resultado um atraso na votação da matéria, o que é de conhecimento da sociedade. Isso é confirmado pela referência à manutenção do voto na íntegra. Demonstra, ao usar o plural e referir ser tal situação

do conhecimento de todos, que tal compreensão é compartilhada com o auditório. Ou seja, sequer foi necessário elaborar outro voto, porque a questão já ficara decidida anos antes e já poderia ter começado, desde então, a fazer seus efeitos benéficos aos interessados.

O simples fato de ter sido repetido o voto apresentado no HC nº 84.025/RJ, juntamente com a atitude do ministro de pedir a palavra ao presidente para apresentá-lo, fazendo um preâmbulo onde critica o que considera não apenas atraso no julgamento da questão, mas também uma desconsideração pelo voto que preparara para o outro processo, reforça o *ethos* de um juiz crítico e independente que se sentiu contrariado com a decisão de não apreciar o mérito do referido HC, o que veio em prejuízo dos jurisdicionados.

A questão do encerramento das discussões em razão da perda do objeto é ainda sensível no âmbito do STF, o que foi referido, neste processo, nos votos dos Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes.

Ora (e isso foi mencionado no voto do Ministro Luiz Fux), o mérito somente não foi analisado no HC nº 84.025/RJ em razão da prejudicialidade (p. 126), adiando, com efeito, uma decisão a respeito, o que resultou em numerosos pedidos judiciais individuais de interrupção de gravidez em caso de anencefalia, a grande maioria dos quais não chegou ao STF.

O voto propriamente dito inicia-se com a indicação do objeto da lide, que é apontado como **a)** a liberdade individual da mulher e sua autonomia sobre o próprio corpo (e não aborto) e **b)** a tutela penal da vida humana. Da mesma forma que ocorreu nos votos que o precederam, não há menção a termos como prática de aborto, criança ou ser humano quando se trata do feto anencéfalo. Tal estratégia não apenas é uma confirmação de que se discute mesmo o direito da mulher (e não o do feto), mas também está em consonância com a decisão a ser dada, pela procedência do pedido.

O voto é compacto, direto, objetivo, sem digressões e sem muitas marcas linguísticas tendentes a provocar a emoção do destinatário. A pretensão de persuadir o auditório manifesta-se principalmente por meio de argumentos eminentemente jurídicos, os quais são subsidiados por conhecimentos interdisciplinares, inclusive com

base em dados científicos dos quais o ministro tomou conhecimento quando da elaboração do voto que apresentaria no julgamento de mérito do HC nº 84.025/RJ, associados às informações prestadas na audiência pública que instruiu o julgamento da presente ADPF, e que motivaram a adequação daquele voto original.

O *ethos* do julgador, aqui, é de um orador racional, controlado, equilibrado, que não se deixa conduzir pelas emoções, mas pela letra da lei e pelos princípios segundo os quais a mulher tem o direito de “dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz no seu ventre um feto cuja vida independente extrauterina é absolutamente inviável” (p. 116).

Mesmo quando o ministro se coloca ao lado dos pais que sofrem por conta de um diagnóstico de anencefalia, busca apresentar um certo distanciamento emocional ao constatar a situação dolorosa e pergunta-se, retoricamente, sobre a justiça da penalização da mulher que opta pela antecipação do parto nesse caso (p. 117):

*É facilmente perceptível a enorme dificuldade de se enfrentar um diagnóstico de malformação fetal. E é possível imaginar a quantidade de sentimentos dolorosos por que passam aqueles que de súbito se veem diante do dilema moral de interromper uma gestação, unicamente porque nada se pode fazer para salvar a vida do feto. Seria reprovável uma decisão pela interrupção da gestação nesse caso?*

É mostrado um *ethos* de indignação por ter sido desconsiderado o voto que preparara para o julgamento do HC nº 84.025/RJ. Tal indignação é direcionada especificamente ao então presidente da Corte, que teria encerrado o julgamento “abruptamente”, enquanto a questão poderia já ter sido resolvida naquela oportunidade, conforme dá a entender o ministro. Isso é reforçado pela referência à publicação do voto em livro sobre direitos humanos e evoluções tecnológicas e pela manutenção da decisão então adotada, com pequenas alterações.

Embora o ministro não se posicione de forma agressiva nem seja propriamente descortês, faz severa crítica à decisão tomada no HC nº 84.025/RJ, em que o STF deixou de analisar o mérito de uma decisão de grande relevância social, adiando a solução para essa questão em oito anos e dois meses.

É de se destacar que uma das maiores críticas que se faz ao Poder Judiciário é justamente a respeito da falta de celeridade nas decisões, sendo bastante conhecida, a respeito, a afirmação feita por Rui Barbosa na Oração aos Moços, discurso aos formandos de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, no sentido de que justiça atrasada equivale a injustiça qualificada e manifesta.

Os ângulos sob os quais a questão é analisada, como foi dito, são dois: liberdade individual da gestante e tutela penal da vida humana. Prevalece o direito da mulher e o entendimento de que, com base em estudos científicos, o feto anencefálico não tem probabilidade de vida. São basicamente os mesmos argumentos usados pelos ministros que votaram anteriormente, embora, no voto do Ministro Joaquim Barbosa, eles já tivessem sido apresentados oito anos e dois meses antes do julgamento do processo agora sob análise.

O ministro reforça, em diversas oportunidades, o entendimento, sem que deixe lugar para dúvidas ou dados em sentido oposto, de que a gravidez de feto anencéfalo é inviável, num *ethos* de certeza baseada em dados científicos, que, assim, privilegia o *logos*:

*(...) feto cuja vida independente extrauterina é absolutamente inviável. (p. 116)*

*(...) uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto. (p. 116)*

*(...) a certeza é de que ele não viverá mais do que alguns dias. (p. 116)*

*(...) a anencefalia acarreta a morte do feto. (p. 116)*

*(...) é absolutamente impossível se falar em vida extrauterina independente. (p. 116)*

*(...) nada se pode fazer para salvar a vida do feto. (p. 117)*

*Em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. (p. 118)*

*(...) vida extrauterina inviável (...) (p. 118)*

*(...) impossibilidade de vida extrauterina (...) (p. 118)*

*(...) gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extrauterina (p. 118)*

*(...) malformação fetal gravíssima, como a anencefalia (p. 119)*

*(...) feto que, por ser portador de anencefalia, não irá sobreviver muito tempo após o parto (p. 120)*

*(...) ele está biologicamente vivo, mas juridicamente morto. (p. 120)*

Essas mesmas certezas são externadas nas perguntas retóricas, que, além de reafirmarem as alegações de inviabilidade da vida extrauterina, trazem o auditório para as reflexões que são feitas pelo ministro a respeito das questões tratadas no processo, na tentativa de persuadir os destinatários da correção de decisão adotada:

*Seria reprovável uma decisão pela interrupção da gestação nesse caso? (p. 117)*

*A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva de liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? (p. 118)*

*A primeira questão que se coloca é: quando, em razão da anencefalia, a vida extrauterina do nascituro é inviável, deve o direito garantir a essa vida o mesmo grau de proteção? (p. 119)*

Mesmo que se trate de um voto técnico e desprovido de arroubos emocionais, a subjetividade do ministro evidencia-se não apenas por meio de suas posturas e opiniões expostas de forma clara e franca, responsabilizando-se pelo que afirma, mas também pelas perguntas retóricas que sugerem um diálogo com o auditório e, ainda, quando se coloca como um cidadão qualquer, não especializado (como grande parte do auditório), que é capaz de perceber a impossibilidade de vida do anencéfalo (p. 116):

*Não é preciso ser um especialista no assunto para entender que sem o órgão vital que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e as emoções, é absolutamente impossível se falar em vida extrauterina independente.*

#### **6.2.4. Voto do Ministro Luiz Fux**

*A forma de governo mais desejável é a que permite a cada homem exercitar suas melhores habilidades e viver o mais agradavelmente seus dias. (Aristóteles)*

Trata-se do primeiro voto em que não há referências em notas de rodapé, as quais foram numerosas tanto no voto do relator quanto nos dos demais ministros que antecederam este voto. Isso se dá, ao que tudo indica, porque o ministro não apresentou um voto escrito nos moldes dos demais, ou seja, um voto previamente elaborado que é lido em plenário e posteriormente juntado ao processo. Seu voto é apresentado oralmente, na forma de comentários que têm por base notas às quais recorre com frequência, o que se percebe no vídeo da sessão. Assim, diferentemente dos demais ministros, não apresenta voto escrito em separado e sua manifestação oral integra o julgado por meio das notas taquigráficas.

Ele inicia com reverências ao presidente e aos demais integrantes da Corte, ao representante da PGR, aos advogados presentes, especificamente ao advogado da parte autora, que apresentou manifestação na tribuna, cuja manifestação é reputada como tendo “o brilhantismo de sempre” (mais adiante ele é chamado de “eminente professor” – p. 126) e, por fim, ao “estimado relator” (p. 123).

Coloca, no início do voto, o que entende ser a questão a ser resolvida, qual seja (p. 123):

*(...) a justeza da criminalização de uma gestante que realiza o aborto de feto anencefálico por não suportar a dor moral de carregar no seu ventre, durante nove meses, um filho em relação ao qual ela assiste à missa de sétimo dia por uma imposição supostamente legal.*

Veja-se que, diferentemente do que se deu nos votos anteriores, o ministro utiliza o termo aborto, mas apresenta, de início, uma figura que invoca no destinatário a imagem de uma mãe, uma mulher grávida assistindo à missa de sétimo dia de seu próprio filho, despertando emoções como pena, comiseração e solidariedade, uma vez que se trata de imagens antagônicas, que chocam pela associação inusitada, mas que ilustram bem a situação que o ministro se propõe a narrar. O ministro usa a palavra

aborto, que é prevista em lei, apontando claramente que o uso de expressões como antecipação do parto e similares consiste em eufemismo (p. 135). Na maior parte do voto, no entanto, adota expressões semelhantes às usadas na petição inicial, como interrupção da gravidez ou antecipação do parto.

Ao destacar que “a beleza do Colegiado está exatamente na composição de uma deliberação judicial de caráter enciclopédico” (p. 123), referindo manifestação do relator e registrando que não apresentará um voto exauriente tal quais os dos pares que o antecederam, revela um *ethos* de humildade, uma vez que os ministros que o antecederam já apresentaram, sob sua ótica, razões suficientes para solucionar o processo. Os julgamentos colegiados permitem a análise ampla e profunda dos processos, que resulta da diversidade dos julgadores e de seus conhecimentos, que se presumem amplos e eruditos. Não se exige, no entanto, fundamentação exaustiva, podendo o voto ser remissivo ao do relator, por exemplo, ou ao da divergência instaurada. Isso, no entanto, não é muito comum no STF, onde os ministros, até mesmo para manterem sua face, preferem apresentar suas razões de decidir, com algum acréscimo aos votos dos pares, a denotar seu interesse pela matéria e o estudo aprofundado do processo.

Ainda nessa linha, ao referir-se a si mesmo, o ministro se reconhece um infante (p. 124), dado seu recente ingresso no STF, evidenciando mais uma vez uma imagem de si de humildade e de reverência e respeito às posições dos pares, que menciona por diversas vezes em seu voto. Como alguém que se coloca numa posição de quem tem muito a aprender com os colegas mais experientes, há coerência na apresentação de elogios e nas diversas citações de votos dos demais ministros, utilizadas como argumentos de autoridade.

Assim colocada a discussão do processo, inclina-se o discurso, desde o início, para indicar a procedência do pedido. O ministro aproxima-se da dor da gestante, apelando, desde logo, à emoção do auditório, com imagens fortes e contrastantes, como a já referida do filho e a do caixão. A gravidez é prenúncio de vida, não de morte. Quando se trata de feto anencéfalo, no entanto, não há expectativa de vida, segundo dados científicos que embasam as decisões até então apresentadas. A situação de

uma mulher grávida que a lei obriga a levar a termo uma gravidez fadada à morte do feto não é mostrada como justa quando se cria essa imagem, usada como argumento a favor do acolhimento do pedido. O ministro chega a pedir desculpas pela leitura dos “efeitos nocivos e deletérios para a saúde da mulher” (pp. 132-133) apontados em pesquisas e estudos que trouxe à colação, mas chama a atenção para o registro, que considera realmente impressionante e importante “de que a ausência de pescoço e o tamanho da cabeça do feto fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto junto com a cabeça”, resultando em grave risco para a parturiente (p. 133).

Além disso, o ministro, ao falar da jurisdição como função popular, esclarece que foi, no caso, informado por “uma série de comunicações escritas, e-mails, cartas” que recebeu (p. 123). Também a esse auditório, que participou de alguma forma do julgamento, o ministro deve apresentar a justificação de sua decisão. Manifesta valorização da atividade jurisdicional colegiada, destacando a nobreza da missão de que está investido (“desse mais alto apostolado que um ser humano pode se dedicar nesse mundo de Deus: a magistratura” – p. 124), apresentando-se ao auditório, assim, como um homem religioso, o que é robustecido pelas outras duas referências que faz a Deus no mesmo parágrafo (“acordei e agradei a Deus”, “pedi a Deus” – pp. 123-124).

Apresentar-se como religioso, assim como fez o relator, significa colocar-se ao lado daqueles outros tantos integrantes do auditório que, justamente em razão de sua religiosidade, manifestam-se e posicionam-se contra a antecipação do parto em caso de anencefalia. E essa condição dos ministros de homens religiosos (que é mostrada de forma diferente no voto de cada um: o primeiro mediante citações de religiosos e o segundo mediante afirmação direta dessa condição) não os leva ao entendimento pela improcedência do pedido. Ambos colocam-se, ao mesmo tempo, ao lado dos religiosos (grande parte da população brasileira e responsáveis por manifestações marcantes contra a procedência do pedido), mas também ao lado das gestantes de fetos anencéfalos e dos profissionais da área da saúde que buscam a possibilidade de interromper a gestação nesses casos, tentando alcançar a adesão dos que têm entendimento contrário por meio de argumentos que incluem a emoção e visam à

solidariedade, a ser despertada pela leitura de exemplos de casos concretos e detalhes impressionantes da condição física e psicológica da gestante de feto anencéfalo.

Da mesma forma que a Ministra Rosa Weber, o Ministro Luiz Fux não participou das etapas anteriores do processo e, como já foi dito, recebeu “uma série de comunicações escritas, e-mails e cartas sobre o tema que gravita em torno dessa questão” (p. 123). Além dessas informações, cuja leitura o voto demonstra que foi feita, inclusive por conta das menções, citações e exemplos de casos concretos, foram usados conhecimentos técnicos na área de Medicina e Bioética como argumentos de autoridade. Foram mencionados o oncologista Rensselaer Potter; os juristas Ingo Sarlet, George Leite Salomão, Francesco Busnelli, Alexander Bickel, Cass Sunstein – cujo nome foi grafado com erro no voto –, Vicente de Paulo Barretto, Günther Jacobs (e seus tradutores, Gercélia Mendes e Geraldo de Carvalho), Valéria Caldi – citada pelo advogado da autora juntamente com Ingo Sarlet –, Johannes Wessels (e seu tradutor, Juarez Tavares), Santiago Mir Puig, René Ariel Dotti e Claus Roxin; os jusfilósofos Habermas, Dworkin (cujo nome foi grafado com erro nas pp. 129 e 134), Paul Ricoeur, Alexy e Pedro Lauterslager; os professores de obstetrícia e ginecologia Whitlow, Johnson e Marcelo Zugaib; as advogadas Judith Martins-Costa e Leticia Möller; a filósofa Nancy Fraser; além de Aristóteles (*Ética a Nicômaco*) e Cícero (*Oração Pro Milone*). Além disso, foram citados dados e informações do National Institute of Neurological Disorders and Stroke e da Organização Mundial da Saúde, bem como decisões proferidas em outros processos no STF, inclusive o voto proferido pelo relator no HC nº 84.025/RJ, o HC nº 90.049/RS, a Marcha da Maconha, a legitimação da união civil homoafetiva, e um julgado da Corte Constitucional italiana (a Sentença nº 35, de 10 de fevereiro de 1997).

Imbuído, na condição de ministro do STF, de papel de tamanha envergadura, demonstra estar ciente da grande importância da decisão a ser tomada no processo, bem como do grande poder atribuído aos julgadores. A grande relevância dada pelo ministro à sua missão na magistratura, apontada como divina, contrasta, no entanto, com a imagem de humildade mostrada logo a seguir, por ser um dos juízes mais

recentemente empossados no colegiado, motivo pelo qual, como já mencionado, se diz um infante (pp.124-125):

*(...) pedi a Deus que a razão e a paixão me acompanhassem no exercício desse mais alto apostolado que um ser humano pode se dedicar nesse mundo de Deus: a magistratura. Então, essa é a razão pela qual eu estou acometido de um momento singular no exercício da minha função na Suprema Corte, sendo certo que me considero ainda um infante, tendo em vista a data da minha posse.*

Assim, depois de reforçar sua condição de homem religioso, refere o voto do relator, onde foi mencionada a experiência de uma gestante de feto anencéfalo e traz, em seu próprio voto, a transcrição de carta escrita pelo pai de um feto anencéfalo, ambas narrando a dor enfrentada pela manutenção da gravidez na hipótese. Nesse ponto, dirige-se diretamente ao relator (p. 124), o que não é tão comum quanto a referência de praxe ao presidente, mas ao qual já havia se dirigido no início do voto. O *ethos*, aqui, é de solidariedade, e inclui o próprio relator, que compartilha do mesmo sentimento de compreensão da dor dos genitores do feto anencéfalo.

O *ethos* evidencia-se não somente quando fala de si próprio como alguém que busca a presença de Deus em sua vida e que também tem convicção da importância de seu papel social como ministro do STF, que aproxima de uma atribuição divina. Ainda é evidenciado na narração da dor do pai que pede ao ministro que compreenda a situação dolorosa pela qual passou. Tal situação, trazida para o corpo do voto, demonstra não apenas a imagem que o ministro quer passar a respeito de si, de alguém que compreende e se coloca ao lado dos familiares do feto anencéfalo, que padecem de grande sofrimento emocional, mas também que busca, do auditório, que passe a ter a mesma compreensão. Um “testemunho da vida real” (p. 124) é trazido para dentro do voto, com a transcrição das exatas palavras de alguém que foi diretamente atingido por uma determinação legal que se mostra injusta, causadora de sofrimentos indevidos. O ministro identifica aqui um pedido de ajuda dirigido ao STF, um pedido de “compreensão pela dor que ele experimentara” (p. 124). Dos ministros, cuja tarefa é dizer o direito no caso concreto, espera-se que atendam a esses apelos, contribuindo, assim, “com a humanidade por meio de uma decisão que pode conjurar

tristezas, angústias, dores, aflições” (p. 123), numa tarefa hercúlea e praticamente divina. A carta em questão reforça o contraste antes referido entre gravidez e funeral, caixão, por exemplo, ideias que comumente se excluem e, justamente por isso, apresentadas juntas, causam grande impacto. Trata-se, portanto, de situação fora da linha da normalidade, que merece tratamento diferenciado, até mesmo em razão do elevado número de casos de anencefalia no Brasil e, também, como destaca o ministro, em razão da omissão do Poder Legislativo, âmbito no qual a discussão a respeito dessa questão permanece acirrada e ainda não foi solucionada.

A partir daí, vale-se de dados científicos que não são novos, pois já referidos nos votos anteriores – especialmente no voto do relator, que, como já mencionado, norteia o julgamento – que abordaram o tema “sob a óptica exauriente” (p. 123), ressaltando a inocorrência de aborto e a impossibilidade de sobrevivência do anencéfalo. O ministro traz, no entanto, referências diversas, especialmente da área do Direito e da Bioética, mencionando estudiosos que não haviam sido citados nos votos anteriores.

Destaca-se o uso de expressões com apelo emocional, tais como “dor moral” (p. 123), “missa de sétimo dia” (pp. 123 e 127), “aflições humanas” (p. 124), “tragédia humana” (p. 124), “jogada no banco do Tribunal do Júri para ser julgada como se fosse a praticante de um delito contra a vida” (p. 128), “a *via crucis* pela qual passa uma mulher que carrega no seu ventre um filho já fadado a não resistir à doença que lhe acomete” (p. 129), “desafortunada situação”, “lastimavelmente são poucos os casos em que o infante anencéfalo sobrevive por um considerado período fora do útero materno” (p. 130), “infaustamente, a anencefalia é uma doença irreversível no atual estágio da humanidade, fulminando qualquer perspectiva de cura”, “grave abalo psicológico”, “impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal, efetivamente equivale a uma tortura vedada pela Constituição Federal no art. 5º”, “a narrativa do caso que me levou à emoção” (p. 131), “momentos tristes e difíceis”, “quanto maior o calvário, maior a dor”, “um sofrimento incalculável, do qual resultam chagas eternas”, “tragédia humana sem precedentes” (p. 132), “dados aterrorizantes da gestação de feto anencefálico” (p. 135).

Em duas oportunidades, o ministro refere que a jurisdição é uma função popular, citando José Carlos Barbosa Moreira e Enrico Tulio Liebman (pp. 123 e 128). Nesse sentido, é valorizada a participação da sociedade, tanto na apresentação de documentos aos ministros quanto na preocupação destes na elaboração de uma decisão que seja compreensível à sociedade e não apenas aos auditórios especializados.

Faz referência a um programa de televisão em que uma senhora afirma que o Supremo tenderia “a não permitir que a mãe tivesse o seu filho ainda que o feto anencefálico pudesse aguardar a sua vida, declarar o seu amor e aguardar que ele morresse” (p. 128). Esclarece, na linha da atuação minimalista do STF sobre a qual discorre, que não é disso que se trata, porque não se obriga a interrupção da gravidez nesse caso, mas se discute se é justo colocar a gestante que decide antecipar o parto diante do tribunal do júri. Mostra, aqui, consciência da importância da manifestação clara do STF para a devida compreensão, pelos cidadãos, do que é decidido pela Corte, para o que se faz importante a imagem dos ministros ao se manifestarem em plenário. O ministro manifesta-se a respeito com uma certa indignação, mas demonstrando que se esforça para manter a cortesia, quando diz: “Absolutamente equivocada! – para mantermos a delicadeza e a pureza. Isso é de uma insciência total” (p. 128). A linguagem jurídica deve chegar ao povo, deve ser-lhe compreensível e, assim, o discurso jurídico decisório não pode ser produzido em linguagem hermética e distante de sua função popular.

Quanto à opinião popular, é sabido que o clamor público não deve interferir quando são tomadas as decisões judiciais, mas elas são instruídas pela sociedade, que apresenta informações a serem consideradas pelo julgador. O ministro afirma, buscando despertar a emoção do auditório (p. 139):

*Sob o ângulo da vontade do povo – se é que é sindicável a vontade do povo – pode haver até desacordo moral razoável sobre a permissão ou não do aborto. No meu modo de ver, sob o ângulo da vontade popular, sobressai extreme de dúvidas o repúdio social à penalização da mulher vitimada por uma gravidez de risco, que a impõe manter no seu ventre materno nascituro com morte anunciada, dor maior no arrebate da maternidade desejada.*

Há, no voto, uma crítica direta do ministro à atuação do Poder Legislativo, concomitante com uma reafirmação da função do STF e uma mensagem àqueles que, porventura, venham a acusar o Tribunal de atuar em desacordo com suas atribuições, com o que resguarda a sua face e a dos pares, especialmente daqueles que votaram pela procedência do pedido. Defende que a lacuna legislativa não pode levar à criminalização da conduta (p. 135), na linha da doutrina contemporânea que remete a Aristóteles. Ele dirige-se diretamente ao relator quando diz (p. 125):

*As autorizações judiciais para interrupção da gravidez em situações semelhantes se multiplicaram em todo o país, exigindo deste Pretório Excelso – como muito bem destacou Vossa Excelência que é a nossa função – uma manifestação definitiva sobre essa questão, porque a supremacia judicial só se instala quando o legislativo abre esse espaço de reflexão, porquanto politicamente não assume as suas responsabilidades como representantes do povo.*

Apresenta-se aqui um *ethos* de coragem e intrepidez, que diz estar presente nos julgados do STF também em outras situações, o que autoriza decisões inovadoras e arrojadas, em conformidade com a doutrina mais atualizada (p. 137):

*Anotamos naquela oportunidade – este Plenário também tem enfrentado com altivez e coragem uma outra questão – que a deliberação democrática da sociedade e, a fortiori, do Supremo, respeitando essa agenda social, impõe-se com significativo relevo, principalmente quando envolve uma questão multidisciplinar como esta, atinente à saúde, à moralidade, mercê do estabelecimento de parâmetros de delicadíssima questão de descriminalização do aborto, evitando o maniqueísmo das opiniões marginalizantes e das concepções libertárias e ilusórias, com a deletéria neutralidade social, assistente do drama humano – isso é que é importante – que perpassa as classes frequentadoras das áreas mais pobres da cidade às elites das mansões à beira-mar.*

Nesse ponto, em que ressalta a importância da discussão acerca da descriminalização do aborto, questão controversa na sociedade brasileira, é interrompido pelo relator, que reafirma o aspecto social da matéria, a qual atinge com mais força as classes menos favorecidas. A interrupção feita pelo relator, para reforçar os argumentos do voto que está sendo proferido, é respondida com elogios pelo Ministro Luiz Fux, numa demonstração de cortesia e reconhecimento.

A seguir apresenta um desafio ao auditório, reiterando o que já vinha sendo dito anteriormente. É tamanha a certeza demonstrada pelo acerto da procedência do

pedido, embasada nos argumentos das numerosas autoridades da área da Medicina, do Direito e da Filosofia que foram mencionadas, que o relator assume a responsabilidade e os riscos da posição que sustenta, enfatizada pelas repetições do pronome pessoal “eu” (pp. 137-138):

*Mais uma vez eu reitero: eu desafio qualquer um a me demonstrar, à luz do princípio da razoabilidade sobre o impacto da proporcionalidade, que é justo penalmente se relegar essa gestante ao banco do Tribunal do Júri para responder por aborto pelo fato de ter antecipado o parto de um feto anencefálico.*

É relevante mencionar que, no início do seu voto, o ministro cometeu um erro ao citar a ministra Rosa Weber, que é perceptível no vídeo da sessão. A fim de manter sua face diante da colega e como forma de mostrar cortesia depois de uma atitude que poderia ser considerada deselegante, fez expressa referência a seu equívoco, como forma de pedir desculpas, num trecho do voto em que, aparentemente, tal pedido fica fora de contexto, mas que ficou registrado no voto escrito juntado ao processo: “Eu não posso deixar de destacar – e até peço vênias a Vossa Excelência pelo equívoco que cometi ao mencionar o seu nome – que cada um tem o seu perfil espiritual” (p. 123).

Por fim, de se registrar que, também neste voto, estão presentes as perguntas retóricas, aliadas às exclamações, que além de darem destaque ao que está sendo dito, porque chamam a atenção do auditório para pontos importantes do discurso, demonstram o envolvimento do orador com ele, revelando o *pathos*:

*Absolutamente equivocada! (p. 128)*

*E essa é a questão que não cala. Seria justo? (p. 128)*

*Por que punir essa mulher que já padece de uma tragédia humana que, em regra, são insensíveis as pessoas que não passaram por ela? (p. 138)*

A questão sob debate seria, na opinião do ministro, mais de saúde pública e de assistência social do que de Direito Penal (p. 139), já que a intervenção deste deve se dar como última *ratio*, para o que defende uma atuação minimalista do Poder

Judiciário, sempre demonstrando preocupação com a autonomia e a dignidade da mulher e com a questão de cunho social que se apresenta, à qual não foge, não obstante sua delicadeza e os fortes movimentos sociais que lhe são contrários.

O voto encerra-se com nova invocação do presidente da Corte e dos demais presentes à sessão, comunicando a todos os interessados, “que atentaram para uma decisão tão difícil para nós” (p. 140), o resultado do voto, pela procedência do pedido.

#### **6.2.5. Voto da Ministra Cármen Lúcia**

*O coração tem razões que a própria razão desconhece. (Blaise Pascal)*

Em seu voto, a ministra adverte que juntará voto escrito longo (59 laudas), enquanto manifesta, em antecipação ao voto (pp. 141-146), resumidamente, os principais argumentos de sua decisão. Ela deixa bem claro, assim como os ministros que votaram anteriormente, que não se trata de permitir ou não o aborto, questão que diz ser da competência da sociedade decidir. É a primeira que se traz expressamente à discussão o direito dos profissionais da saúde, quando a ministra afirma que se trata de declarar que não configura crime de aborto a antecipação de parto de feto anencéfalo, “quer se cogite dos profissionais de saúde ou das gestantes” (p. 147). Também afirma, no início do voto, sua decisão pela procedência do pedido da inicial.

Como se trata do quinto voto a ser proferido, são recorrentes não apenas as referências, no caso, elogiosas, aos votos anteriores (“brilhantíssimos votos” – p. 141), mas também a adoção dos mesmos argumentos. Apesar disso, cada ministro procura trazer dados e autoridades ainda não referidos, de acordo com suas próprias bases teóricas, o que nem sempre, no entanto, é possível. São frequentes, assim, as referências aos mesmos estudiosos e aos mesmos dados já mencionados em votos anteriores, especialmente quando se trata de acompanhar a decisão do relator ou divergência eventualmente instaurada.

A ministra não apresenta nenhum argumento novo, dividindo seu voto nos seguintes tópicos: objeto da ação, preliminares (diz que entende ter sido superada a questão do cabimento da ADPF) e mérito, este abrangendo o aborto, a ponderação de bens e a interpretação da Constituição, a ética médica, a anencefalia (a anencefalia na medicina, a anencefalia e o conceito de morte, a anencefalia e a bioética, a anencefalia no direito brasileiro), o direito e a ausência de norma, o anencéfalo e os direitos de personalidade, o Código Penal e o aborto, o Estado democrático de direito e a dignidade da pessoa humana, o Estado laico, os direitos fundamentais da gestante e a conclusão.

Menciona diversos estudiosos, tanto da área do Direito quanto da Medicina e da Filosofia, vários deles ainda não referidos pelos ministros que votaram anteriormente. São citados John Rawls, Daniel Sarmiento, Ronald Dworkin, Canotilho, Paulo Antônio Fortes, Dr. H. William Taeusch, Professor Eric H. Chudler, Carlos Gherardi, Isabel Kurlat, Débora Diniz, Ana Cristina Gonzales Vélez, Professor Javier Gafo Fernández, Tereza Rodrigues Vieira, Professor José Afonso da Silva, Luis Recasens Siches, José Ortega y Gasset, Narciso Martinez Moran, Rubén Hernández Valle, Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, Hans-Heinrich Jescheck, Luiz Flávio Gomes, Dr. Marcos Valentin Frigério, Néelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, Carvalho Santos, Clóvis Bevilacqua, Claus Roxin, Diaulas Costa Ribeiro, Dílio Procópio Drummond de Alvarenga, Alicia Elena Pérez Duarte y Norona, Adriana O. Ortega, Fábio Konder Comparato, Damásio de Jesus, César Roberto Bitencourt, Kant, Professor Rabenhorst, Ingo Wolfgang Sarlet, Flávia Piovesan, Pietro Alarcón, Robert Alexy, Javier Hervada, José M. Zumaquero, Francesco Ferrara, Hugo Black, Simone de Beauvoir, Rose Marie Muraro, Leonardo Boff, Edgar Morin, Mauro Cappelletti e Rebecca J. Cook.

Além deles, há referências aos outros ministros, Dr. Pinotti, Dr. Barroso e Hipócrates. Traz também, na antecipação ao voto, uma referência literária, mencionando a obra de Guimarães Rosa, mineiro assim como a própria ministra (p. 143). O tom do voto é firme quanto à certeza dos fundamentos adotados, mas delicado

e intimista, emotivo até, demonstrando, ainda, respeito às opiniões em sentido contrário, que entende defensáveis numa sociedade democrática.

Na antecipação ao voto, a ministra faz uma abordagem emotiva, intimista e conciliadora (“Todos preocupam-se com o direito à vida”, “não há ninguém que tenha qualquer outra preocupação que não seja rigorosamente a vida e a dignidade da vida” – p. 141) da questão trazida a debate, numa linguagem carregada de imagens que tendem a despertar reações emotivas no auditório:

*(...) o útero é o primeiro berço de todo ser humano (...) Quando o berço se transforma num pequeno esquiife, a vida se entorta (...) (p. 142)*

*(...) o imponderável da vida: a possibilidade de morte antes mesmo da vida. (p. 143)*

*(...) um luto que se prolonga muito além do que é humanamente ponderável ou possível de se exigir de qualquer pessoa. (p. 143)*

*Mas é preciso lembrar que o pai também sofre barbaramente; que a família pode sofrer e se desfacer – e isso não é incomum (...) (p. 144)*

*A mulher que não pode interromper essa gravidez tem o medo do que vai acontecer, o medo de que lhe pode ser acometido, o medo físico, o medo psíquico e o medo, ainda, de vir a ser penalmente punida por uma conduta que ela venha a adotar. (p. 145)*

São especialmente eivados de emoção, trazendo o *pathos* para o voto, os relatos que chegaram à ministra por meio de cartas e outros meios de comunicação:

*(...) como uma das cartas que nos chegaram contava que o filho pergunta todo dia quanto tempo levará para ele brincar, sabendo a mulher que esse irmão nunca vai brincar com o que está para chegar; que ele não vai poder jogar bolinha de gude porque não vai ter essa oportunidade. (p. 144)*

*Também numa das cartas recebidas, uma mulher conta que ela, durante os cinco meses de gravidez, depois de ter descoberto a anencefalia do seu feto, não saía mais porque em toda fila, de banco, de mercado, perguntavam a ela quando ia nascer, qual era o nome, o que ela pensava para o filho, e que ela não podia responder; portanto, ela passou cinco meses em casa se escondendo por vergonha de não ter escolhas, numa sociedade que se diz democrática, com possibilidade de garantir a liberdade para todos. (p. 145)*

A ministra traz à colação referência à obra de Guimarães Rosa, escritor nascido em Minas Gerais como ela própria, para indicar que a opção pela interrupção da gravidez, mesmo em caso de anencefalia, não é simples:

*Qualquer pessoa (nem precisa nem de ter lido literatura jurídica), quem tiver tido a oportunidade de ler “Manuelzão e Miguilim”, de Guimarães Rosa, haverá de saber que talvez o grande exemplo de dignidade humana que Deus tenha deixado tenha sido exatamente o da mãe – e olha que eu tenho um super pai! A dignidade da mãe vai além dela mesma, além do seu corpo. Quando Guimarães Rosa põe a mulher carregando nos braços um filho morto, que tinha no seu pezinho, machucado uns dias antes, um pedaço de pano amarrado, ela busca o banho no pequeno corpo do filho morto e quase esbarra na bacia; ela, então, toma cuidado para que, mesmo morto, não tenha nenhum esbarrão porque seria sofrimento imposto àquele pequeno corpo. Quem tanto tiver lido haverá de saber que, quando se faz escolha pela interrupção do que poderia ser a vida de um momento ou a vida por mais de um mês, não é escolha fácil, é escolha trágica sempre; é a escolha que se faz para continuar e para não parar; é a escolha do possível numa situação extremamente difícil. (p. 143)*

Um dos expoentes da literatura brasileira é trazido à antecipação ao voto para evidenciar, de uma maneira poética e plena de emoção, que a situação sob julgamento merece ser tratada com delicadeza e compreensão para além das questões técnicas e puramente jurídicas. Somente o *logos* não seria suficiente para abarcar todas as minúcias envolvidas na situação da gravidez de feto anencéfalo, que atinge o próprio feto, sua mãe, seu pai e toda a sociedade, uma vez que trazida ao STF para deliberação.

Afirma-se que a discussão não é sobre liberação do aborto, mas que é necessário compreender o sentimento e a dor dos familiares que tomam conhecimento da gravidez de feto anencéfalo (e não apenas da mãe), devendo-se permitir-lhes a opção pela antecipação do parto, como forma de respeito à liberdade e à dignidade dos envolvidos. O princípio da dignidade da vida é o principal argumento do voto, assim como a necessidade de preservar a saúde física e a saúde mental da mulher, destacando que se trata da escolha do possível, que é sempre trágica no caso de anencefalia. Segundo a ministra, o atual estágio da Medicina e da humanidade deve ser capaz de poupar os envolvidos em situação de tamanha gravidade do medo e da vergonha que os abate.

Fica bem claro, da leitura do voto, que a ministra entende serem distintos os papéis do Poder Legislativo – a quem cabe decidir, como representante dos desejos da sociedade, sobre a permissão ou não da prática do aborto – e do Poder Judiciário, a quem compete interpretar a legislação, mas que não tem atribuição de criá-la (pp.

141-142), até mesmo porque, esclarece, “Decisões judiciais são oferecidas exatamente segundo o objeto apresentado para a decisão” (p. 142).

O voto escrito juntado inicia-se com um breve resumo do pedido e dos argumentos contra e a favor dele. A linguagem é bastante técnica, com longas citações de diversos estudiosos, conforme acima listado, além de numerosas referências à legislação, onde o *logos* é privilegiado, com predomínio de argumentos de autoridade a corroborar o entendimento esposado pela ministra. São poucos os momentos do voto escrito juntado aos autos em que a linguagem se torna mais emotiva, evidenciando, então, o *pathos*, que foi bastante mais salientado na manifestação oral que o antecedeu. Tais manifestações de conteúdo emotivo tornam-se mais frequentes no voto escrito somente a partir da análise do tópico referente ao Código Penal e o aborto (p. 184):

*Para essas, compelidas a prosseguir com gestação sem perspectivas de vida, chamadas a escolher um túmulo e um pequeno caixão enquanto o seu era o sonho de adquirir um berço e um enxoval, o padecimento é incomensurável. (p. 171)*

*A assinatura de todos esses acordos desdobra-se para garantir, de forma eficaz, o direito da mulher fazer escolhas que a levem ao caminho da saúde, não o do sofrimento. (p. 189)*

*(...) o magistrado, a despeito de seus credos e ideais, tem obrigação de entender a angústia experimentada pela gestante que opta pela interrupção da gravidez, por chegar ao seu limite humano e psíquico. (p. 190)*

*O útero é o primeiro berço de todo ser humano. Daí haver de se enfatizar que todo aborto é sofrimento. O aborto é o reverso do parto. Todo parto é luz. O aborto é a negação da luz. A mulher que procuraria uma roupa para vestir o filho é a que passa a buscar a mortalha com que romperá o parto de dor e frustração. (p. 190).*

*Não se há negar compaixão, porque seria injustiça, menos ainda o direito, porque seria antijurídico, à mulher que, trazendo um pequeno caixão no que é o seu berço físico, vai às portas do Judiciário a suplicar pela sua vida. (p. 190)*

*(...) porque vida sem dignidade não é justa sequer admissível pelo Direito contemporâneo. (p. 195)*

*(...) afronta a dignidade humana a maternidade ou paternidade exigida no ordenamento jurídico que determina a continuidade de gestação, da qual não resultará, no atual estágio do conhecimento médico, ser humano com vida, o que afeta a personalidade daqueles que vivenciam a experiência inclusive em relação aos concidadãos por colocá-los em situação de criminalidade.*

*A Constituição não afirma apenas o direito à vida. E já não seria pouco. Mas não se quer apenas viver, mas viver com dignidade. (p. 196)*

*No quadro de angústia e dor, constitui injusta opressão, contrária ao princípio da dignidade humana, manter-se gestante portadora de feto anencéfalo na iminência de ser apenada ao escolher o não prosseguimento de gravidez fadada à morte do nascituro. (p. 199/200)*

*E, num contexto social que ainda lhe é algo adverso, apesar das conquistas obtidas, a interpretação da norma penal brasileira poderia conduzir a gestante, optante da interrupção da gestação de feto anencéfalo, à condição de autora de crime, o que seria tradução de uma sociedade ainda desigualadora. (pp. 200-201)*

*(...) não havendo se cogitar de mais um instrumento de sofrimento, pois a gestante de feto anencéfalo passa a sofrer psicologicamente desde o instante da ciência da circunstância vivida, sem nada poder fazer. (pp. 201-202)*

Ao encerrar o voto, logo antes da parte dispositiva, o apelo emocional atinge seu ápice, por meio dos fundamentos e das imagens a seguir transcritas:

*Pela Constituição da República o direito à saúde abrange a proteção à maternidade. Ser mãe é dar à luz, permitir nascer uma nova vida, não deixar-se velar o ventre enquanto aguarda o dia do enterro do pequeno ser. (p. 204)*

*Se para algumas mulheres esta é experiência a ser realizada, para outras é encargo que lhe supera as forças, fardo prejudicial à saúde física e emocional.  
A mulher gestante de feto anencéfalo vive angústia que não é partilhável, pelo que ao Estado não compete intervir vedando o que não é constitucionalmente admissível como proibido.  
A questão não está no útero. Está na mente de cada pessoa. E o ser humano não é apenas corpo, menos ainda uma de suas partes. É um todo complexo.  
Quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência.  
Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado. (p. 205)*

A Ministra Cármen Lúcia, a segunda mulher a ser nomeada para o STF, num *ethos* que demonstra ao mesmo tempo força e delicadeza, fundamentos técnicos e literários, afirma o direito da mãe (e do pai) às escolhas, no caso de gravidez de feto anencéfalo, difíceis que sejam, as quais entende devam ser asseguradas pelo Estado ao cidadão, sem interferências de qualquer ordem, sob pena de ofensa à CF.

#### **6.2.6. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski**

*O ethos é, fundamentalmente, uma questão de corpo, de autenticação da fala por um corpo saturado de avaliações sociais.  
(Dominique Maingueneau)*

O Ministro Ricardo Lewandowski abriu a divergência, julgando improcedente o pedido e, desse modo, opondo-se ao voto do relator. Caso sua posição tivesse sido a vencedora, caberia a ele lavrar o acórdão, conforme previsão legal e regimental. Como ficou vencido, a divergência fica apenas registrada no acórdão e seu voto integra o julgado como os demais.

O voto escrito juntado, advertidamente curto (15 laudas contando-se a explicação), é precedido de breve explicação que introduz e resume a decisão. Seu teor é técnico, conservador e desprovido de emoção, sequer referindo qualquer caso concreto ou mencionando qualquer situação que pudesse despertar os sentimentos do auditório.

Usa como argumentos de autoridade a obra de Celso Delmanto (“e outros renomados criminalistas” – p. 209), Hans Kelsen, Konrad Hesse, Uadi Lammêgo Bulos, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Gomes Canotilho e Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes. Refere projetos de lei de autoria da deputada Jandira Feghali e dos senadores Mozarildo Cavalcanti, Marinor Brito e Edison Lobão a respeito do aborto de anencéfalos, expressão que utiliza sem recorrer a eufemismos.

A posição que o ministro defende, de preservação, dentro do possível, da legislação posta e vigente, se dá em razão da prevalência do princípio da separação dos poderes. Nesses termos, compete apenas ao Poder Legislativo a produção legislativa, porque autorizado e legitimado a tanto pela sociedade, por meio das eleições. Tal posição é reiterada, havendo a repetição de expressões com esse sentido:

*Permito-me insistir nesse aspecto (...) (p. 210)*

*(...) como é sabido e ressabido (...) (p. 214)*

*Insista-se (...) (p. 217)*

*(...) seja-me permitido insistir. (p. 220)*

O ministro demonstra certeza e convicção sobre a improcedência do pedido, conforme a fundamentação que adota, postura que também transparece na escolha de expressões linguísticas que denotam isso:

*(...) de modo explícito e deliberado (...) (p. 210)*

*(...) não se admitindo jamais. (p. 214)*

*(...) claríssimo texto da legislação penal. (p. 215)*

Verifica-se que o ministro usa os mesmos argumentos e cita as mesmas fontes, jurídicas ou médicas, utilizadas pelos ministros que julgaram procedente o pedido, mas interpreta os dados diferentemente para julgar o pedido improcedente. Em outras oportunidades, vale-se de conhecimento científico em sentido oposto do que foi apresentado pelos ministros que julgaram procedente o pedido, mencionando dados que dão apoio à improcedência. É interessante verificar que chega a citar a doutrina produzida pelo próprio advogado da autora, reputado constitucionalista, mas para defender posicionamento diametralmente oposto ao da inicial. Assim, no trecho transcrito da obra de Luís Roberto Barroso que o ministro adota como argumento de autoridade, ressalta-se a discrepância entre o que é ali afirmado e o pedido formulado na inicial, na medida em que a tese doutrinária defende exatamente o oposto do pleito da ADPF (pp. 213-214):

*É que, como explica Luís Roberto Barroso, o postulado da independência e da harmonia entre os Poderes, “ao lado do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, um e outro atuam como mecanismos de autolimitação do Poder Judiciário (judicial self-restraint)”. E enfatiza: “Deveras, foi ao Poder Legislativo, que tem o batismo da representação popular e não ao Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais”.*

*Na sequência, o citado constitucionalista, apoiado na lição de Gomes Canotilho, repisa que essa técnica hermenêutica “só é legítima quando existe um espaço de decisão”, não se admitindo jamais uma exegese contra legem.*

Sem dizer expressamente que se trata do signatário da petição inicial, o ministro mostra ao auditório que o pedido formulado, configurado no voto como uma

intervenção indevida do Poder Judiciário, mediante criação de norma legal positiva, vai de encontro à própria doutrina produzida pelo advogado da autora.

São citados dois exemplos da Antiguidade para reafirmar os argumentos adotados para a improcedência do pedido, que reforçam o *ethos* de um ministro culto e possuidor de conhecimentos enciclopédicos. Ao tratar da “discussão epistemológica sobre a possibilidade do conhecimento da realidade circundante, isto é, do mundo fenomenológico” (p. 210), o ministro cita Xenófanos (“A verdade certa, homem nenhum conhece, nem conhecerá” – p. 210) para concluir que a realidade deve ser sempre interpretada. Menciona o gigante mítico Antão, que “hauria da mãe Gaia a prodigiosa força que exhibia” (p. 211), para ilustrar o postulado da supremacia da Constituição. Há limites, no entanto, não podendo haver interpretação conforme onde não há espaço para dúvida, onde há univocidade e clareza (p. 213). Quando insiste no papel do Poder Legislativo na produção normativa, menciona os romanos, apontando para os perigos do ativismo judicial (p. 217):

*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.*

Ainda a destacar que, embora defendendo posicionamento contrário ao dos ministros que o antecederam no julgamento, essa oposição não é exacerbada, não é expressa emocionalmente, nem descarta a cortesia que se espera mantenham os ministros quando se referem aos posicionamentos dos pares. Demonstra respeito e aceitação da opinião da qual diverge, quando a expõe “Com o devido respeito pelas opiniões dos Colegas que já me antecederam” (p. 206).

A parte dispositiva do voto, embora desprovida de qualquer ataque à face do advogado da autora ou dos ministros que votaram pela procedência do pedido, é crítica, direta e incisiva (pp. 220-221):

*Por todo o exposto e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico*

*nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão da punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido.*

Assim delineado o pedido, com referências que haviam sido expressamente afastadas nos votos anteriores, fica evidenciada a diferença de ponto de vista do signatário da inicial e dos ministros que até agora votaram a favor do pedido em comparação ao voto pela improcedência. Tanto a noção de aborto eugênico quanto a de atuação do STF como legislador positivo foram abordadas e afastadas nas manifestações que antecederam este voto.

O *ethos* mostrado pelo ministro afasta-se do tom emocional e solidário presente nos votos anteriores, focando-se no *logos* e, especialmente, no princípio da separação dos poderes. Restringe-se, assim, o âmbito de atuação do Judiciário, numa postura técnica, isenta e conservadora, que pode ser considerada omissa. Em última análise, a ausência de manifestação expressa do Legislativo acerca da questão do aborto de feto anencéfalo é tomada como opção do legislador e, por consequência, da sociedade brasileira.

#### **6.2.7. Voto do Ministro Ayres Britto**

*Por que eu? – tenho me perguntado tantas vezes, diante de problemas jurídicos concretos. Quem me outorgou legitimidade para decidir? Toda decisão jurídica é dramática se o juiz não se limitar ao exercício de práticas meramente burocráticas, como um amanuense mediocrementemente bem comportado.*  
(Eros Grau)

O voto do Ministro Ayres Britto completou a maioria necessária para a procedência do pedido. O ministro menciona a juntada de voto escrito longo (pp. 234-235), mas o documento não consta dos assentos do processo na internet, motivo pelo qual a análise limita-se às considerações que teceu na abertura do segundo dia de julgamento, transcritas a partir de notas taquigráficas. Interessante observar que a manifestação do ministro não foi identificada como explicação ou antecipação de voto,

o que é comum quando se faz posterior juntada de voto escrito, mas sim como voto, o que parece confirmar que não foi apresentado voto escrito.

Logo depois de uma referência inicial ao presidente, demais ministros, procurador da república, advogados e presentes, em forma de saudação, o ministro faz um breve relato do pedido, o que, como demonstram os votos anteriores, é praxe nos julgamentos colegiados, embora não seja exigência legal ou regimental. O ministro resume o voto divergente, destacando que está em consonância com questão de ordem invocada pela PGR e já afastada antes do julgamento do mérito do processo. Essa referência ensejou manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, defendendo que foi além e julgou o mérito da demanda, ao que o Ministro Ayres Britto externou concordância e elogiou o voto divergente (“Exatamente, no substancial voto de Vossa Excelência” – p. 225), recebendo um agradecimento (“Muito obrigado.” – p. 225). Tais manifestações mostram que a observação do Ministro Ayres Britto pareceu uma crítica, o que motivou uma defesa imediata do Ministro Ricardo Lewandowski e uma explicação do outro, numa interação exemplificativa dos cuidados de um e outro com a manutenção da própria face. Se o Ministro Ayres Britto pareceu criticar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, porque indicou que ele se tinha detido em questão já afastada por julgamento de questão de ordem, este último esclareceu que foi além e ingressou no mérito da demanda (“além de fazer essa consideração de ordem formal, teci outras de natureza substantiva também, avançando, inclusive, no mérito. Não me limitei apenas a esse aspecto” – p. 225), de certa forma exigindo uma retratação ou esclarecimento, que foi apresentado na forma de concordância e elogio, restabelecendo-se o equilíbrio da relação, com mútuas demonstrações de cortesia.

O ministro afirma que o que mais interessa “é a polissemia ou pluralidade significativa dos dispositivos penais em causa” (p. 225), o que se opõe diretamente ao argumento principal do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, embora essa oposição não seja enfatizada, o que pode ser considerado uma manifestação de cortesia. Constatada a polissemia e a possibilidade do ajuizamento da ADPF (o que inclusive foi questão abordada na questão de ordem e já reconhecida pelo plenário), é possível

a interpretação conforme do dispositivo penal em questão. Apontou três possíveis interpretações comportadas pela referida norma penal.

Como se trata do sexto voto do processo, é até mesmo esperada a referência aos votos anteriores, todos mencionados pelo ministro, que expressou concordância, na linha de sua decisão, com aqueles que deram pela procedência do pedido, mas sem manifestar expressa discordância do entendimento contrário:

*(...) o douto voto do Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que não cabe aqui a técnica da interpretação conforme, pela univocidade de entendimento de todo esse conjunto normativo penal (...) (p. 224)*

*(...) disse muito bem no magnífico voto ontem proferido pelo Ministro Marco Aurélio (...) (p. 226)*

*(...) a Ministra Cármen Lúcia ontem teceu considerações próximas das que vou dizer (...) (p. 227)*

*Foi a perfilhada pelo Ministro Marco Aurélio, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, pela Ministra Rosa Weber, pelo Ministro Joaquim Barbosa e pela Ministra Cármen Lúcia (...) (p. 228)*

*Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica – também ressaltou a Ministra Rosa Weber (...) (p. 229)*

*Para essa tese, perfilhada pelo Ministro Marco Aurélio e pelos eminentes Ministros que seguiram Sua Excelência, me parece que é válido dizer: se todo aborto é uma interrupção de gravidez, nem toda interrupção de gravidez é um aborto (p. 229)*

*(...) Ministro Marco Aurélio se referiu a essa parte (p. 231)*

*(...) importa notar que a gestação da espécie anencéfala costuma acarretar maiores incômodos e delicadas reações psicossomáticas para a gestante, disse ontem a Ministra Rosa Weber, até com detalhes (...) (p. 232)*

*Ninguém está proibindo. O Ministro Marco Aurélio não votou pela proibição. É opcional. É preferível arrancar essa plantinha ainda tenra do chão do útero do que vê-la precipitar-se no abismo da sepultura. (p. 234)*

*Dou pela aplicação, como fez o Ministro Marco Aurélio, da técnica da “interpretação conforme” (...) (p. 235)*

*A parte final do voto do Ministro Marco Aurélio me pareceu, se Sua Excelência me permite, de uma clareza meridiana, solar (...) (p. 235)*

Reiterou em mais de uma oportunidade sua própria manifestação quando do julgamento da questão de ordem:

*Eu mesmo tive a oportunidade de enfatizar, quando da primeira oportunidade em que discutimos o tema: sobre o início da vida, a Constituição é de um silêncio de morte; ou seja, nada diz. (p. 227)*

*Foi nesse momento que, na penúltima assentada, eu pude dizer que se os homens engravidassem, a autorização, a qualquer tempo, para a interrupção da gravidez anencéfala, já seria lícita desde sempre. (p. 233)*

Mencionou, por fim, o advogado da autora (na petição inicial, em sustentação oral e em memoriais – pp. 229 e 231) e o Ministro Sepúlveda Pertence, que não participou do julgamento do mérito, fazendo referência à manifestação do referido ministro quando votou pela manutenção da liminar monocraticamente deferida: “(...) se a gravidez ‘é destinada ao nada’ - a figuração é do Ministro Sepúlveda Pertence -, sua voluntária interrupção é penalmente atípica” (p. 228).

Também dispensou a leitura da legislação de regência: “vou me permitir a dispensa da leitura dos pertinentes dispositivos, porque todos eles já foram lidos na íntegra, na sessão de ontem” (p. 223).

O ministro colocou-se ao lado da mulher, defendendo sua autonomia para decidir pela manutenção ou não de uma gravidez de feto anencéfalo, não sem, pouco antes, referir Charles Fourier (“o grau de civilização de uma sociedade se mede pelo grau de liberdade da mulher”) (p. 233):

*O que se respeita é a autonomia de uma mulher, que além de mulher é gestante; e que não suporta, se opta pela opção da interrupção da gravidez, a dilacerante dor de ver o produto da sua concepção involucrada numa mortalha.*

*É o reconhecimento desse direito que tem a mulher de se rebelar contra a gravidez, um tipo de gravidez tão anômala que corresponde a um desvario da própria natureza - porque a natureza também se destrambelha, já dizia Tobias Barreto.*

Numa sociedade machista, compara a situação da mulher que engravida em decorrência de estupro e pode abortar com a da grávida de anencéfalo, destacando que, em ambas as hipóteses, está configurada uma condição equiparável à da tortura, motivo pelo qual a interrupção da gravidez também deveria ser permitida nesse caso, se a mulher assim o decidir, sempre imbuída do instinto materno, por paradoxal que possa parecer (p. 234):

*Por isso que levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher corresponde a tratamento cruel. Ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir; o martírio é voluntário.*

Destaca-se no voto do Ministro Ayres Britto o uso de metáforas - numa linguagem que é ao mesmo tempo jurídica e poética - bem como o uso de referências literárias, mais especificamente as referências a Tobias Barreto, poeta e jurista, que já fora mencionado no voto proferido quando do julgamento da QO, bastante assemelhado ao voto ora analisado. O estilo da escrita do ministro mostra um *ethos* de sensibilidade e cuidado com as individualidades, com especial consciência da necessidade de respeitar os direitos da mulher e, mais ainda, da mãe:

*A constitutividade vital do embrião está nessa entidade mágica chamada útero. É nesse ponto que a mulher se assemelha, para quem acredita em Deus, ao próprio Deus, porque somente ela pode gerar dentro de si uma criatura verdadeiramente humana. Ela, enquanto criadora, e o produto da concepção, depois de uma certa metamorfose, como criatura igualmente humana. (p. 228)*

*Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estádio de borboleta porque não alçará voo jamais. (p. 228)*

*Sentimentos, então, que se põem na própria linha de partida do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um princípio de valiosidade universal para o direito penal dos povos civilizados, independentemente de sua matriz também de direito constitucional. (p. 233)*

*É um direito que tem a mulher de interromper uma gravidez que trai até mesmo a ideia-força que exprime a locução “dar à luz”. “Dar à luz” é dar a vida; não é dar a morte. É como se fosse uma gravidez, metaforicamente, que impedisse o rio de ser corrente; o rio salta da nascente para a embocadura. E é o que sucede, sem fluir, sem a ventura de se assumir também como corrente porque o rio é um só, da nascente à foz, passando pela corrente. E, no caso da gravidez de que estamos a falar, a fase corrente do rio é totalmente eliminada. A mulher já sabe que o produto da sua gravidez, longe de, pelo parto, cair nos braços aconchegantes da vida, vai se precipitar - digamos assim - no mais terrível dos colapsos. É o colapso da luz da vida. O feto anencéfalo não passa de um organismo prometido à inscrição do seu nome não no registro civil, mas numa lápide mortuária. (pp. 233-234)*

*(...) pelo mais forte e mais sábio dos amores, que é o amor materno, que é tão forte, tão sábio e tão incomparável em sua intensidade que é chamado, por todos nós, de instinto materno. Não se fala de instinto paterno, mas se fala de instinto materno. (p. 234)*

*Essa decisão da mulher é mais do que inviolável, é sagrada. A sacralidade está na decisão da mulher gestante de, querendo, interromper esse tipo de gravidez que já tem um encontro marcado, inelutável, com a morte. (p. 234)*

As fortes imagens apresentadas pelo ministro, na linha dos que o antecederam e também votaram pela procedência do pedido, criam um ambiente para uma reação do auditório de compreensão e solidariedade com a mãe que optar por interromper uma gravidez se não desejar acompanhar a morte certa de seu filho. Assim, ao lado de informações técnicas de ordem jurídica, legal e médica, o discurso apresentado pelo ministro está eivado de referências que aliam o *pathos* ao *logos* como meios de prova.

Finaliza o voto, como é regra, demonstrando respeito por opiniões em sentido diverso (“*data venia* do entendimento contrário”).

#### **6.2.8. Voto do Ministro Gilmar Mendes**

*A linguagem é uma pele: esfrego minha linguagem no outro. É como se eu tivesse palavras ao invés de dedos, ou dedos na ponta das palavras. (Roland Barthes)*

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, mas com ressalvas, consistentes na exigência de regulamentação do conceito de anencefalia e de manifestação de dois médicos além daquele que realizará a interrupção da gravidez até que se dê a regulamentação. Inicia seu voto com informações de cunho técnico e segue com a análise jurídica da questão. Contrariamente ao relator e alguns outros ministros como Rosa Weber e Joaquim Barbosa, e embora julgue procedente o pedido, o Ministro Gilmar Mendes utiliza o termo aborto quando se refere à interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

A antecipação do voto do ministro inicia-se com o recorrente vocativo ao “Senhor Presidente” (p. 236) e com o também recorrente elogio aos votos que o precederam (“brilhantes votos aqui proferidos” – p. 236), fazendo a mesma menção que o relator, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Luiz Fux fizeram à importância e à delicadeza da questão trazida a debate no processo (“questão extremamente sensível” – p. 236).

Refere também, assim como fez o Ministro Ayres Britto, o julgamento da QO, onde debateu-se o cabimento da ADPF (“a mim me parece que essa questão já resultou resolvida, e bem resolvida, na questão de ordem então colocada” – p. 237), o que já dá indícios de um voto pela procedência do pedido, porque afasta um dos argumentos mais importantes do voto divergente, embora sem fazer referência direta a ele. Defende, na linha do que foi anteriormente decidido e com fundamento na própria jurisprudência do STF e no direito comparado, a “possibilidade de se fazer uma interpretação conforme de caráter aditivo” (p. 236). Ao justificar a correção da decisão que cassou a liminar e ao mesmo tempo a complexidade da questão, dirige uma pergunta retórica ao auditório, na pessoa do presidente (“Por que, Presidente? Porque nós estamos a lidar com um tema de inúmeras sensibilidades” – p. 237). Lembra, ainda, que, não fosse a ADPF, a questão sequer chegaria ao conhecimento da Corte (p. 238).

Defende seu entendimento no sentido de que deveriam ter sido admitidos *amici curiae* no processo, inclusive CNBB e ONGs, numa crítica velada ao relator, a qual será respondida mais adiante, quando instaurados debates entre os ministros (p. 245):

*Teço essas considerações para registrar a minha inequívoca posição no sentido de que a admissão de amici curiae, de qualquer confissão religiosa, posição ideológica ou política, deve ser privilegiada por esta Corte. Em se tratando de ações de controle abstrato de constitucionalidade, isto é particularmente evidente, ante a repercussão da decisão.*

Na linha do voto divergente, que elogia em aditamento ao seu voto (“brilhante e cuidadoso”, p. 281), aponta que é necessária a atuação do Poder Legislativo no caso. Mesmo julgando procedente o pedido, registra, no corpo do voto, que a decisão em tela deve servir de estímulo ao surgimento de legislação sobre a matéria (p. 275), bem como, em aditamento, que é necessária a atuação do Poder Legislativo para regulamentar a matéria (p. 281).

O voto aborda os seguintes tópicos: Estado laico e sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (onde refuta “a compreensão de que o Estado laico previsto na CF/1988 impede a manifestação e a participação de organizações religiosas nos debates públicos” – p. 240), tratamento do aborto no direito comparado, considerações

preliminares sobre a anencefalia (com informações obtidas na audiência pública), exame do aborto de fetos anencéfalos no direito brasileiro, da decisão com efeitos aditivos e conclusão.

Nessa medida, trata-se de um voto intermediário entre o do relator e a divergência. Isso porque seu argumento principal para a procedência do pedido é a possibilidade de o STF criar regra positiva no caso de omissão legislativa, em oposição ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Por outro lado, rejeita argumentos acolhidos pelos demais ministros que já deram pela procedência, como a questão da intervenção de entidades religiosas na discussão. Quanto a outros dos argumentos para a procedência do pedido, disse que (p. 258):

*Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencéfalos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto. Por outro lado, também não me impressiona o argumento pragmático segundo o qual o aborto deve ser tratado como assunto de saúde pública.*

Também o Ministro Luiz Fux e a Ministra Cármen Lúcia, mesmo julgando procedente o pedido, não entenderam cabível a ponderação entre o direito da grávida e o do feto.

Para que não restassem quaisquer dúvidas acerca de sua postura conservadora no que diz com a liberação do aborto, assim mostrando um *ethos* de acordo com a grande parte da sociedade que se coloca contra o aborto, o ministro enfatiza (p. 258):

*O rol de questões capazes de gerar essa perplexidade certamente inclui o aborto, razão por que, desde já, advirto que as ponderações que faço neste voto não devem ser estendidas a quaisquer outras hipóteses de aborto, seja o aborto puro, seja o eugênico.*

Assim como o voto divergente e o do Ministro Joaquim Barbosa, trata-se de decisão de cunho eminentemente técnico, sem recursos ao *pathos*, o que é explicitado no discurso (p. 279): “(...) é preciso tratar dessa temática de forma ‘desemocionalizada’”.

Num evidente privilégio ao *logos* e aos argumentos de autoridade representados por conhecimentos jurídicos e científicos, o ministro vale-se de estudiosos já referidos em outros votos e outros ainda não citados anteriormente (Ives Gandra da Silva Martins Filho, Milton Augusto de Brito Nobre, Paulo Gustavo Gonet Branco, Kermit L. Hall, Ernst Gottfried Marenholz, Ronald Dworkin, Peter Häberle, Schmitt, Joaquin Brage Camazano, Nelson Hungria, Samantha Besson, Hans Kelsen, Francisco de Assis Toledo, Jorge de Figueiredo Dias, Rui Medeiros, Carlos Blanco de Moraes, Díaz Revorio, Débora Diniz, Daniel Sarmento, Augusto Martín de la Vega, além de diversos precedentes do próprio STF) e no direito comparado, especialmente o alemão, mas também espanhol, italiano e estadunidense.

Depois de seu voto, o ministro apresentou uma explicação, onde reiterou seus argumentos atinentes à presença das entidades religiosas em discussões como a dos autos, ensejando manifestações dos Ministros Ayres Britto (“isso justifica, sim, o culto à liderança exercida por Cristo no mundo inteiro, independentemente do cristianismo” – p. 279) e Luiz Fux (“Todas as convicções foram aqui respeitadas, não houve nenhum movimento extremo de repúdio a qualquer tipo de ideologia” – p. 279). Registrou que “é preciso ter muito cuidado com esse tipo de delírio, com esses faniquitos anticlericais” (p. 278). Ocorre que, especialmente o relator, mas também a Ministra Cármen Lúcia, manifestaram-se expressamente contra qualquer interferência de grupos religiosos na decisão a ser tomada neste processo. Assim, foram oportunas as intervenções, mostrando concordância com os argumentos do Ministro Gilmar Mendes, para manterem sua face diante do que poderia parecer uma crítica a posicionamentos diversos.

O voto termina com uma reafirmação do entendimento sobre a possibilidade da decisão com efeitos aditivos, reiterando a clara oposição, nesse ponto, ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Para o Ministro Gilmar Mendes, “a premente necessidade de atualização do conteúdo normativo do art. 128 do Código Penal de 1940” (p. 275) é motivo suficiente para abrandar o “vetusto dogma do legislador negativo” (p. 271), evitando-se, assim (p. 268):

*(...) ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.*

### **6.2.9. Voto do Ministro Celso de Mello**

*A indeclinabilidade da prestação jurisdicional é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.*  
*(Alexandre de Moraes)*

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello inicia com elogios ao ministro relator (“magnífico voto”), aos ministros que o antecederam (“a excelência dos pronunciamentos”) e às sustentações orais do advogado do autor e do Procurador Geral da República (“valiosíssimas sustentações orais” – p. 282). Destaca, a seguir, na linha do que fizeram diversos outros ministros, a importância do julgamento, que considera o de maior magnitude de sua carreira, porque trata do alcance e do sentido da vida e da morte:

*(...) também desejo registrar, Senhor Presidente, que, neste caso, e em quase 44 anos de atuação na área jurídica, primeiro como membro do Ministério Público paulista e, agora, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca participei de um processo que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento. Este julgamento, que é efetivamente histórico, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte (...) (pp. 282-283).*

*(...) reafirmo o caráter emblemático deste memorável julgamento, que constitui, juntamente com o da ADI 3.510/DF, um dos mais importantes de todos os que o Supremo Tribunal Federal já realizou ao longo de nossa história republicana (p. 334).*

A essa altura do julgamento, com maioria já formada pela procedência do pedido (embora seja possível, até a proclamação do resultado, que os ministros mudem seu voto), o ministro dá indícios, desde o início do voto, que acompanhará o relator:

*(...) proferir decisão impregnada da mais elevada transcendência, porque motivada pelo exame de temas instigantes que nos estimulam a julgar esta controvérsia a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos. (p. 282)*

*(...) 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. (p. 282)*

*(...) tem o direito insuprimível de optar pela interrupção terapêutica do parto, nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia, ou, então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar sua vontade individual pelo prosseguimento do processo fisiológico de gestação. (p. 283)*

A seguir, traçou um breve resumo do processo, numa espécie de relatório e, citando o ex-ministro Luiz Gallotti, reiterou “o alto significado da decisão a ser tomada” e demonstrou estar ciente de que, “em casos emblemáticos como este, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir o seu julgamento, poderá ser, ele próprio, ‘julgado pela Nação’ (RTJ 63/299, 312)” (p. 286).

Adota, como argumentos principais do voto, os direitos das mulheres e a separação entre Estado e Igreja, discorrendo, ainda, sobre o papel do STF e dos magistrados em geral, especialmente na defesa dos direitos de grupos vulneráveis. Assim como outros ministros fizeram antes dele, discorre sobre a questão do início e do fim da vida, com divergências que “não se registram apenas no campo científico, mas se projetam, por igual, no domínio filosófico e no âmbito das religiões” (p. 311).

Além do Ministro Luiz Gallotti e de outros processos julgados pelo Supremo (inclusive o HC nº 84.025/RJ – p. 300), o ministro Celso de Mello usa como argumentos de autoridade escritos do Embaixador José Augusto Lindgren Alves, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Daniel Sarmiento, Miguel Kottow, Letícia da Nóbrega Cesarino, Eliza Muto, Leandro Narloch, Luís Roberto Barroso, José Carlos Vieira de Andrade, Fábio Henrique Podestá, J. J. Gomes Canotilho, Edilson Pereira de Farias, Wilson Antônio Steinmetz, Suzana de Toledo Barros e Sérgio Sérvulo da Cunha. Os conhecimentos em questão pertencem a áreas que vão das relações internacionais ao direito, passando pela bioética, numa mostra da interdisciplinaridade temática de que o ministro reputa impregnada a controvérsia (p. 301).

Além da legislação de regência, já mencionada pelos demais ministros, são numerosas as citações de legislação e acordos firmados da área dos direitos humanos, mais especialmente relativas aos direitos da mulher e ao movimento feminista, que trazem para dentro do voto discursos vinculados às decisões tomadas no âmbito das relações internacionais (Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993; Conferência de Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994; IV Conferência Internacional sobre a Mulher – Pequim, 1995; e a IX Conferência Internacional dos Estados Americanos – Bogotá, 1948). O ministro cita também a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana, o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica, além de decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Baby Boy (Resolução nº 23/81).

Na linha da defesa da laicidade do Estado, também são feitas referências ao Decreto nº 119-A, de 07/01/1890, elaborado por Rui Barbosa e Demétrio Ribeiro, sobre a separação do Estado e da Igreja (p. 301), já mencionado pelo relator (p. 5) e pela Ministra Cármen Lúcia (p. 196); bem como a Galileu Galilei, quando mencionado “o gravíssimo erro histórico em que incidiu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício” (p. 308).

Há diversas oportunidades em que o ministro se dirige diretamente ao Presidente da Corte, praxe nos julgamentos em colegiado, o que evidencia a natureza dialógica dos votos proferidos nos julgamentos:

*Quero destacar, antes de mais nada, Senhor Presidente (...) (p. 282)*

*(...) também desejo registrar, Senhor Presidente (...) (p. 282)*

*O Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente (...) (p. 284)*

*Todos sabemos, Senhor Presidente (...) (p. 287)*

*Reconheço, Senhor Presidente, antes de mais nada (...) (p. 294)*

*É por essa razão, Senhor Presidente (...) (p. 306)*

*(...) tenho para mim, Senhor Presidente (...) (p. 308)*

*Tenho para mim, desse modo, Senhor Presidente (...) (p. 321)*

*Concluo o meu voto, Senhor Presidente. (p. 336)*

Embora o voto demonstre um *ethos* de solidariedade e apoio aos direitos humanos femininos, “a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos” (p. 283), não são evidenciadas as questões emocionais nem descritos os sofrimentos individuais existentes nos casos concretos. Não se busca, pelo que se depreende do discurso do ministro, persuadir pela emoção, mas fazer ver ao auditório que a procedência do pedido está de acordo com a compreensão atual dos direitos humanos femininos. Quando refere a situação da mulher grávida de anencéfalo, mostra-se compreensivo e solidário, mas sem demonstrar emoções a respeito:

*(...) a triste e dramática situação de serem portadoras de feto anencéfalo (...) (p. 283)*

Defende a propriedade do meio processual adotado (que foi objeto de QO), até mesmo porque não há outra forma de assegurar o direito pleiteado (p. 294):

*(...) considerada a ausência de qualquer outra medida que viabilize uma solução pronta e eficaz para situações em que direitos fundamentais são postos em relação de frontal antagonismo, em estado de tensão dialética.*

Nos limites do papel atribuído ao STF e aos juízes em geral (pp. 296-298), diz que é sua missão “concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes” (p. 297). Esse papel tem mudado ao longo do tempo (pp. 298-299):

*Não se pode desconhecer, Senhor Presidente, que se delinea, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.*

*O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.*

Logo depois do voto do Ministro Celso de Mello, instaurou-se debate entre os ministros, que ensejou manifestação do presidente, cujo voto deveria ser proferido a seguir. O Presidente interrompeu o debate e proferiu seu voto, não sem antes registrar, de forma irônica, mas cortês, que a interrupção foi indevida (p. 343):

*Posso dar uma sugestão a Vossa Excelência?  
Eu profiro o meu voto e, entretentes, Vossas Excelências pensam qual é a melhor solução para essa definição do julgamento. Dá tempo para os senhores pensarem, provavelmente o meu voto não vai perturbar Vossas Excelências quanto a esse raciocínio. Vamos fazer isso?*

A consciência, revelada pelo ministro Celso de Mello, de que o STF tem seu comportamento avaliado e julgado é compartilhada pelos pares, embora nem sempre verbalizada e, principalmente, depois do advento da TV Justiça. Isso condiciona, de alguma forma, o comportamento de cada um dos julgadores, que procuram mostrar ao auditório que sua decisão ter por base conhecimentos que, embora não estejam ao acesso de todos, são publicizados nos votos e justificam a difícil decisão a ser tomada em casos como o dos autos.

A imagem de um julgador informado, atualizado e atento às demandas sociais, além de ciente de sua responsabilidade na tomada de decisão, é mostrada como capaz de justificar a legitimidade do Supremo para decidir tais questões, substituindo-se ao cidadão, especialmente quando o Poder Legislativo não está atento a tais demandas e, mais ainda, quando se trata de pleitos patrocinados por setores minoritários e com menos força política (pp. 328-329):

*O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere ao tema ora em exame, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.*

#### **6.2.10. Voto do Ministro Cezar Peluso**

*O discurso não deve ser estudado somente como forma, significado e processos mentais, mas também como estruturas complexas e hierarquias de interação e prática social e suas funções no contexto, sociedade e cultura. (Teun A. van Dijk)*

O presidente, último a exarar seu voto, manifestou-se quando já havia sido formada a maioria pela procedência, apresentando antecipação ao voto escrito que leu na sessão de julgamento e juntou aos autos. Na hipótese, ao menos que houvesse alteração de posicionamento dos ministros que votaram anteriormente – o que é possível, sendo confirmado, a contrário senso, no presente processo, pelas ratificações de votos proferidas pelas Ministras Rosa Weber (p. 389) e Cármen Lúcia (pp. 390-391), oportunidade em que poderiam ter alterado seu posicionamento –, já tinha conhecimento de que ficaria vencido. Mesmo assim, proferiu voto analisando todos os argumentos da inicial que já haviam sido apreciados e acolhidos pela maioria do plenário, bem como rechaçados pelo voto divergente, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, ao qual referiu-se elogiosamente e cujas ponderações ratificou em diversas oportunidades.

Associa-se, “de maneira até efusiva”, com a afirmação do Ministro Celso de Mello (mas não só dele) de que se trata do mais importante julgamento da Corte, porque nele, “na verdade, se tenta decidir, no fundo, o alcance constitucional do conceito de vida e da sua tutela normativa” (p. 344). Chama a atenção do auditório, na linha do que fizeram os Ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Gilmar Mendes, para “a particular delicadeza desta matéria, que, na verdade, se imbrica com razões até inconscientes” (p. 344), expressão reiterada mais adiante: “em tema tão delicado, como o é do alcance constitucional do valor supremo atribuído à dignidade e à incolumidade da vida humana” (pp. 369-370).

A respeito da atuação dos magistrados, esclarece:

*(...) eu não digo que isto envolva conceitos religiosos, mas envolve mais do que isso, envolve a formação, a cultura, o modo de ver, o modo de ser de cada magistrado, de cada homem e de cada mulher, que está atrás de cada toga. (p. 344)*

*Ora, perante informações desconstruídas, dissensos irreconciliáveis e diagnoses contraditórias em sede especializada de opiniões científicas, qual a única resposta sensata do mundo jurídico? A consciência da responsabilidade de magistrado não me impõe senão estimar, com redobrada cautela, as consequências que a formulação de qualquer juízo na matéria pode desencadear às pessoas e à sociedade em tema tão delicado, como o é do alcance constitucional do valor supremo atribuído à dignidade e à incolumidade da vida humana” (pp. 369-370)*

Nesse ponto, traz à tona a relevante questão da influência da personalidade do julgador, sua formação, suas crenças e sua visão de mundo nas decisões judiciais. Ao decidir, o magistrado não se descola de sua individualidade e, assim, as decisões que toma falam a respeito da pessoa que a proferiu, e mostram, para além do discurso, a imagem do julgador que a profere, seja ela intencional ou não. Desse modo, sobressai a importância da análise do *ethos* do julgador, explicitada nas sentenças e nos votos.

A afirmação da consciência que o ministro possui sobre o papel que a bagagem cultural, emocional e de vida do julgador exerce sobre ele no momento de decidir justifica a decisão que ele tomou, aliando-se à divergência e opondo-se à maioria já formada. Ele afirma que julgou mantendo-se “fiel às mais profundas convicções jurídicas, como resulta do juramento que fiz quando assumi a toga” (p. 344). Mostra, assim, desde o início de sua manifestação, um *ethos* de coragem, de respeito às próprias convicções e, ainda, de responsabilidade pela decisão que, já sabe, não deverá prevalecer, o que é motivo de contrariedade, não obstante o respeito demonstrado, por diversas oportunidades, com os pares que decidiram diferentemente.

A seguir, o ministro pede escusas porque adianta que vai divergir da maioria já formada, à qual encaminha seus votos de respeito, pedindo atenção e paciência para o voto que passa a proferir. A cortesia também está presente neste voto, não obstante a oposição frontal à decisão majoritária. Não deixa de lembrar, ainda, que votou pelo não conhecimento da ação, no que ficou vencido, passando, então, à análise do mérito (p. 345).

O voto, que se inicia com um brevíssimo relatório, divide-se nos seguintes tópicos: I – Distinção necessária em relação à ADI nº 3.510/DF (células-tronco embrionárias); II – Pré-exclusão da liberdade e autonomia jurídicas, no caso tipificado como crime. O enquadramento da interrupção da gravidez anencefálica no tipo delitivo de aborto; III – A dignidade constitucional plena da vida intrauterina; IV – O valor inestimável da vida, intra ou extrauterina, não depende de sua qualidade ou duração: o risco do surgimento de práticas de eugenia e eutanásia; V – As dificuldades e

divergências de diagnóstico. O conseqüente agravamento do risco de eugenia; VI – A impropriedade da analogia com a tortura: ausência de sofrimento *injusto*, único juridicamente apreciável; VII – Risco de vida *versus* risco à saúde (física, psíquica ou social) da mãe: situações distintas; VIII – Competência exclusiva do Congresso Nacional para normatizar a situação-problema. Impropriedade da atuação do STF como ‘legislador positivo’; IX – A impertinência da invocação dos “direitos sexuais e reprodutivos”; e X – Conclusão.

Diferentemente do Ministro Ricardo Lewandowski, que sequer referiu a ADI nº 3.510/DF, e dos demais, que a referiram para entender aplicáveis ao presente feito os argumentos lá expendidos (os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Celso de Mello), o Ministro Cezar Peluso afastou qualquer similaridade entre os casos e, referindo inclusive o próprio voto, demonstrou, no presente feito, entendimento no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as células-tronco embrionárias, os anencéfalos têm vida e, portanto, os direitos dela decorrentes, constituindo aborto a interrupção da gravidez.

O ministro adotou, como argumentos de autoridade, nesse ponto, sua própria decisão na ADI nº 3.510/DF, manifestações favoráveis a sua tese proferidas na audiência pública por Lenise Martins Garcia (“em raciocínio guiado de lógica irresponsável”), Mayana Zatz (“a insuspeita”), Luiz Antônio Bento, Rodolfo Acatauassú Nunes, Cinthia Macedo Specian e Thomaz Rafael Gollop, além de citação da obra do jurista Luciano Eusebi.

Defendeu a inaplicabilidade da liberdade e autonomia jurídicas na hipótese, porque, apesar de “vozes respeitáveis” em sentido contrário, porque, “para que se possa ter configurado o aborto como crime, a meu juízo, a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto a sua viabilidade futura ou extrauterina” (p. 352).

Usa, ao longo do voto, termos que dão conotação negativa ao pedido da inicial, como “aborto doloso” (p. 351), “é conduta vedada, e vedada de modo frontal”, “a despeito dos esforços retóricos da autora”, “É coisa abstrusa”, “pena capital ao feto anencefálico” (p. 352), “reduzido, ao fim das contas, à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda” (pp. 352-353), “forma odiosa de discriminação”,

“extermínio do anencéfalo”, “inflige a pena de morte ao incapaz de pressentir a agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa”, “é mal-avisada, se não imprópria, a remissão à liberdade de crença e de expressão religiosas, bem como ao caráter laico do Estado” (p. 353), “realização expiatória de sacrifícios humanos”, “abomináveis condutas, que deixariam de repugnar ao espírito civilizado e já não representariam cruéis homicídios”, “espécie de severa miopia intelectual”, “antecipação fatal do parto do anencéfalo”, “a tibieza do raciocínio”(p. 354), “defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos”, “estranha e repulsiva lógica”(p. 356), “a esdrúxula ideia de que a vida de um recém-nascido ou de um feto teria menos valor que a de um adulto” (p. 357), “é, pois, supinamente falsa a ideia de que todo anencéfalo não seria nunca sujeito de direito” (p. 359); “seria lícito sacrificar-se, igualmente, o anencéfalo neonato”, “é assombrosa a semelhança entre aborto de anencéfalo e práticas eugênicas” (p. 363), “dificuldade de imunizar sua posição à pecha de eugenia” (p. 364), “o que se pretende, no fundo, é autorização judicial para prática de um crime” (p. 365), “os acerbos riscos de u’a multiplicação desastrosa de abortos” (p. 370), “saída muito cômoda de culpar o Estado por dramas que são da responsabilidade exclusiva da conjugação de ato livre dos particulares e de ulterior acaso biológico” (p. 373), “a maior falácia apresentada pela arguente” (p. 374), “uma atitude individualista e egocêntrica” (p. 375), “cegueira passional” (p. 376), “sacrificar o feto” (p. 378), “o absurdo da conclusão mostra o absurdo da premissa” (p. 380), “compreensão distorcida da natureza e do alcance de tais direitos, que são estritos” (p. 382), “completa reificação do conceito, transformado em mero objeto disponível, sem nenhuma dignidade jurídica” (p. 384).

Sem tratar da questão religiosa, que reputa “mal-avisada, se não imprópria” (p. 353), aborda os mesmos tópicos da inicial e dos votos dos ministros que julgaram procedente o pedido, mas afastando todas as alegações com argumentos que deixam ver a prioridade dada aos direitos e à dignidade do nascituro, diante da incerteza do diagnóstico da anencefalia, não acolhendo as alegações relativas à tortura e aos riscos a que a grávida de anencéfalos se expõe e atribuindo exclusivamente ao Legislativo a responsabilidade de regulamentar a matéria.

A postura é conservadora e o voto contém citações, além daquelas anteriormente referidas, inclusive do próprio ministro em outras assentadas e dos pares, referências a Arturo Rocco, Débora Diniz, Luís Roberto Barroso (para discordar desses dois últimos – p. 352), Dr. Everton Petterson, Aníbal Bruno, Heleno Claudio Fragoso, e de apenas uma mãe de anencéfalo, Mônica Torres Lopes Sanches, que optou por levar a gestação até o final e defendeu, na audiência pública, a improcedência do pedido.

Menciona o Ministro Sepúlveda Pertence em mais de uma oportunidade, numa delas para dele discordar (p. 355). Sustenta que não incorreriam em petição de princípio, mas em petição da caridade argumentativa, aqueles que admitem o pleito da inicial como mais uma causa de exclusão da punibilidade no crime de aborto, numa evidente crítica à postulação da inicial.

Na linha dos ensinamentos de Martin Heidegger, citado em nota de rodapé (p. 363), o ministro refere manifestação anterior no processo, a respeito da inexorabilidade da morte. O fato de que o homem é um “ser-para-a-morte” contrapõe-se à alegação da inicial de que a certeza da morte do anencéfalo (de que o ministro discorda, considerando a indefinição da ciência a respeito – p. 368) justificaria a procedência do pedido.

Também o Ministro Cezar Peluso faz perguntas retóricas, as quais enfatizam, principalmente, a sua perplexidade com alguns entendimentos dos quais discorda, discordância que compartilha com o auditório de forma crítica, mas sem qualquer ataque direto a quem quer que seja, preservando-se, assim, a face própria e dos demais atores do processo:

*Como legitimar-se, pois, a prática de condutas semelhantes contra o mesmo ser humano, antes do parto? Se se autoriza aborto do anencéfalo, por que se não permite seja eliminado depois do parto, antecipando-se-lhe destoutro modo a morte inevitável? (p. 366)*

*Se não é possível sequer apurar, com a segurança necessária, se dado caso é de anencefalia stricto sensu, como o será prognosticar a viabilidade do feto fora do útero? (p. 367)*

*É com base em só conceito, fluido e controverso, que se discute e decide quem deva viver ou morrer? (...)*

*Afinal, a anencefalia comporta graus, variáveis num continuum, ou admite classificações discretas, com fronteiras incontestáveis entre as condições objetivas de anencéfalo e não-anencéfalo? (p. 368)*

*Ora, perante informações desconstruídas, dissensos irreconciliáveis e diagnoses contraditórias em sede especializada de opiniões científicas, qual a única resposta sensata do mundo jurídico? (p. 369)*

*Indaga-se: quem estaria, de indústria, a aplicar tortura à mãe? O feto anencéfalo, fruto '[d]esse imponderável, [d]esse acaso natural'? Ou o Estado, personificado no Poder Legislativo, que, para legitimar ação tendente a aliviá-la à dor, deixou de prever hipótese de licitude ou de impunidade do aborto? Quem sabe, seria o Judiciário, que, recusando-se a usurpar a função legiferante, não se sente autorizado a reconhecer-lhe atipicidade ou a criar ex nihilo excludente de punibilidade? (p. 373)*

*Há, perante ela, injustiça na condição da mãe que recebe a notícia de que o filho é anencéfalo? (...) Quem somos nós para falar e decidir acerca de Justiça sub specie aeternitatis? (p. 378)*

Vale-se, como visto, de expressões fortes e mesmo agressivas para impressionar o auditório na defesa de seu ponto de vista, em sentido oposto às que eram utilizadas pelos ministros que deram pela procedência do pedido. Não ataca nem a arguente, seu advogado ou os pares que votaram pela procedência de forma a interpelá-los ou buscar o conflito, no entanto, não se afastando demasiadamente da linha da cortesia com que iniciou o voto. Para fundamentar a improcedência, taxa de criminoso o aborto do feto anencéfalo e evita a expressão “antecipação terapêutica do parto”, eufemismo adotado na inicial e nos votos dos ministros que julgaram procedente o pedido. É incisivo quando conclui o tópico (pp. 355-356):

*Estou de todo convicto da ofuscante tipicidade da conduta que, preconizada pela arguente, se acomoda, com folga, à definição legal do crime de aborto. A ação de eliminação intencional de vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica dialética capaz de conduzir a conclusão diversa.*

Encerra o voto com expressão crítica à decisão da maioria (“pesando-me, desta feita, não poder dar razão à douta maioria” – p. 384), que não foi, entretanto, criticada quando mencionada inicialmente (“já formada claramente a ilustre maioria” – p. 344).

### **6.3. Aproximações e distanciamentos: o *corpus* em diálogo**

*A sociedade depende das mulheres. Todas as nações que as isolem são insociáveis.*  
(Voltaire)

O presente estudo debruçou-se sobre dois processos do STF. Um julgado em 1936 e o outro, em 2012. Uma ação subjetiva (*habeas corpus*) e uma ação objetiva (arguição de descumprimento de preceito fundamental). Um processo em que apenas uma mulher teve atuação registrada, como secretária, e o outro em que votos sobre o mérito da ação foram também proferidos por mulheres, além de ter havido atuação de mulheres em diversos outros momentos do processo, inclusive em parecer da PGR. O que ambos têm em comum é o fato de terem sido decididos em instância única pelo STF, em decisões reconhecidamente históricas, e de tratarem de direitos fundamentais da mulher, sua liberdade e sua dignidade. O assunto dos dois processos são os direitos humanos, os quais tiveram tratamento bastante diferente, refletido nas decisões, de acordo com os valores predominantes na sociedade em cada um dos momentos em que proferidos os votos.

Ainda têm em comum o fato de que, em nenhum deles, quem faz o pedido é uma mulher: no HC, ela é a paciente, ou seja, a parte em nome de quem se pede a medida; enquanto no segundo, o pedido é formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, entidade representativa de médicos e demais profissionais da saúde, que buscavam garantias de praticar a antecipação do parto sem o risco de responderem criminalmente pela prática de aborto. Apesar disso, na ADPF a discussão centrou-se na possibilidade de persecução penal da gestante e nos seus direitos humanos, numa espécie de desvio do foco sobre o que realmente é pedido. Foca-se no direito da mulher, mas, na verdade, o que se pretende defender é o direito dos profissionais da saúde que realizam a antecipação do parto/aborto de fetos anencéfalos.

Ambos os julgados demonstram que a atuação da mulher na defesa de seus próprios direitos ainda é limitada e foi intermediada por terceiros nos dois casos analisados. Há que se destacar, nessa linha, que, quando do ajuizamento da ADPF nº

54/DF, havia apenas uma ministra no STF, a Ministra Ellen Gracie, nomeada em 2000 e que se tornou presidente da Corte em 2006. A ela somaram-se apenas mais duas, as ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, não obstante as mulheres sejam maioria na população brasileira (51,7% em 2018, conforme dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)).

Destaca-se, ainda, em ambos os processos, a possibilidade que o discurso possui, e isso não ocorre apenas com o discurso jurídico, de versar sobre um tema na superfície e sobre outro de forma subjacente.

No HC, nada foi dito, nos votos, sobre o cenário político da época do julgamento, em que fora declarado estado de guerra no Brasil e em que, na Europa, o nazismo perseguia judeus e comunistas, entre outros grupos visados como inimigos. Nenhum dos ministros, a maioria nomeados por Getúlio Vargas e todos de alguma forma pressionados pelo governo brasileiro de então, cogitou da possibilidade de a expulsão da paciente, uma vez confirmada pela decisão do STF, resultar na morte da mãe e, possivelmente, na do feto que esta carregava no ventre. A decisão proferida limitou-se à aplicação da norma (um decreto presidencial aprovado pelo Congresso) sem que se considerassem os efeitos práticos consequentes à entrega de uma judia comunista (e grávida) ao governo nazista, que a aguardava (mas não pediu publicamente sua extradição) e ao qual era aliado o governo brasileiro.

Por outro lado, quanto à ADPF, veja-se que nem na inicial, nem nas manifestações da tribuna, do PGR e mesmo da maioria dos magistrados, foi abordada, diretamente a situação dos profissionais da saúde que se veem em risco de responder penalmente pela intervenção que resulta na interrupção da gestação de feto anencéfalo: a discussão centrou-se no direito da gestante, muito embora a parte autora não fosse uma mulher nessa condição, mas, como visto, uma entidade representativa de uma categoria profissional de alguma maneira envolvida com a antecipação de parto de fetos anencéfalos.

O discurso, nessa linha, e especialmente no julgamento do HC, onde a fundamentação não era ainda exigida como requisito de validade da decisão, deu destaque ao que os ministros queriam que fosse destacado e escondeu o que não

queriam que fosse cogitado, ou seja, os motivos mais profundos da decisão proferida, que diziam com sua submissão ao governo da época, de natureza antidemocrática, ou com sua concordância com os valores então prevalentes.

A comparação de dois documentos que são distanciados por décadas no tempo de sua elaboração, embora oriundos da mesma instituição, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, traz à tona as mudanças que a sociedade sofreu nesse período, que tiveram reflexos, por óbvio, no discurso por meio do qual se estruturam as decisões judiciais.

De um processo em que a decisão limitou-se à subsunção dos fatos à lei de regência, sem que se cogitasse, nos votos, da gravidade dos efeitos de tal decisão, passou-se a outro em que a sociedade interferiu mais ativamente no conteúdo da decisão, por meio de manifestações de toda ordem (seja por meio de debates na imprensa, por meio de correspondências e visitas aos ministros, em audiências públicas e em manifestações na frente da sede do STF – embora não tenham sido admitidos *amici curiae*, o que foi objeto de crítica por parte de alguns ministros) e, até mesmo em razão disso, os ministros registraram, em diversas oportunidades, que tinham consciência dos efeitos dos votos que proferiram, o que motivou fundamentação de cada um dos votos, bastante profunda e exaustiva, exigência legal inexistente antes da Constituição Federal de 1988.

Tais processos, analisados em conjunto, não obstante o *corpus* (propositadamente) limitado, embora extenso, testemunham a transição havida no discurso judicial do positivismo para o neopositivismo, bem como a aproximação que houve entre o Poder Judiciário e a sociedade, não apenas em termos de linguagem (a clareza e a compreensibilidade da linguagem jurídica é questão tematizada pelos próprios ministros contemporâneos, como se vê, por exemplo, dos votos do Ministro Marco Aurélio, que leu um resumo do relatório em atenção aos jurisdicionados, e da Ministra Rosa Weber – que reiteradamente apresentava seus argumentos de forma que pretendia simplificada), mas do próprio teor das decisões que, diante da transmissão das sessões do Supremo pela televisão, ao vivo, chegam às casas dos cidadãos e permitem a cada um dos jurisdicionados saber quem decidiu e como

decidiu em cada caso concreto, o que aumenta a responsabilidade de cada julgador e é expresso em seu discurso.

Em comum, os discursos nos dois processos mostram que os magistrados, quando decidem, fundamentam-se principalmente na lei, na jurisprudência e na doutrina jurídica, mas também, especialmente mais recentemente, em conhecimentos que estão além da Ciência do Direito, como a Medicina, a Filosofia, a História, entre outros, evidenciando-se a interdisciplinaridade temática a que aludiu o Ministro Celso de Mello.

Valem-se de decisões em processos anteriores, que são até mesmo mencionados reiteradas vezes, por diversos julgadores, e têm conhecimento de que as decisões que proferem em cada caso refletir-se-ão em casos futuros, o que vem se tornando cada vez mais evidente, até mesmo em razão da divulgação dos julgamentos nos meios de comunicação de massa.

A presença da sociedade nas sessões do STF, de formas que eram imprevisíveis e tecnicamente impossíveis quando do julgamento de 1936, teve o condão de influenciar na decisão da ADPF, se não quanto à questão da procedência ou improcedência propriamente dita, mas quanto à necessidade de persuadir o auditório de que a decisão tomada, seja qual for, é a mais justa, justificando-se, exaustivamente, o caminho adotado, pelo qual cada julgador é responsabilizado.

Da variedade e da profundidade dos argumentos utilizados nos votos da ADPF, depreende-se que os ministros têm consciência da diversidade do auditório ao qual se dirigem, o que influencia a natureza do discurso: “O caráter unificado ou não do público ao qual o locutor se dirige modela o discurso argumentativo e determina sua complexidade” (Amossy, 2020, p. 63). É preciso dirigir-se, ao mesmo tempo, aos auditórios especializados e aos jurisdicionados, que não dominam os termos jurídicos e, por vezes, sequer a linguagem mais elaborada.

Por outro lado, a linguagem jurídica, técnica e hermética, eivada de fórmulas e tradições, bastante representativa de uma instituição pouco acessível e distante da maior parte da população, não se dirigia ao grande público não especializado, pelo

menos até a tentativa de popularização do discurso jurídico, que coincidiu com a divulgação dos julgamentos nos meios de comunicação de massa.

Os julgadores precisam decidir sempre que instados, mas gozam de grande liberdade na fundamentação das decisões. Nos colegiados, é comum que se reiterem os mesmos argumentos, seja a favor (quando costumam ser utilizados os argumentos da própria inicial) ou contra o pedido da inicial (rebatendo-se os argumentos da peça exordial). Ao longo do julgamento, uns ministros vão aderindo aos argumentos dos outros, até mesmo repetindo-os expressamente, fazendo referências elogiosas aos pares, especialmente quando concordam com eles, embora tais elogios também se façam presentes, em regra, quando apresentam posições diferentes e mesmo opostas.

Essas demonstrações de cortesia são praxe nos julgamentos em colegiado e, podem, por vezes, conter um maior ou menor grau de ironia. A ironia, aliás, pode ser usada também em relação às partes do processo, como ocorreu no julgamento do HC quando do voto do Ministro Carlos Maximiliano. Também não são incomuns os casos de debates mais acalorados entre os ministros, como ocorreu, por exemplo, na ADPF, logo antes e, especialmente, depois do voto do Ministro Cezar Peluso, o que foi devidamente registrado pelas notas taquigráficas. As críticas, mais ou menos diretas são mais correntes quando há discordância do voto ou posicionamento de outro ministro ou ator do processo, conforme verificado nos votos do Ministro Joaquim Barbosa (crítica direta ao presidente de então) e do Ministro Cezar Peluso (que expressou respeito pelos pares no início do voto e, ao final, afirmou que a maioria formada não tinha razão).

Outrossim, todos mostram um *ethos* de sabedoria e conhecimentos enciclopédicos, não apenas do Direito, mas também de História, Filosofia, de Medicina e de outras ciências. Esse nível de conhecimento faz parte das exigências para tornar-se juiz e, especialmente, ministro do STF, e foi tematizado no voto do Ministro Luiz Fux.

O *logos*, nessa linha, assume papel de relevância no gênero voto, mas a ele se soma, como se vê da maioria dos votos proferidos na ADPF, também o *pathos*, o que

permite aos magistrados mostrarem um *ethos* que se aproxima dos pares e dos jurisdicionados através dos sentimentos que buscam neles despertar.

Como a prova pelo *logos* não é suficiente, muito embora basilar no discurso jurídico, que é fundado na razão e em argumentos legais e de autoridade, aos argumentos racionais, acrescentam-se as provas pelo *pathos* e, principalmente, de acordo com Aristóteles, pelo *ethos*.

Nesse sentido, o *pathos* está presente, em maior ou menor grau, no discurso da maioria dos ministros que julgaram a ADPF, mais claramente nos que votaram pela procedência, mas não nos votos do HC.

Já o *ethos* assume, pela própria natureza do discurso jurídico – e especialmente quando proferido por magistrados e, mais ainda, quando se trata de ministros da mais alta corte –, maior destaque (confirmando, assim no presente estudo, a afirmação de Aristóteles no sentido de que o *ethos* constitui a prova mais importante), considerando, justamente, que a autoridade moral, intelectual e mesmo constitucional dos ministros do STF enseja a aceitação das decisões pelos diversos auditórios aos quais se destinam. Por essa razão, espera-se e exige-se dos ministros que sejam probos (o que é subentendido uma vez que se tornam ministros do STF) e profiram seus votos (e mesmo quaisquer outras manifestações, perante a imprensa ou mesmo na sua vida cotidiana) com cuidado para não perderem sua face, seja junto aos pares, seja junto aos jurisdicionados, aos advogados, à imprensa, etc.

Importante referir que, de acordo com a lei processual, o juiz não pode decidir uma causa quando esteja impedido ou seja suspeito, o que pode levar à nulidade da decisão.

Todos os votos proferidos (e isso é regra na decisão judicial de modo geral) apresentaram argumentos de autoridade e, com apoio na racionalidade, colaboram para a apresentação de um *ethos* de intelectualidade e sabedoria, de pessoas que, por suas próprias qualidades, possuem autoridade para decidir os rumos da sociedade em casos difíceis. Já o *ethos* de solidariedade e de sensibilidade é apresentado pela maioria dos ministros (e mesmo pelo Ministro Cezar Peluso, que votou pela improcedência), que se colocam ao lado das mães e pais de fetos anencéfalos,

demonstrando compreensão de seu profundo sofrimento e, no discurso, despertando a piedade do auditório, por meio de recurso ao *pathos*, o que demonstra que as provas aristotélicas não se apresentam estanques, mas se encontram e se entrecruzam ao longo do discurso.

São poucos os ministros que não demonstram em seu voto um mínimo de paixão, mas limitam-se à prova pelo *logos*, que é fria, dura e isenta de emoção, não desbordando da racionalidade em nenhum momento do discurso. É o caso do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, em que seu *ethos* fica limitado ao do juiz tradicional, cujas decisões são fundamentadas de forma exclusivamente racional e que busca persuadir o auditório apenas por meio das provas científicas e da supremacia da lei, com base em seu profundo conhecimento a respeito.

Nos tribunais, em que as decisões são dadas pelo colegiado, não prevalece o *ethos* individual de cada juiz, desembargador ou ministro, mas o da instituição como um todo. Nos casos em estudo, as decisões foram do Pleno do STF, independentemente das decisões minoritárias em sentido contrário. O Plenário, nesse contexto, adquire contornos de uma entidade com personalidade própria, separada da de cada um dos ministros, que se referem, como praxe, à presunção de correção da decisão tomada nesse âmbito, conforme se colhe do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (p. 339).

O voto dado pelo Ministro Cezar Peluso, no entanto, fez ressalva a esse respeito, o que atribui mais peso a seu voto pela improcedência, proferido com grande convicção e demonstrando, como fez em diversas oportunidades durante o julgamento, pesar pela decisão que veio a ser tomada na oportunidade (p. 384): “(...) pesando-me, desta feita, não poder dar razão à douta maioria (...)”.

Nessa toada, também se faz importante a coerência entre os votos proferidos e a produção doutrinária dos ministros. Várias obras doutrinárias dos ministros que participaram do julgamento da ADPF foram mencionadas nos votos proferidos. O Ministro Marco Aurélio refere obra coordenada pela Ministra Cármen Lúcia (p. 29), onde ela diferencia ser humano de pessoa humana, dizendo que o embrião é ser humano, ser vivo, mas “não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres,

o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana” (O Direito à Vida Digna, Belo Horizonte: Fórum, 2004). Já o Ministro Joaquim Barbosa menciona que o voto que preparara para o HC nº 84.025/RJ, e que apresentou, com pequenas alterações, na ADPF nº 54/DF, foi publicado em livro antes de ser apresentado no processo.

Como se depreende da leitura dos votos proferidos, os valores compartilhados entre locutor e auditório são, como apontou a Ministra Cármen Lúcia, “a vida e a dignidade da vida” (p. 141). A respeito deles há concordância e é desses valores que partem todos os votos, contra e a favor do pedido, quaisquer que sejam os argumentos adotados.

Os ministros do STF são escolhidos, em tese e segundo previsão constitucional, entre pessoas de notável saber jurídico e reputação ilibada (CF de 1988, artigo 101). Gozam de vitaliciedade no cargo e sua aposentadoria compulsória se dá aos 75 anos de idade. Apesar de tudo isso e do caráter de lei que é atribuído à decisão judicial, o *ethos* do julgador é individualizado e, conhecidos seus posicionamentos, é possível prever as decisões de cada ministro em determinados processos, o mesmo podendo ocorrer em julgamentos de outras instâncias do Poder Judiciário.

Para Pistori, citando Aristóteles e Ekkerhard Eggs (2012, p. 90):

*(...) o orador que mostra um éthos de bom senso e discernimento, demonstrando utilizar a razão prática – a phrónesis, utiliza preferentemente as provas do logos, isto é, os recursos discursivos; aquele que fundamenta sua argumentação com os recursos do éthos mostra um caráter corajoso, equânime, simples e franco – a areté; e quem fundamenta seu discurso principalmente com o pathos mostra simpatia e benevolência em relação ao outro – a eúnoia. E é exatamente porque condensa em si as três provas que Aristóteles afirma que o “éthos é quase a mais importante das provas”. Sem dúvida, prudência, virtude e benevolência são características do orador que ainda hoje tornam confiável o discurso.*

No HC não foram levadas em consideração as consequências da decisão, enquanto na ADPF essa questão esteve presente ao longo de todo o julgamento. Veja-se que até mesmo o presidente chamou a atenção do auditório, dirigindo-se aos ministros, para a necessidade de que isso fosse feito.

Muniz (2011, p. 54) resume bem a importância da hermenêutica, mencionando o erro hermenêutico, hoje praticamente um consenso, praticado no caso Olga Benário/Maria Prestes:

*O caso Olga Benario Prestes trata-se, inequivocamente, da demonstração de um erro hermenêutico. Nesse particular, cabe inferir a irreparável máxima atribuída ao filósofo grego Epictetus, contemporâneo de Aristóteles e que viveu sem qualquer liberdade (quando da escravidão imposta por Roma, no Século I), de que o que perturba fundamentalmente o ser humano não são os fatos, e sim a interpretação que faz deles.*

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

*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 – Sermão da Primeira Domingo do Advento (Padre Antônio Vieira)*

De acordo com Amossy (2020, p. 66), “a argumentação se revela necessária em todos os casos em que uma deliberação se impõe, em que diversas opções se revelam possíveis para os que comungam a mesma doutrina”. Houve votos sem argumentação no HC, fazendo mera referência ao decreto presidencial que impedia o cabimento da medida em casos como o que se apresentava. Desde o advento da Constituição Federal de 1988 isso não é mais possível e pode levar à nulidade da decisão.

Da análise do *corpus*, que recaiu apenas sobre os votos escritos, o *ethos* do julgador culto, sério e preocupado em fazer justiça e que considera as consequências da decisão é evidenciado na ADPF (tanto nos votos a favor quanto nos votos contra o pedido), enquanto no HC sobressai o *ethos* do julgador formalista, machista, conservador, que não perquire a respeito dos efeitos da decisão na sociedade e limita-se à simples aplicação da lei (ou do decreto, o que é ainda pior) ao caso concreto. É clara, da comparação entre os dois julgados, a diferença entre o positivismo e o pós-positivismo, entre o império da lei e o dos princípios.

Assim, confirmou-se, na presente pesquisa, a hipótese de que a imagem que o julgador do colegiado do STF deixa transparecer no discurso que constitui seu voto modificou-se ao longo do tempo e de acordo com as exigências da sociedade de um e outro tempo e dos valores que são cultivados e prevalecem em cada época. Com efeito, os magistrados não podem decidir desvinculados dos valores que guiam a sociedade na qual se inserem; e os julgamentos, por sua vez, devem refletir esses valores.

Por outro lado, mesmo que os julgadores não pretendam mostrar-se como indivíduos em suas decisões e ainda que o gênero discursivo voto sequer comporte uma manifestação eminentemente pessoal, as escolhas de termos, de tom e dos diversos recursos linguísticos adotados na elaboração do julgado deixam entrever, um pouco mais ou um pouco menos, de acordo com o estilo, com a consciência que cada um tem dos auditórios a que se dirige e com os objetivos (evidenciados ou não) de cada um, quais os valores e crenças que resultam nas decisões tomadas.

Se é fato que os magistrados não precisam da sociedade para serem eleitos, como acontece com os políticos; bem como se é verdade que eles não têm um produto para ser anunciado e vendido, como acontece no discurso publicitário; e ainda, se é verdade que a Suprema Corte é a última instância e por isso suas decisões costumam ter validade no mundo dos fatos, mesmo assim os ministros do Supremo Tribunal Federal precisam prestar contas a alguém. No caso, às partes do processo, às autoridades dos outros Poderes (Executivo e Legislativo) e à sociedade como um todo, cujo papel, atualmente, diante da publicidade dos processos e do fácil acesso a eles – cujos temas muitas vezes possuem interesse da coletividade –, vem adquirindo crescente relevância nesse âmbito.

O Direito pressupõe, quase sempre, opiniões que se opõem e se contradizem. Especialmente quando se analisa a decisão judicial, isso se evidencia. Ambas as partes têm suas alegações analisadas e sopesadas e, por meio de uma atividade que exige um exercício de lógica e argumentação, há de ser apresentada uma solução para o conflito. O magistrado não pode deixar de solucionar o caso, embora a resposta possa não ser nenhuma das esperadas pelas partes, considerando que pode sempre haver uma saída pela tangente, como quando o juiz decide sem ingressar no mérito.

Pail (2016, p. 44):

*No positivismo jurídico e na lógica formal, se encontra a racionalidade cartesiana, enquanto que no moralismo jurídico e na lógica formal, a racionalidade complexa, não mais separando razão e emoção como opostos e não mais reduzindo processos inferenciais a silogismos lógicos.*

Para Perelman (2000, p. 222):

*(...) motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz. É esta justificação (...) que deve convencer as partes de que a sentença não resulta de uma tomada de posição arbitrária.*

A decisão judicial hoje, em atenção aos valores que sustentam a sociedade, não pode se dar sem a fundamentação e a atenção para as suas consequências nas vidas daqueles que por ela são atingidos. É um equilíbrio precário, no entanto, que se dá entre as forças conservadoras e progressistas, uma defendendo a manutenção do *statu quo*, em nome do princípio da segurança jurídica, e a outra primando pelo atendimento das necessidades sociais e individuais não satisfeitas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, em nome, especialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nas decisões judiciais, assim como na vida, não há certezas inquestionáveis. Sempre há forças opostas, com interpretações diversas sobre um mesmo fato. É preciso optar por um caminho, com a segurança possível e essa opção deve ser justificada por meio de um discurso organizado, tendente a persuadir o auditório a respeito da correção da decisão, a melhor entre duas ou mais possíveis.

Há que se considerar a possibilidade de a decisão ser errada e que nem sempre é possível consertar os erros (apesar dos recursos, das diferentes instâncias, das mudanças de entendimento etc.). Olga morreu, vários fetos podem ter sido abortados indevidamente em casos de diagnósticos equivocados de anencefalia, assim como várias mulheres podem ter sido injustamente condenadas a levar ao final uma gestação de feto que veio a morrer antes ou logo após o parto. Quantas mulheres não obtiveram a tempo ou tiveram indeferida a autorização judicial para antecipação do parto e quantas deixaram de fazer a antecipação de parto porque dependiam do serviço público de saúde e não foram lá acolhidas, enquanto outras puderam ter acesso a essa opção apenas porque tinham condições financeiras de pagar por esse procedimento?

São várias as questões que se põem a partir da leitura e análise dos votos que foram objeto desta pesquisa. O discurso de cada um dos ministros, ao mesmo tempo

que demonstra e afirma sua posição sobre o pleito e as questões nele envolvidas, abre espaço para novas argumentações e questionamentos a respeito. Nem mesmo a coisa julgada é capaz de encerrá-los, porque novos processos surgem em que as questões podem ser revistas conforme as situações fáticas se renovem. Nenhum dos ministros apresentou resposta definitiva para os pedidos formulados, o que é mais claro na ADPF, especialmente por se tratar de ação objetiva e porque, na contemporaneidade, sequer são esperadas respostas definitivas para questões debatidas pelo Poder Judiciário. Se as respostas dadas nos processos analisados foram definitivas para as pessoas que foram atingidas pelas decisões (Olga Benário e as mães e famílias de anencéfalos), não o são para a sociedade, que continuou e ainda continua debatendo, dentro e fora do Poder Judiciário, as diversas questões relativas aos direitos humanos tangenciadas nos dois processos.

## BIBLIOGRAFIA

- Abal, F. C. (2017). "Getúlio Vargas e o Supremo Tribunal Federal: uma análise do habeas corpus de Olga Prestes". *Antíteses*, 10(20), 881-900. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193354726015>.
- Amossy, R. (2008). "Argumentation et Analyse du discours: perspectives théoriques et découpages disciplinaires, *Argumentation et Analyse du Discours*". <http://aad.revues.org/index200.html>.
- \_\_\_\_\_. (2016). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos* (2ª ed.). Contexto.
- \_\_\_\_\_. (2018). "Introduction: la dimension argumentative du discours - enjeux théoriques et pratiques", *Argumentation et Analyse du Discours*. <http://journals.openedition.org/aad/2560>.
- \_\_\_\_\_. (2020). *A argumentação no discurso*. Contexto.
- Aristóteles. (2008). *Poética* (3ª ed.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- \_\_\_\_\_. (2005). *Retórica* (2ª ed.). Imprensa Nacional – Casa da Moeda.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL - ARGUIÇÃO... ADPF 54. Reqte: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Adv.: Luís Roberto Barroso. Intdo: Presidente da República. Adv.: Advogado-Geral da União Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão: D.J. 29 abr 2012. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.
- Burguera Serra, J. G. (2010). *Gramática y pragmática de la interrogación retórica en español. Una aplicación al debate parlamentario*. Universitat de Barcelona.
- Cabral, A. L. T. (2016). "Argumentação na língua e argumentação no texto". *Revista Intersecções*, 9(18), 26-40.
- \_\_\_\_\_. (2016). "Negação, intersubjetividade e polifonia: estudo de caso em processos civis". *Letras de Hoje*, 51(1), 55-64.
- \_\_\_\_\_. (2020). 2.1 "Inteligência retórica: Violência e emoções na construção do ethos". *VERBUM. CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO*. 9(1), 49-64. <https://revistas.pucsp.br/index.php/verbum/article/view/48365>.
- \_\_\_\_\_. (2020). *A força das palavras: dizer e argumentar*. Contexto.
- Cabral, A. L. T., & Guaranha, M. F. (2014). "O conceito de justiça: argumentação e dialogismo". *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, 9(1), 19-34.
- Cabral, A. L. T., & Conceição, A. M. (2017). "Estereótipos e subjetividade na argumentação em sentenças judiciais". *MOARA–Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação em Letras*, 1(47), 255-271.
- Cabral, A. L. T., & Bueno, F. G. (2020). "Constituição e argumentação: a função social do imóvel rural". *Redis: Revista de Estudos do discurso*, 8.
- Cabral, A. L. T., & Dos Santos, L. W. (2016). "Dêixis pessoal e verbos na construção de um objeto de discurso argumentativamente orientado". *Revista Conexão Letras*, 11(15). <https://seer.ufrgs.br/conexaoletras/article/view/65800>.
- Cabral, A. L. T., Seara, I. R., & Guaranha, M. F. (org.). (2017). *Descortesia e cortesia: expressão de culturas*. Cortez.
- Carrilho Júnior, P. A. (2011). "ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conceito de preceito fundamental. Fundamento lógico-

- transcendental da validade da constituição jurídico-positiva”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 91. [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10158](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10158)
- Carvalho Filho, J. dos S. (2006). *Manual de direito administrativo*. (16ª ed.). Lumen Juris.
- Chalita, G. (2007). *A sedução no discurso: o poder da linguagem nos tribunais de júri*. (4ª ed.). Saraiva.
- Charaudeau, P. (2002). “A quoi sert d'analyse le discours politique. *Análisi del discurs polític*”. 1-9 <http://www.patrick-charaudeau.com/A-quoi-sert-d-analyse-le-discours.html>
- \_\_\_\_\_. (2009). “Identité sociale et identité discursive. Un jeu de miroir fondateur de l'activité langagière. *Identités sociales et discursives du sujet parlant*”. <https://www.patrick-charaudeau.com/Identite-sociale-et-identite,217.html>
- \_\_\_\_\_. (2015). “De la ‘scène d'énonciation’ au ‘contrat’, aller-retour”. *Analyse du discours et dispositifs d'énonciation. Autour des travaux de Dominique Maingueneau*, Johannes Angermuller y Gilles Philippe (eds.), Lambert-Lucas, Limoges, 109-115. <https://www.patrick-charaudeau.com/De-la-scene-d-enonciation-au.html>
- Charaudeau, P., & Maingueneau, D. (2020). *Dicionário de análise do discurso*. (3ª ed.). Contexto.
- de Saussure, L. (2005). Manipulation and cognitive pragmatics. *Manipulation and ideologies in the twentieth century*, 113-145.
- Di Pietro, M. S. Z. (2006). *Direito administrativo*. (19ª ed.). Atlas.
- Ennasser, N. (2010). “Une question, est-ce toujours une demande d'information?: Analyse pragmatique du couple question-reponse et implications pour l'enseignement du FLE”.
- Ferraz Júnior, T. S. (2014). *Argumentação Jurídica*. Manole.
- Ferreira Filho, M. G. (1995). *Curso de direito constitucional*. (22ª ed.). Saraiva.
- da Fonseca, A. F., & Rodrigues, M. D. G. S. (2012). “Emoções como mecanismos da responsabilidade enunciativa”. <http://www.gelne.com.br/arquivos/anais/gelne-2012/Arquivos/%C3%A1reas%20tem%C3%A1ticas/Lingu%C3%ADstica%20do%20texto/Angelica%20Fonseca%20-%20EMO%C3%87%C3%95ES%20COMO%20PROCESSOS.pdf>
- Forma Klafke, G. (2015). “Os acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas (Brazilian Supreme Court's Decisions as Research Documents and their Distinctive Characteristics)”. *FGV Direito SP Research Paper Series*, 132. <http://bit.ly/2lvOIWD>
- Freitas, L. G. D. (2018). “A decisão do STF sobre aborto de fetos anencéfalos: uma análise feminista de discurso”. *Alfa: Revista de Linguística (São José do Rio Preto)*, 62, 11-34.
- Haverkate, H. (2006). “Aspectos pragmlingüísticos de la interrogación en español con atención especial a las secuencias de preguntas”. *Cultura, lenguaje y representación: revista de estudios culturales de la Universitat Jaume I*, 27-40.
- Hudson, R. A. (1975). “The meaning of questions”. *Language*, 1-31.

- Jacques, F. (1981). "L'interrogation force illocutoire et interaction verbale". *Lingue française*, 52, 70-79.
- Jorge Neto, N. de M. (2016). *A decisão judicial como ato argumentativo-pragmático*. Universidade Federal do Ceará. <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/23816>
- Kato, M. A. (2017). "O Supremo Tribunal Federal face às câmeras". *Derecho, gobernanza e innovación: Dilemas jurídicos de la contemporaneidad en perspectiva transdisciplinar*, 68-74. [https://www.academia.edu/33756466/O\\_STF\\_face\\_às\\_câmeras\\_pdf](https://www.academia.edu/33756466/O_STF_face_às_câmeras_pdf)
- Kerbrat-Orecchioni, C. (1997). "A multilevel approach in the study of talk-in-interaction". *Pragmatics*, 7(1), 1-20.
- Leal, S. T. (2009). "Caminhando sobre extremos: O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida – Estudo de casos". *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 1(1).
- Leclerce, J. J. (2017). "His words replete with guile, into her heart too easie entrance won". *E-rea. Revue électronique d'études sur le monde anglophone*, 15(1). <https://doi.org/10.4000/erea.5895>
- Maillat, D. (2017). "Les manipulations du discours de séduction: éclairage pragmatique". *E-rea. Revue électronique d'études sur le monde anglophone* 15(1). <https://journals.openedition.org/erea/5970>
- Mainqueneau, D. (2008). *A propósito do ethos. Ethos discursivo*. Contexto, 11-29.
- \_\_\_\_\_. (2010). *Doze conceitos em análise do discurso*. Parábola.
- \_\_\_\_\_. (2015). *Discurso e análise do discurso*. Parábola.
- \_\_\_\_\_. (2020). "L'ethos, de la rhétorique à l'analyse du discours". *Pratiques*, 18, 113-114. <http://dominique.mainqueneau.pagesperso-orange.fr/texte06.html>
- \_\_\_\_\_. (2020). *Variações sobre o ethos*. Parábola.
- de Moraes Godoy, A. S. "Direito e literatura: Vargas, o Estado Novo, a lei de Segurança Nacional e o *habeas corpus* em favor de Olga Benário Prestes. A história entre foices, martelos e togas". <https://jus.com.br/artigos/10245>
- \_\_\_\_\_. (2018). "O caso Olga, o *habeas corpus* invertido e o drama da misoginia jurídica". *Revista Consultor Jurídico*. <https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/embargos-culturais-olga-hc-invertido-drama-misoginia-juridica>
- Muniz, V. C. (2011). "O caso Olga Benario Prestes: um estudo crítico sobre o *habeas corpus* nº 26.155/1936". *Direito & Justiça*, 37(1), 36-60.
- O'Driscoll, J. (2017). "An interpersonal pragmatic perspective on seductive discourse". *E-rea. Revue électronique d'études sur le monde anglophone*, 15(1). <http://journals.openedition.org/erea/5908>
- Perelman, C. (1971). *Droit, philosophie et argumentation: inleiding voor de vergadering op zaterdag 11 december 1971 te's-Gravenhage*. Tjeenk Willink, 55, 3-21.
- \_\_\_\_\_. (1997). *El império retórico: retórica y argumentación*. Editorial Norma S.A.
- \_\_\_\_\_. (2000). *Lógica jurídica: nova retórica*. Martins Fontes.
- \_\_\_\_\_. (2002). *Ética e Direito*. Martins Fontes.
- Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (2020). *Tratado da argumentação: a nova retórica*. (3ª ed.). WMF Martins Fontes.
- Pinto, R., Cabral, A. L. T., & Rodrigues, M. D. G. S. (2016). *Linguagem e Direito: perspectivas teóricas e práticas*. Contexto.

- Pinto, A. G., Warrot, C. V., Cardoso, H. L., Duarte, I. M., & Sousa-Silva, R. (2021). "Detecção de linguagem tendenciosa em decisões judiciais". *Revista Da Associação Portuguesa De Linguística*, 8, 203-217. <https://doi.org/10.26334/2183-9077/rapln8ano2021a14>
- Piris, E. L., & Rodrigues, M. D. G. S. (2020). "Estudos sobre argumentação no Brasil hoje: modelos teóricos e analíticos". <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/1/6222>
- Pistori, M. H. C. (2001). *Argumentação jurídica. Da antiga retórica a nossos dias*. LTr.
- \_\_\_\_\_. (2008). *Persuasão e eficácia discursiva no direito: modos de ser, modos de dizer*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-06042009-171515>
- \_\_\_\_\_. (2012). "Persuasão e eficácia discursiva no direito: dois textos exemplares". *Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação*, 87-101.
- \_\_\_\_\_. (2018). "Ethos e pathos no discurso do Ministro-Relator do Supremo Tribunal Federal". *Bakhtiniana: Revista de Estudos Do Discurso*, 13(1), 71–93.
- Plantin, C. (2008). *A argumentação. História, teorias, perspectivas*. Parábola Editorial.
- Ruibal, A. (2020). "A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: Inovação na interação entre movimento social e Supremo Tribunal Federal". *Revista Direito e Práxis*, 11(2), 1166–1187.
- Schegloff, E. A. (2020). "Interaction: The infrastructure for social institutions, the natural ecological niche for language, and the arena in which culture is enacted". *Roots of human sociality*, 70-96.
- Seara, I. R. (Org). (2014). *Cortesia: olhares e (re)invenções*. Chiado.
- Searle, J. R. (1985). *Expression and meaning: Studies in the theory of speech acts*. Cambridge University Press.
- da Silva, J. A. (2000). *Curso de direito constitucional positivo*. (17ª ed.). Malheiros.
- Sorlin, S. (2017). "Vers une théorisation du discours séducteur". *E-rea*, 15(1) <http://journals.openedition.org/erea/5884>
- Souza, R. H. M. D. (2012). *A perspectiva retórica da decisão judicial*.
- Tomazi, M. M., & Cabral, A. L. T. (2017). "Argumentação e estratégias textual-discursivas em uma sentença absolutória: violência machista contra a mulher". *Language and Law - Linguagem e Direito*, 4(2), 50-71.

## **ANEXOS**

**ANEXO I. HC nº 26.155/DF**

**ANEXO II. ADPF nº 54/DF**