

Égina Glauce Santos Pereira

A ARGUMENTAÇÃO “PRÓ-VIDA” E “PRÓ-ESCOLHA” NAS AUDIÊNCIAS
PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: a relação entre *doxa* e *endoxa*

Belo Horizonte
2018

Égina Glauce Santos Pereira

A ARGUMENTAÇÃO “PRÓ-VIDA” E “PRÓ-ESCOLHA” NAS AUDIÊNCIAS
PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: a relação entre *doxa* e *endoxa*

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Linguísticos, da Faculdade de Letras da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de doutor.

Área de Concentração: Linguística do Texto e do Discurso

Linha de pesquisa: Análise do Discurso

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

Belo Horizonte
2018

Ficha catalográfica elaborada pelos Bibliotecários da Biblioteca FALE/UFMG

P436a

Pereira, Égina Glauce Santos.

A argumentação "pró-vida" e "pró-escolha" nas audiências públicas no Supremo Tribunal Federal [manuscrito] : a relação entre doxa e endoxa / Égina Glauce Santos Pereira. – 2018.
236 f., enc. : + 1 CD-ROM.

Orientadora: Helcira Maria Rodrigues de Lima.

Área de concentração: Linguística do Texto e do Discurso.

Linha de pesquisa: Análise do Discurso.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Letras.

Bibliografia: f. 226-236.

Inclui CD-ROM com o corpus da pesquisa.

1. Análise do discurso – Teses. 2. Persuasão (Retórica) – Teses. 3. Enunciação – Teses. 4. Discurso jurídico – Teses. 5. Linguística – Teses. I. Lima, Helcira Maria Rodrigues. II. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Letras. III. Título.

CDD : 418



FOLHA DE APROVAÇÃO

**A ARGUMENTAÇÃO “PRÓ-VIDA” E “PRÓ-ESCOLHA” NAS
AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: a
relação entre doxa e endoxa**

ÉGINA GLAUCE SANTOS PEREIRA

Tese submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em ESTUDOS LINGÜÍSTICOS, como requisito para obtenção do grau de Doutor em ESTUDOS LINGÜÍSTICOS, área de concentração LINGÜÍSTICA DO TEXTO E DO DISCURSO, linha de pesquisa Análise do Discurso.

Aprovada em 25 de junho de 2018, pela banca constituída pelos membros:

Prof(a). Helcira Maria Rodrigues de Lima - Orientadora
UFMG

Prof(a). Eliana Amarante de Mendonca Mendes
UFMG

Prof(a). Melliandro Mendes Galinari
UFOP

Prof(a). Carla Barbosa Moreira
CEFET-MG

Prof(a). Marcelo Maciel Ramos
UFMG

Belo Horizonte, 25 de junho de 2018.

À minha Olívia, motivo da minha
inspiração e do meu viver.
À Alda Pereira Cortes (*in memória*)

AGRADECIMENTOS

Este é um momento de agradecer a Deus pela força durante a caminhada. Posso dizer que foram longas horas em diálogo com Ele, entre continuar ou desistir. E aqui estou, concluindo mais uma fase. E assim começo:

Agradeço a minha orientadora, Helcira Lima, pessoa ímpar, que é, ao mesmo tempo, exigente e companheira. Essas palavras parecem contraditórias, mas não para ela. Só tenho a agradecer seu lado humano, sua compreensão pelas minhas inúmeras falhas, por reconhecer que somos capazes e tentar retirar o máximo da pesquisa e do ser humano por trás da pesquisa. Como cresci ao longo da caminhada, principalmente nos últimos meses. No processo, às vezes, perdemos a perspectiva, mas Helcira sempre esteve lá para colocar nos eixos a pesquisa e a “gente”, pois todos os seus orientandos recebem o mesmo tratamento cuidadoso, a mesma leitura apurada e o tratamento humano. Continue sendo quem você é, não perca sua essência. Peço lhe desculpas pelo final tumultuado e, por isso, agradeço mais uma vez. Por não ter palavras para externar todo o meu carinho e respeito, deixo para você um pensamento de Rubem Alves “Não havíamos marcado hora, não havíamos marcado lugar. E, na infinita possibilidade de lugares, na infinita possibilidade de tempos, nossos tempos e nossos lugares coincidiram. E deu-se o encontro”.

Agradeço a minha amada filha, fonte da minha força todas as vezes que eu pensava em desistir, por você, Olívia, eu me fortalecia e voltava à luta. Como diz o Riobaldo: “vida é noção que *a gente* completa seguida assim, mas só por lei de uma ideia falsa. Cada dia é um dia. E *a gente fica esperando* que a alegria haverá de chegar depois da formatura, do casamento, do nascimento, da viagem, da promoção, da loteria, da eleição, da casa nova, da separação, da aposentadoria... E ela não chega, porque a alegria não mora no futuro, mas só no agora” (RUBEM ALVES).

Aos meus familiares, que não me deixaram esmorecer, presente nas minhas dificuldades, sempre dispostos a acolher. Não tenho palavras para agradecer e reconheço todo o cuidado que me dispensaram nesse período, todo o apoio concedido não apenas a mim, mas a minha filha também. Vocês me fizeram sentir acolhida.

Agradeço aos amigos, que fiz durante o processo de doutoramento, e aos que reencontrei, por terem sido impulsionadores na caminhada, cada um a seu modo. Agradeço especialmente ao Daniel Monteiro, pelos encorajamentos, indicações bibliográficas e aos longos momentos de diálogo entre uma orientação e outra; à Bruna Toso, pelo suporte final. Não sei se conseguiria sem você, que surgiu como luz nas trevas; à Letícia Alves, pelas

discussões e pela produção conjunta; ao Rodrigo Seixas pelo carinho em tentar se desdobrar para me ajudar com o *Résumé*; à Bárbara e ao Fábio, pela acolhida com mensagens encorajadoras, sempre carinhosos e dispostos a serem “ouvidos”; a todos os integrantes do “Círculo de Helcira”, sejam os presentes atualmente e os que já “se foram”. Este se dá como um espaço acolhedor e as presenças ali permitiram diminuir a pressão da pesquisa, seja por uma mensagem, um texto crítico, uma indicação bibliográfica ou mesmo uma obra.

A minha amiga, Cândice Lisboa, só quem trilhou os caminhos comigo reconhece o sabor desse final. Amiga de todas as horas, nem a distância conseguiu afastar a presença, que continuou tão constante.

À Professora Eliana Amarante que acompanhou a pesquisa durante toda a caminhada, cuja disponibilidade e atenção excederam aos meros cuidados educacionais, fruto da pessoa que ela é. Meu muito obrigado por tudo.

Agradeço ainda ao Professor Marcelo Maciel, que, tão gentilmente, aceitou o convite de participar da minha qualificação e também se disponibilizou a avaliar o produto final. As primeiras considerações foram importantíssimas para o desenvolvimento da pesquisa.

Ao Professor Melliandro Galinari por se comprometer a participar da avaliação desse trabalho. Obrigado pelo tempo gratuito disponibilizado para a minha construção educacional.

À UFMG, ao Poslin e a todos os professores da área da Linguística do Texto e do Discurso pela oportunidade de prosseguir a minha trajetória acadêmica e de construir saberes.

Ao CNPq pela possibilidade de desenvolver a pesquisa subsidiada por uma bolsa de pesquisa, fez toda a diferença, pois o caminho da pesquisa é árduo, sem falar nas despesas;

Enfim, como afirma Roberto Shinyashiki, “Vencer não é competir com o outro. É derrotar seus inimigos interiores”. Venci os meus, contra tudo, eis a tese.

A palavra está, fundamentalmente, alienada ao outro como a imagem ao espelho, porque aquilo que procuro na palavra é a resposta do outro que me irá constituir como sujeito (BARTHES; MARTY, 1987, p. 47).

RESUMO

A contemporaneidade proporciona, em termos de teorizações e análises, uma vasta produção sobre retórica, uma vez que convivemos com valores cada vez mais pluralistas e com uma exigência cada vez maior de elaborar construções argumentativas para sustentar posições. No Direito, tal fato não é diferente, inclusive por causa da alteração metodológica na aplicação e na interpretação da norma, o que colabora para a construção de um ambiente argumentativo mais amplo, sendo necessária a inserção do valor como elemento de aplicação, além do fato e da norma. O objetivo da pesquisa é, nesse contexto, estudar os papéis desempenhados pela *doxa* na construção argumentativa dos proferimentos apresentados em audiências públicas (AP) das ações constitucionais – ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 3.510 e da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº54 –, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). No percurso da tese, pretendemos focalizar, primeiramente, o papel da *doxa* referente à legitimação que se produz nos proferimentos dos sujeitos envolvidos nas APs, construídos por discursos de autoridade que se fundamentam em uma *doxa* referente ao próprio STF. A partir deste, outro papel seria o de permitir a imbricação entre os discursos jurídico, político e social. Podemos considerá-la uma instância opinativa, consultiva e probatória, que permite à autoridade competente abrir espaço para que o máximo de pessoas, que possam sofrer os reflexos de tal decisão, tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. Na produção discursiva nas AP, no STF, utiliza-se de *endoxas* (discurso médico, biomédico, biológico, religioso, além do jurídico, que antes era único) para alcançar a sociedade (representativa da *doxa*). Encontramos um embate entre argumentação pró-vida e pró-escolha, buscando a legitimidade, por meio de elementos doxicos, visando alcançar a sociedade de um modo geral através de uma ampla divulgação dos proferimentos pela mídia, tanto em tempo real pela TV Justiça, como pela permanência na *internet*, no *Youtube*, dos debates ocorridos na AP. Isso se justifica porque as decisões do STF necessitam ser fundamentadas e legitimadas pela sociedade. Para que essas decisões se tornem legítimas, elas devem incluir uma participação ou uma compreensão social, requisito da democracia. A legitimidade é definida como função das AP em sede de controle de constitucionalidade nas normas que regulam esse procedimento. Para analisar como se dá a construção dessa legitimidade, observaremos quais são os elementos doxicos em jogo na construção dos argumentos nas AP e como eles interferem na construção dos lugares discursivos e diretamente no gênero AP no STF.

Palavras-chave: Audiência pública. Supremo Tribunal Federal. Argumentação. Legitimidade. *Doxa*.

ABSTRACT

The present time enables, in terms of theory and analysis, a broad production on rhetoric, once we coexist with growing pluralist issues as well as a higher demand for more elaborated argumentative constructions to support standpoints. Among Legal Studies it is not that different, especially because of the methodological changes which involve applying and understanding the norm, which cooperates to build a broader argumentative environment, becoming necessary to insert value as an element of application, besides the fact and the norm. This research aims, in the given context, to study the role of *doxa* in the argumentative construction of the pronouncements presented in Public Hearings (PH) of the constitutional actions –ADI (Direct Action of Unconstitutionality) n° 3.510 and ADPF (Claim of Breach of Fundamental Precept (ADPF) n°54 –, concerning the Brazilian Supreme Court (STF). Along the thesis, we intend to focus, first, on the role of *doxa* concerning the legislation which is produced on the pronouncements of the individuals involved in the PH, built by authority discourses which are based in a *doxa* related to the STF itself. A second role would be to allow an interconnection among legal, political and social discourses. It can be considered as an opinion, advisory and probative body, which allows the competent authority to open space so that the maximum number of people, who may suffer the consequences of such a decision, have an opportunity to manifest themselves before the outcome of the process. In the discursive production in the AP, in the STF, it uses *endoxas* (medical discourse, biomedical, biological, religious, as well as juridical, that was once unique) to reach society (representative of *doxa*). We find a clash between pro-life and pro-choice arguments, seeking legitimacy, through doxical elements, aimed at reaching society in general through a wide dissemination of the utterances by the media, both in real time by TV Justice, and by the permanence on the Internet, on Youtube, of the debates that took place in the AP. This explains why the decisions made by the STF need to be based and legitimated by society. For those decisions to be legitimate, they have to include the participation or the understanding of society, democracy requirement. Legitimacy is defined as the duty of the PH when it comes to constitutional control in the norms that regulate this procedure. To analyze how this legitimacy is build, we observe which are the elements of *doxa* involved in the creation of the arguments in PH and how they interfere in the creation of the discursive places and directly in the genre Ph in the STF.

Keywords: Public Hearing. Brazilian Supreme Court. Argumentation. Legitimacy. *Doxa*.

RÉSUMÉ

La contemporanéité fournit, au niveau de théorisations et d'analyses, une vaste production sur la rhétorique, puisque nous vivons avec des valeurs de plus en plus pluralistes et avec une exigence croissante d'élaborer des constructions argumentatives pour soutenir des positions. En Droit, ce fait n'est pas différent, aussi en raison du changement méthodologique dans l'application et l'interprétation de la norme, qui contribue à la construction d'un environnement argumentatif plus large, étant nécessaire l'insertion de la valeur comme élément d'application, outre le fait et la norme. L'objectif de la recherche est, dans ce contexte, d'étudier les rôles joués par la *doxa* dans la construction argumentative des énoncés présentés dans les audiences publiques (AP) des actions constitutionnelles - ADI (Action directe d'anticonstitutionnalité, en portugais) n° 3.510 et de l'ADPF (Argument de violation du précepte fondamental) n° 54 -, dans le cadre du Tribunal Fédéral Suprême (STF, en portugais). Au cours de la thèse, nous entendons nous concentrer d'abord sur le rôle de la *doxa* par rapport à la légitimation des énoncés des sujets impliqués dans les AP, construits par des discours d'autorité basés sur une *doxa* se référant au STF lui-même. De ce fait, un autre rôle serait de permettre le chevauchement des discours juridiques, politiques et sociaux. Il peut être considéré comme un organe consultatif, consultatif et probant, qui permet à l'autorité compétente d'ouvrir un espace de manière à ce que le nombre maximum de personnes pouvant subir les conséquences d'une telle décision puisse se manifester avant l'issue du processus. Dans la production discursive de l'AP, dans la STF, elle utilise les endoxas (discours médical, biomédical, biologique, religieux et juridique, autrefois unique) pour atteindre la société (représentant de la doxa). Nous trouvons un conflit entre les arguments en faveur de la vie et ceux en faveur du choix, en cherchant une légitimité à travers des éléments doxicaux visant à atteindre la société en général en diffusant largement les déclarations des médias, en temps réel par TV Justice. par la permanence sur Internet, sur Youtube, des débats qui ont eu lieu dans l'AP. Ceci est justifié parce que les décisions du STF doivent être fondées et légitimées par la société. Pour que ces décisions se deviennent légitimes, elles doivent inclure une participation ou une compréhension sociale, une exigence de la démocratie. La légitimité est définie comme une fonction des AP dans le contrôle de la constitutionnalité dans les normes qui régissent cette procédure. Afin d'analyser comment cette légitimité est construite, nous allons observer quels sont les éléments doxiques en jeu dans la construction des arguments dans l'AP et comment ils interfèrent dans la construction des lieux discursifs et directement dans le genre AP dans le STF.

Mots-clés: Audience publique. Tribunal Suprême Fédéral. Argumentation. Légitimité. *Doxa*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
AGU	Advocacia Geral da União
ANADEP	Associação dos Defensores Públicos
AP	Audiência Pública
CEMICAMP	Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CONAMA	Conselho Nacional de Meio Ambiente
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil HC Habeas Corpus
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
LIND	Lei de Introdução às Normas do Direito
MPU	Ministério Público da União
ONG Anis	Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PGR	Procurador Geral da República
RI	Regimento Interno
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RICD	Regimento Interno da Câmara dos Deputados
SBPC	Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UNE	União Nacional dos Estudantes

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: contextualização histórica, influências e atualidade	24
1.1 O PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO.....	26
1.2. O NASCIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	29
1.3 SISTEMAS FUNDAMENTADORES DA APLICAÇÃO DA NORMA NO DIREITO	33
1.4 O PAPEL POLÍTICO-JURÍDICO DO STF.....	38
1.4.1 <i>Legitimidade do STF como Tribunal Constitucional: uma análise frente ao tribunal alemão</i>	41
1.4.2 <i>Outras questões que envolvem o fator político-jurídico do STF</i>	44
1.5 A APLICAÇÃO DO DIREITO: QUESTÕES HERMENÊUTICAS	47
1.5.1 <i>Métodos de interpretação constitucional</i>	52
1.5.2 <i>Efeitos da Constituição aberta de Peter Häberle no nosso Ordenamento Jurídico</i>	58
1.6 O NOVO PANORAMA DEMOCRÁTICO QUE PERMITE A AUDIÊNCIA PÚBLICA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	60
CAPÍTULO 2 – O GÊNERO AUDIÊNCIA PÚBLICA	67
2.1 A SEMENTE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA: A ÁGORA GREGA.....	74
2.2 A AUDIÊNCIA PÚBLICA NO SISTEMA BRASILEIRO: UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO	80
2.3 DELIBERAÇÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	89
2.4 SITUAÇÃO DE COMUNICAÇÃO	103
2.4.1 – <i>As personagens da Audiência Pública: a identidade dos parceiros, o propósito e sua estruturação temática e as circunstâncias materiais</i>	106
2.4.2 – <i>O rito na AP</i>	114
CAPÍTULO 3 – ARGUMENTAÇÃO NAS APS	123
3.1 A ARGUMENTAÇÃO NA ESFERA JURÍDICA DAS APS	124
3.2 OS DISCURSOS EXTRAJURÍDICOS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA.....	133
3.3 OS VALORES NAS APS	135
3.6 A ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....	153
CAPÍTULO 4 – OS POLOS ARGUMENTATIVOS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA: <i>doxas e endoxas em jogo</i>	160
4.1 <i>DOXA</i> : O CONSTRUTO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA	160
4.2 AS <i>DOXAS</i> ENVOLVIDAS NOS DISCURSOS PRÓ-VIDA E PRÓ-ESCOLHA	167
4.2.1 <i>Os Discursos pró-vida e pró-escolha na ADI nº 3.510</i>	172
4.2.2 <i>Os Discursos pró-vida e pró-escolha na ADPF nº 54</i>	174
4.3 O DISCURSO RELIGIOSO NO DISCURSO JURÍDICO.....	186
4.4 UM RÁPIDO OLHAR SOBRE DIREITO DA MULHER NA HISTÓRIA.....	190
4.5 A RECONSTRUÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER: MARCO CRFB/88	195
4.6 A AUDIÊNCIA PÚBLICA NA DECISÃO JUDICIAL: A <i>DOXA</i> E A <i>ENDOXA</i>	201
4.6.1 <i>Legalidade e legitimidade como fim da decisão</i>	201
4.6.2 <i>O substrato dos votos dos relatores</i>	215
À GUIA DE UMA CONCLUSÃO	221
REFERÊNCIAS	226

INTRODUÇÃO

O objetivo da pesquisa é estudar os papéis desempenhados pela *doxa* na argumentação realizada em Audiências Públicas (APs) na Jurisdição Constitucional, portanto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (de agora em diante, STF). Destes papéis, dois nos interessam. O primeiro se relaciona à legitimação que se produz nos proferimentos e exposições dos sujeitos envolvidos nas Audiências Públicas (APs), construídos por discurso de autoridade. A partir desse primeiro, outro papel seria o de permitir a imbricação entre os discursos jurídico, político e social. O papel político e jurídico do STF permite essa imbricação, cujas APs podem ser referência. Isso porque as APs foram introduzidas pela norma com a perspectiva de gerar convencimento na sociedade a respeito dos argumentos extrajurídicos que irão subsidiar a decisão judicial (voto), buscando promover a legitimidade da decisão, como requisito para atender a soberania popular.

As APs, institucionalizadas no STF pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, embora tenham começado a ser realizadas apenas a partir de 2007, repercutiram bastante na sociedade, tendo em vista a divulgação nos meios de comunicação, em decorrência dos assuntos envolvendo as temáticas, que passaram a ser discutidas em vários espaços sociais. O STF buscou aproximar-se da sociedade, constituindo a AP, enquanto instância opinativa, consultiva e probatória, a fim de conhecer os assuntos extrajurídicos envolvidos nas ações de inconstitucionalidade e legitimar suas decisões pelo conhecimento disponibilizado para a sociedade através da ampla divulgação do ato jurídico. Assim, elas se constituem enquanto um Discurso Jurídico Constitucional e um ato judicial, que se realizará por deliberação, a fim de fornecer informação aos assuntos tratados nas ações de inconstitucionalidade, promovendo compreensão desses assuntos tanto para os ministros, a mesa¹, constituída pelo Procurador-Geral da República (PGR), Advogado Geral da União (AGU) e o ministro relator, e os presentes na AP, quanto para a sociedade.

Nesse diálogo, o relator estabelece os pontos controversos a serem abordados na AP pela decisão que instaura a AP, e, ao presidi-la, coloca tais pontos em discussão, vinculando os assuntos que não pertencem ao Direito ao universo jurídico. Por sua vez, os oradores/expositores apresentam seus pontos de vista sob perspectivas técnicas, científicas ou dogmáticas, representando parcelas da sociedade interessadas na decisão sobre a temática

¹ A mesa pode se alterar caso algum outro ministro compareça à AP.

proposta nas ações inconstitucionais a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

Dessa forma, as APs pluralizaram o processo de interpretação e de aplicação constitucional, o que permite a inserção de sujeitos sociais na Jurisdição Constitucional por um procedimento deliberativo como um ato processual. Com isso, procura-se estabelecer a representação democrática, com a finalidade de alcançar a legitimidade, que se funda, atualmente, em princípios constitucionais como a dignidade humana, a soberania popular e o princípio republicano, ou seja, em uma *doxa*² democrática e republicana, que reconhecemos nos argumentos que denominaremos de pró-escolha.

A motivação para a pesquisa se deu ao perceber que as APs são instituições democráticas, de cunho político, que estão sendo instituídas na Jurisdição Constitucional e que se formulam sem argumentos jurídicos diretos³, tendo em vista que a argumentação jurídica ocorrerá em outro momento processual⁴, sendo, pois, fundadas em argumentos extrajurídicos. A possibilidade de ter um instituto político, permitindo a abertura da Jurisdição Constitucional para representantes sociais interessados, que serão afetados pela decisão, direta ou indiretamente, a fim de proporcionar conhecimento e informação aos ministros, causava estranhamento no Discurso Jurídico⁵. Além disso, percebemos no desenvolvimento das APs argumentos de autoridade em decorrência do *ethos* prévio dos expositores/oradores e também a utilização de argumentos consequencialistas em decorrência dos argumentos extrajurídicos. Outro fator que motivou foi exatamente perceber que as APs utilizavam *endoxas* na tentativa de promover uma *doxa*. Isso porque as argumentações técnicas, científicas, entre outras, teriam o condão de subsidiar a decisão dos ministros do STF, mas também serviriam de fundamento social para a compreensão desses elementos na sociedade, que sofreria os reflexos jurídicos.

A norma instituída como função da AP legitimar as decisões da Corte. Entretanto

² A palavra *doxa* assume diversas perspectivas, como opinião pública, verossimilhança, conhecimento do senso comum, *idéias reçues*, estereótipo, cliché, segundo Amossy (2002a; 2002b). De um modo geral, no entanto, tudo o que é considerado verdade, ou pelo menos provável, por uma maioria de pessoas dotadas de razão, ou por um grupo social específico, pode ser chamado *doxa*. Amossy (2010) busca atribuir ao conceito de *doxa* e a seus correlatos, como “*topoi*”, “estereótipo”, “ideias consagradas”, “opinião partilhada”, “representações sociais”, entre outras, uma clareza, dada a universalidade dessas noções. Assim, relaciona a noção de *doxa* ou opinião comum, de um lado, aos conjuntos discursivos (discursos sociais ou interdiscursos) que a veiculam, e de outro lado, às formas discursivas particulares (representações sociais, estereótipos e *topoi*, que são os canais que lhe dão concretude).

³ Compreendemos que apesar da instância de produção o argumento seria extrajurídico.

⁴ Haverá, antes do julgamento, em Plenário, um momento para que as partes processuais apresentem suas razões jurídicas.

⁵ Mesmo existindo outras construções possíveis por outros personagens no Direito, como pelo perito em outras instâncias judiciais, nas ações de constitucionalidade era inovador, cuja ampliação dos sujeitos iniciou-se pelo *amicus curiae*, como se verá.

passamos a questionar se há verdadeiramente uma interferência dos valores discutidos com os valores utilizados para subsidiar as decisões. Quais são os valores em jogo nessa construção argumentativa? Em que eles se fundamentam? Como se constrói a legitimidade a partir desses valores (*doxa*)? Qual seria o papel do argumento de autoridade nesse sentido? Haveria uma argumentação consequencialista? Seria possível afirmar que a escolha por uma ou outra fonte seria pautada em um universo de valores específico do âmbito do Direito (*endoxa*)? Ou ela se pautaria em elementos concernentes aos imaginários que circulam em nossa sociedade (*doxa*)? A organização do procedimento argumentativo na Audiência Pública realmente pode levar à legitimidade da decisão para a sociedade? Não seria apenas um espetáculo com aparência democrática?

Como produzida no Discurso Jurídico, inicialmente, acreditamos que apenas uma legalidade formal, com os cumprimentos de requisitos legais seria o suficiente para a legitimidade da AP. Posteriormente, percebemos que a AP poderia possibilitar uma decisão transparente, cujo conteúdo fosse reconhecido socialmente pelos argumentos que a subsidiaram. E isto ocorreria, pois a autoridade competente (ministro relator) abriu espaço para que as pessoas que pudessem sofrer os reflexos dessa decisão fossem representadas⁶ e através disso tivessem oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo, mesmo que os oradores/expositores tivessem que ter permissão ou autorização prévia do relator para participar da AP. Isso é necessário, porque a Instância em que a AP é produzida, Jurisdição Constitucional, é um sistema controlado, institucionalizado e ritualístico, não podendo permitir a participação aos seus atos processuais sem controle.

No que se refere especificamente ao objeto da pesquisa da tese, foram selecionadas duas APs, realizadas nas ações de inconstitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 (ADI nº 3.510) e Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF nº 54), entre as 19 já realizadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), até o final de 2017. Salientamos que as duas escolhidas fazem parte das três primeiras APs realizadas antes de terem o rito e seu funcionamento regulamentado pelo Regimento Interno do STF (RISTF), o que ocorreu somente em 2009. Até a regulamentação, para conduzir as AP, foram adotados procedimentos regulamentados no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD). Isso foi possível, porque a AP é um instrumento político, utilizado pelo Legislativo para debater as proposições ali apresentadas junto à comunidade, que passou a ser utilizado pelo STF, com

⁶ Como estamos em uma Jurisdição Constitucional, foi necessário estabelecer regras para a participação, assim, seguiu-se o que estava já determinado na Constituição, ou seja, organizações sociais e entidades cuja atribuição de atuação envolve-se a temática discutida nas Audiências Públicas.

similaridade ao que ocorria no Legislativo.

Quanto às duas APs escolhidas para compor nosso *corpus*, temos a primeira AP realizada pelo STF, convocada pelo ministro Carlos Britto, relator da ADI n° 3510, ocorrida em 20 de abril de 2007, e a terceira AP referente à ADPF n° 54, realizada em quatro Sessões: dias 26 e 28 de agosto; 04 e 16 de setembro de 2008, de relatoria do ministro Marco Aurélio. As APs realizadas como ato procedimental da ADI n° 3.510 e da ADPF n° 54 fundamentaram discursos referentes a dois pólos argumentativos: pró-vida e pró-escolha, considerando a vida como ponto central em discussão, além das questões envolvendo a dignidade humana, direito de escolha, de intimidade, de liberdade, e outros. Assim, os expositores/oradores para defenderem a norma na ADI n° 3.510 utilizaram argumentos do conjunto pró-escolha constituídos de valores democráticos e republicanos integrantes da *doxa* para defender suas posições, exatamente como os valores inseridos pelo peticionário na Petição Inicial da ADPF n° 54. Em contrapartida, para defender a aplicação da norma na ADPF n° 54, utilizam argumentos pró-vida, como os utilizados pelo Procurador Geral da República (PGR) na interposição da ADI n° 3.510, com o fim de manter a *doxa* tradicional⁷, que integra uma moral religiosa historicamente considera a aceita pela maioria. Como verificamos, os objetos das ações são opostos, mas compreendem os mesmos valores discutidos, mantendo, assim a mesma temática. Além disso, permitiria inferir quais as *doxas* abordadas seriam semelhantes e, com isso, ao analisá-las, poderíamos estabelecer padrões sobre o gênero AP.

A ADI n° 3.510 teve como temática jurídica a impugnação ao artigo 5° da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), que permitiu a utilização de embriões para fins de pesquisa e terapia. Já a ADPF n° 54 teve como preceitos vulnerados o art. 1°, IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5°, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os artigos 6°, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, e, como ato do Poder Público causador da lesão, o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n° 2.848, de 7.12.40), questionando a possibilidade de punição pela prática de aborto dos médicos e das mulheres em relação à antecipação terapêutica do parto quando o feto fosse anencefálico. Tanto o conceito de anencefalia, quanto a possibilidade de antecipar o parto e a questão embrionária remetem, inicialmente, ao conceito de vida, além de envolver a dignidade da mulher, bem como seu direito de escolha. É por isso que os dois objetos de pesquisa retornam à esfera pública,

⁷ Essa polarização entre pró-vida e pró-escolha é identificada por nós respectivamente como *doxa* tradicional e *doxa*, considerando a modificação política-jurídica-social da institucionalização de uma Constituição que atribuiu valor jurídico a categorias que culturalmente não o detinham anteriormente, tais como: os direitos fundamentais das mulheres, inseridos nesses o direito ao próprio corpo, o direito a fazer escolhas, entre outros.

primeiro, em 2016, dialogando com a microcefalia (ADI n° 5.581), que questionava as políticas públicas voltadas para gestantes e crianças vítimas da epidemia do vírus Zika no Brasil; depois, em função da punição de aborto em terceiro (HC n° 124306/RJ); e, mais recentemente, com a possibilidade de descriminalizar o aborto até 12 semanas (ADPF n° 442).

Para a presente pesquisa, a perspectiva das dimensões discursivas permite compreender os efeitos no discurso e como as questões de legitimidade, do argumento de autoridade e do argumento consequencialista, que somente podem ser constituídos quando observamos o *ethos*, o *pathos* e o *logos*. Além disso, a hierarquia de valor é fundamental para compreender a *doxa*, pois, para Amossy (2006; 2010), os elementos dóxicos seriam a base fundamentadora de toda argumentação. Amossy (2010) afirma a importância do conjunto de valores, de evidências, de crenças, sem os quais o diálogo não poderia acontecer, ou seja, o discurso deve pautar-se por uma *doxa* comum, pela qual se busca a adesão pelo compartilhamento de pontos de vista, através da negociação das distâncias (MEYER, 2007; 2010; 2014).

Acreditamos que uma argumentação consequencialista possui importância nessa construção, em virtude dessa modalidade argumentativa apresentar o que resultaria da aplicação da escolha (ou não) de determinada proposição na sociedade concreta. Isso ocorre porque as deliberações legais são normativas, fixando padrões de comportamento para o mundo.

Compreendemos que o objeto a ser tratado nos moldes apresentados é inovador tanto no campo da Análise do Discurso quanto no domínio do Direito. Existem pesquisas nas duas áreas, mas não sob o viés da Retórica e da Argumentação com o objetivo de analisar como a *doxa* constitui-se como subsídio para um discurso de autoridade (*endoxa*) no gênero AP a fim de legitimar a decisão judicial promovendo alteração na *doxa*, aqui pensamos em questão de hegemonia, ou seja, qual *doxa* deveria existir quando pensarmos em um estado democrático de direito, qual deveria ser reforçada institucionalmente. Compreendemos que os discursos pró-vida, fundamenta-se em uma *doxa* tradicional, baseada em valores tradicionais da sociedade, valores concretos⁸, considerado como hegemônico no sentido de manutenção do ordenamento; e os pró-escolha subisidiam-se de uma *doxa*, cujos valores são oriundos dos princípios republicanos e democráticos, valores abstratos, por serem de sentido aberto, possuírem diretrizes principiológicas. Além disso, a importância para os estudos de

⁸ Os valores abstratos ao serem aplicados em determinada situação, torna-se concreto por representar não uma circunstância genérica, mas algo específico.

Argumentação e para o Direito reside em encontrar o que se considera o ideal de **razão e justiça**⁹ nas relações de argumentação, pois a aplicação da lei não é maquinal e a linguagem utilizada como meio vem inserida de valorações, principalmente quando se discute a constitucionalidade da norma. A AP, inserida nesse contexto, constituída partir de valores, é parte da prova para auxiliar nesse ideal de razão e justiça na interpretação do STF a respeito da constitucionalidade da norma.

A presente pesquisa ampliará os estudos sobre Retórica, Argumentação e os campos jurídicos ao se analisar a AP como gênero produzido no Discurso Jurídico Constitucional, mas com características próprias, entrelaçando os gêneros aristotélicos, bem como suas funções discursivas, através dos elementos dóxicos, permitindo a transdisciplinariedade entre a Retórica, o Direito, a Linguística e a Argumentação. Não podemos deixar de considerar, como já dito, que o Discurso Constitucional é produzido institucionalmente, mas possui um alcance político-social maior do que as decisões monocráticas¹⁰. Isso porque, como já dissemos, a AP não se comporta apenas como um discurso jurídico, mas também como um discurso político e social, caracterizado pelo seu papel de legitimação da “voz decisória” do STF junto à sociedade.

A construção argumentativa baseada em argumentos extrajurídicos faz com que os diferentes mundos sejam trazidos para o interior da AP pelas *endoxas*. E mesmo que a decisão proferida pelo ministro relator siga inicialmente uma lógica jurídica¹¹, na qual as decisões deveriam ser imparciais¹², no âmbito da AP, a emoção¹³ é subsídio para conquistar a adesão do público em geral e, conseqüentemente, a legitimidade.

⁹ Compreendemos a noção de razão e justiça, pensando na razão construída no âmbito do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que escapa às certezas do cálculo, permitindo uma revisão das decisões e a possibilidade de adesões ou não. MacCormick (2006), completa a ideia, pois admite que existem premissas normativas fundamentais que não são produto da cadeia de raciocínio lógico, mas de questões afetivas, na maioria das vezes moldadas pelo aspecto social, que justificam a existência de divergências morais fundamentais.

¹⁰ Trabalho de dissertação apresentado pela autora ao POSLIN, em 2006, intitulado: “Retórica e Argumentação: mecanismos que regem a prática do discurso jurídico”.

¹¹ Não se refere à lógica jurídica de aplicação do direito denominada como silogismo jurídico ou outros elementos para a colmatação, ou seja, para preenchimento das lacunas, pois ultrapassado o preceito norma e fato, que abre espaço para o preceito norma, fato e valor. Além disso, no Direito Constitucional, as questões principiológicas são utilizadas para a justificação das decisões, que normalmente passam pela noção de *hard causes*, na qual é possível a aplicação de princípios constitucionais (norma-princípios) em conflito para determinada situação e essas continuarem em validade no Ordenamento Jurídico, o que não ocorreria se fosse uma norma-regra. Isso porque os princípios são o fundamento do Ordenamento Jurídico e as normas deles decorrem, se a norma não reproduziu bem os conceitos do princípio que a originou não deve permanecer no sistema jurídico.

¹² Compreendemos que a imparcialidade é um efeito produzido nas audiências pela *doxa*. Para saber mais, cf. PEREIRA; VIEIRA (2015).

¹³ A abordagem da emoção na presente pesquisa explica-se pelo próprio *corpus* e se dará pela análise dos elementos clássicos da Retórica, pelas operações retóricas e pela dimensão argumentativa.

Em decorrência do caráter educacional¹⁴ que a AP assume é necessária a amplificação dos valores ali debatidos, que compreendemos que ocorrerá através do gênero epidíctico ou demonstrativo, o qual, para Aristóteles, era empregado pelo orador para ressaltar qualidades ou defeitos do que ou de quem lhe interessava, ou seja, o núcleo é axiológico, interligado a valores. Compreendemos também que o gênero AP é híbrido em sua construção, pois é um gênero deliberativo, instituído no gênero judiciário, demarcado pelos rituais deste último, abarcando os “lugares comuns”, dos três gêneros estabelecidos por Aristóteles.

Percebemos que a visibilidade proporcionada pela ampla divulgação pela mídia, tanto em tempo real pela TV Justiça, como pela permanência na *internet* pelo site do *Youtube*, das deliberações ocorridas nas APs, consolida o caráter formador de opinião necessária a legitimidade das decisões do STF, no sentido de se buscar o entendimento amplo sobre o debatido nas APs na sociedade. Também compreendemos que é uma forma de legitimidade precária, inicial, tendo em vista que nossa sociedade ainda não se amolda ao conhecimento necessário para participar ativamente do processo decisório, nos moldes que prevê as teorias procedimentalistas de Habermas (2003) e Häberle (2007). Assim, inicialmente, teríamos realmente uma legitimidade formal, praticada pelo cumprimento dos ritos legais definidos, mas que se amplia quando os procedimentos passam a ter visibilidade perante a sociedade pelos instrumentos de mediatização. A mediatização amplia o auditório, assim, os valores em diálogo, seja elementos dóxicos ou raciocínios dóxicos, necessitam fundar-se em valores abstratos, amplos o suficiente para serem reconhecidos por qualquer um e não apenas determinado grupo, tendo em vista a constituição de um auditório universal perelmaniano. Apesar disso, há valores concretos sendo construídos como se fossem universais nas APs, buscando a identificação com os valores sociais e a identificação dos sujeitos, como percebemos na *doxa* tradicional que vem embebida de uma moral religiosa que se perpetua culturalmente na sociedade brasileira.

Consideramos a AP uma grande *ágora* grega na nossa sociedade, onde se debate os valores mais caros à sociedade, vinculados a políticas públicas fixadas por decisão judicial. Compreendemos que há similaridades e não uma identidade quanto a *ágora*, que nos permite reconhecer traços da *ágora* grega, resguardando-se as questões históricas. Assim, é importante compreender a AP como um discurso que deveria centrar-se em *endoxa*, por ser argumentos constituídos por um grupo seletivo na sociedade que possui um saber, e incorpora

¹⁴ O caráter educacional tem a ver com o processo expositivo e o meio didático com os quais os oradores buscam apresentar suas exposições a fim de torná-las didáticas e de fácil assimilação por qualquer pessoa.

doxas em sua construção para alcançar a adesão da sociedade e gerar uma *doxa* que deve representar a efetivação da Constituição e de seus princípios¹⁵.

A instauração da AP no STF permite perceber a argumentação como um instrumento para a realização e efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais com a inclusão da sociedade como auditório amplo (ainda que de forma indireta) e legitimador através da defesa dos direitos das minorias e dos excluídos, permitindo uma reformulação na ordem social pelo jurídico, servindo como instrumento de mudança ao invés de reforço dos valores conservadores, lugar comum do Direito. Isso porque nas APs há o resgate de valores que fomentam as diversas representatividades sociais. Para desenvolvermos a pesquisa desenvolvemos a tese em quatro Capítulos.

A fim de concretizar as intenções da presente pesquisa, dividimos a escrita em uma introdução, quatro capítulos e a conclusão.

No Capítulo 1, identificamos o “lugar discursivo” em que as APs analisadas ocorreram para compreender a necessidade do STF, com Corte Constitucional, buscar um instrumento, cuja função normativa seria promover legitimidade, para realizar sua atividade jurisdicional: decidir. Assim, apresentamos um percurso histórico sobre o próprio Direito, a criação do STF, quais os sistemas jurídicos interferem nas decisões. Discorremos sobre a necessidade de legitimidade, decorrente da modificação de paradigmas, que permitiu a inserção de institutos democráticos na Jurisdição Constitucional. Em uma sociedade constitucional, em que há vários centros de poder, a argumentação é o meio pelo as pessoas são persuadidas a cumprir decisões por compreender o porquê elas foram prolatadas/ditas daquela maneira e não de outra.

No Capítulo 2, buscamos demarcar as características do gênero AP, como gênero do discurso, instituindo-a como um gênero híbrido: jurídico (STF pertence à Organização Judiciária); deliberativo (participação popular), além disso, epidíctico, como amplificador dos valores que permeiam a argumentação pela *doxa*, no caso específico, a argumentação na AP se dá pelos três misturando-se os lugares discursivos, acreditamos que isso se dá pelos valores envolvidos na deliberação. Sabemos que na modernidade é possível ampliar as categorias aristotélicas, mas nela nos embasaremos na nossa pesquisa. A necessidade de legitimação insere a AP no domínio do discurso social pela apropriação da *doxa* na sua construção. Os gêneros do discurso determinam os “lugares de palavra” – lugares sociais – que resultam da maneira como uma sociedade estrutura, institucionalmente, a prática social em grandes

¹⁵ Esses conceitos são utilizados em conformidade com a doutrina aristotélica.

setores de atividade: o político, o religioso, o jurídico, o científico, o educativo, entre outros. O gênero AP é produzido com critérios regulativos jurídicos, específicos de justificação, tanto para sua realização quanto para os oradores/expositores e interlocutores que delas participaram. A situação comunicativa da AP assemelha-se tanto a uma praça pública, como a uma reunião de especialistas, que é instaurada por uma *stasis* definida a partir da decisão do ministro relator da ação de inconstitucionalidade de instaurá-la por necessidade de conhecimento sobre a temática. Apesar da AP ser instaurada com a finalidade expositiva/informativa, em que o embate seria apenas de ideias, verificamos transgressões constantes às condições de produção do gênero (contrato comunicacional), que implicam na interferência do relator, figura de autoridade que rege a AP.

No Capítulo 3, discutimos uma nova racionalidade argumentativa presente nas teorias argumentativas modernas, partindo da nova retórica perelmaniana. Compreendemos que a argumentação jurídica utiliza os mesmos recursos de qualquer argumentação geral, diferindo apenas quanto a algumas características decorrente do discurso jurídico. Desenvolvemos a perspectiva de uma argumentação fundada em juízos de valor, na qual há certa argumentatividade em qualquer produção, que proporcionaria redução de distâncias necessária na modernidade por adesão ou não aos valores na argumentação. Nesse Capítulo ainda observamos que nas APs os argumentos de autoridade, bem como os argumentos consequencialistas subsidiam a argumentação, bem como as dimensões argumentativas e as operações retóricas permitem a análise dos discursos produzidos nas APs. A argumentação é constituída por valores culturais, religiosos ou políticos, através de argumentos extrajurídicos a partir de argumentos técnico, científicos e dogmáticos. O valor do sagrado é flexibilizado, refletindo no valor concreto referente à religiosidade no imaginário brasileiro, por argumentos de cunho consequencialista, tendo em vista o posicionamento dos relatores de que não haveria valor intrínseco em algo que não é compreendido como vida, o qual não deve ser protegido independente de qualquer situação.

No Capítulo 4, partimos da construção da definição de doxa para compreendermos as doxas envolvidas nas APs. É a doxa que promoveria a legitimidade por valores compartilhados socialmente, mas que pelo lugar de instauração da situação de comunicação precisa ser reestruturada em uma *endoxa* jurídica para que a autoridade e legitimidade da Corte seja reafirmada.

Verificamos que para alcançar uma sociedade democrática é necessário proteger os valores mais abstratos em detrimento dos valores concretos e isso em situação de aplicação em que a concretude não pode representar valores contrários aos instituídos como princípios

constitucionais. Analisamos a noção de legitimação e legalidade por reconstruções representativas da sociedade nos discursos pró-vida e pró-escolha, que envolvem valores tradicionais de cunhos focados em construções anteriores à Constituição de 1988 e valores democráticos fundados nos princípios constitucionais, respectivamente.

À guisa de uma conclusão, percebemos, então, que as razões das decisões proferidas pelo STF devem, ao menos ser compreendida pela comunidade, e, acreditamos, que nesse processo discursivo, uma semente democrática encontra-se plantada, não na igualdade de participação, que inclusive não ocorre sequer nos modelos gregos, já que nem todos tinham poder de fala naquela sociedade, mas pela busca de uma legitimidade que não seja apenas institucional, mas uma legitimidade pelo reconhecimento de valores, cuja *endoxa* (produzida nas AP,s) transformam-se em *doxa* pelos diálogos sociais possíveis, e podem promover a mudança nos discursos sociais e novamente em *endoxa* jurídica para servir de condução da sociedade.

CAPÍTULO 1 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: contextualização histórica, influências e atualidade

Mas é preciso falar dos colibris. Pássaros mágicos: fazem o que nenhum outro pássaro faz. As flores, temerosas, se oferecem ao amor mas não se arriscam, raízes fincadas no chão. Os colibris, ao contrário, levitam, flutuam no ar, namoram a flor amada por um instante, para logo introduzir nos seus lugares doces seus longos bicos, num efêmero momento de prazer. Rubem Alves.

Observamos a partir de 2008, ministros do STF articulados, emitindo opiniões com o objetivo de apresentar à sociedade questões até então resolvidas internamente com os procedimentos judiciais tradicionais. A mudança de comportamento representa a modificação de perspectivas do Tribunal, inclusive com a instauração da primeira AP, fruto de uma série de modificações que serão apresentadas no desenvolver desse Capítulo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) trouxe a reabertura democrática e com esta a inserção de diversos mecanismos de participação popular na Administração Pública, inserindo o cidadão na própria execução de atividades do Estado ou na construção dos processos decisórios, isso trás consequências diretas para os processos decisórios do Estado como um todo, como a própria inserção da AP como processo deliberativo social. Acreditamos que a AP na Jurisdição Constituição é parte desse processo de abertura democrática, ainda que, como veremos, será limitada aos participantes permitidos pelo relator.

A reabertura democrática estava em conformidade com o momento mundial do constitucionalismo e preconizava o que denominamos de neoconstitucionalismo, surgido a partir da Segunda Guerra Mundial, o qual trouxe consigo o Estado Democrático de Direito¹⁶.

Após a Segunda Guerra as constituições começaram a ter um conteúdo mais amplo, desvinculando-se da mera estruturação do Estado, o que levou uma visão diferente do papel da Constituição. Atualmente no mundo dos sistemas jurídicos legislados, as constituições passaram a ter significado mais relevante e eficácia muito mais ampla (PEDRA, 2003, p. 12).

Assim, observando a eficácia constitucional, vê-se que o Estado Democrático de Direito¹⁷ à luz do neoconstitucionalismo será positivado, interpretado dentro de uma visão

¹⁶ Ocorreram modificações, assim, inicialmente existia o Estado da Política, logo em seguida, com o Constitucionalismo Moderno, passou a existir o Estado de Direito, que, a princípio, era o Estado Liberal de Direito que evoluiu para o Estado Social de Direito e atualmente tem-se o neoconstitucionalismo com o Estado Democrático de Direito.

¹⁷ Insta salientar que ocorreram modificações assim, inicialmente existia o Estado da Política, após com o Constitucionalismo Moderno passou-se a existir o Estado de Direito, que a princípio era o Estado Liberal de Direito que evoluiu para o Estado Social de Direito e atualmente tem-se o neoconstitucionalismo e o Estado Democrático de Direito.

democrática de participação, com novos valores sendo fixados nas ordens jurídicas e políticas dos Estados, é no sentido dessas transformações políticas e jurídicas, que:

O marco histórico do novo direito constitucional, **na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra**, especialmente na Alemanha e na Itália. **No Brasil, foi a Constituição de 1988** e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos. A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, **redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política**, que atende por nomes diversos: **Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático** (Grifos nossos) (BARROSO, 2006, p. 03).

Com a redefinição do lugar da Constituição para o centro do sistema jurídico¹⁸, as instituições precisaram se remodelar com a nova ordem a fim de se adequarem a nova perspectiva, pois o neoconstitucionalismo visa “reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta **três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico**” (BARROSO, 2007, p. 2) (Grifos nossos). Assim, para os **três marcos**, temos respectivamente: primeiro, o **neoconstitucionalismo**; segundo, **as três modificações do pensamento convencional relativamente à aplicação do Direito constitucional**: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional; terceiro, **pós-positivismo** (BARROSO, 2006). Cada uma dessas constituições do marco teórico interferiu diretamente nas modificações de aplicabilidade do Direito e da Hermenêutica Jurídica. Além disso, o marco histórico e o marco filosófico podem ser verificados no trecho abaixo citado da exposição realizada pelo ministro relator, Carlos Britto, ao proferir seu voto na ADI nº 3.510, quando assenta suas razões exatamente no pós-positivismo,

É assim **ao influxo desse olhar pós positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material**, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo **aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé**. É como voto. (STF, 2008a, p. 71) (Grifos nossos).

¹⁸ Segundo Tepedino (2000, p. 13), “Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”.

A partir dessas vozes, podemos verificar que a atual ordem jurídica brasileira foi pautada em um momento histórico importante para o Direito Constitucional mundial e que reflete na nossa sociedade de forma direta.

Agora, a sociedade não possui apenas direitos e garantias fundamentais, ela deve participar do processo de positivação, interpretação e aplicação do Direito. Mesmo que não se efetive na realidade, é o ideal que se busca por uma perspectiva democrática. O Direito somente deveria ter sentido se ele fosse legitimamente positivado, interpretado e aplicado. É isso que se determina como Estado Democrático de Direito, que está em vigor no nosso país, mas como bem determina Streck (2006, p. 1):

Em tempos de enfrentamento entre neoconstitucionalismo e positivismo (e os vários positivismo) e tudo o que isso representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: **como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição** (Grifos nosso).

Há mesmo um espaço sendo disputado pelo Neoconstitucionalismo (Pós-positivismo) e pelo Positivismo enquanto realização do Direito. Percebemos que é pela análise dos conteúdos linguísticos e situacionais que podemos perceber se a interpretação e aplicação do Direito se encontram em conformidade com os bens jurídicos coletivamente protegidos, além de verificar se está sendo alcançada a resposta em conformidade com o Ordenamento Jurídico integralmente.

Pensando nessas questões, importante compreender como ocorreu essa transição no processo histórico brasileiro.

1.1 O processo de democratização

Começa em 1985, o procedimento de fixação da ordem jurídica existente, o qual se iniciou com o ato do Executivo editando a Emenda Constitucional n.º 26, fato aguardado com ansiedade e que culminou na convocação da Assembleia Nacional Constituinte. Essa somente se concretizou com as eleições de 1986, quando se elegeram deputados federais e 2/3 dos senadores para comporem o Congresso Nacional, os outros 1/3 do Senado ainda era composto pelo legislativo indicado pela Junta Militar. Verificamos que, de certa forma, durante todo o momento de transição, foi necessário existir certo consenso político-jurídico para a formulação da Constituição Brasileira de 1988, que agregou adesão por livre e espontânea

vontade de grupos políticos majoritários e minoritários, inclusive da sociedade civil. Lógico que não foi um processo simples e que as discussões foram acirradas, a “redemocratização” abriu um espaço de disputa entre os grupos que até hoje não foi superado, apesar do texto constitucional se encontrar em vigência desde então. Podemos afirmar que para os grupos minoritários ocorreram mais vitórias estratégicas do que consenso propriamente dito.

Cabe salientar que a transição do governo autoritário citado, é anterior à 1985, quando ainda regido pela Constituição de 1967, e para que a nova ordem hoje fosse estabelecida, fez-se por um governo de direito¹⁹, cuja instalação seguiu as normas vigentes naquele momento.

Todo esse processo de transformação permitiu o renascimento do Direito Constitucional no Brasil:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, **no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988**. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, **a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito** (BARROSO, 2006, p. 03) (Grifos nossos).

Nesse contexto, a substituição da violência passou para o processo discursivo em que o diálogo se torna essencial para decisões, bem como a fixação de um corpo de direitos fundamentais extenso com a função de ser aplicado tanto como proteção à sociedade, quanto como delimitação do poder do Estado.

Nesse ponto, a sociedade passou a ser considerada e compreendida como uma formação pluricêntrica, tornando-se sujeito de direito para exercer o poder conjuntamente com o Estado, que, como consequência, passou a ser apenas mais um centro da ordem pública pela existência de vários centros de poder. Assim, sujeito dentro da sociedade não é apenas o destinatário final das atividades do Poder Público, mas é também o titular de direitos e garantias e suporta deveres a ele imputados.

O sujeito social, nessa ordem, é um elemento ativo da democracia brasileira, através do seu direito de participação, por isso o artigo 1º da CRFB/1988 imputa a cidadania como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, bem como o exercício do poder ao

¹⁹ O governo de transição é aquele responsável por desconstituir a ordem jurídica vigente e constituir a nova ordem, o que pode ocorrer de duas formas: a primeira seria o governo de fato, que se instala independente da ordem que existe, é o que ocorre normalmente nos golpes como os ocorridos no Brasil em 1824, 1891, 1934 (1930), 1937, 1946 e 1967; e a segunda seria o governo de direito é aquele que segue a ordem para chegar ao poder como ocorreu com a eleição indireta, que foi um consenso entre os governantes militares e a oposição, ainda que o fim seja a desconstituição da ordem vigente mais a frente.

povo, por seus representantes²⁰. Compreendemos que o nosso objeto, a AP, poderia ser incluído na participação da sociedade nas ações do poder público, uma vez que ela está intimamente ligada à questão da legitimidade dos poderes nas esferas possíveis de realização (legislativo, executivo e judiciário). Isso porque o processo democrático na nossa sociedade é feito por democracia indireta, portanto, o poder emana do povo, mas realizável por alguém imbuído de poder proveniente desse povo, a AP é uma das formas de participação direta nessa democracia indireta, como participação social. Apesar de apenas determinados agentes sociais (entidades e organizações sociais) representativos de grupos sociais, cujos integrantes serão atingidos pela decisão judicial de forma direta, poderem participar das APs, já é um avanço em termos de participação social, pois compreendemos que os debates desenvolvidos nas APs promovem o pensamento crítico a respeito do tema no seio social. Inclusive, nas APs analisadas várias pessoas que estariam diretamente envolvidas são citadas nas exposições ou trazidas para testemunhas dentro do espaço de tempo concedido para os oradores.

Para exercer essa democracia indireta, o nosso sistema vincula-se a legalidade, em que a norma jurídica é referencial para apreciação ética do poder e deve cristalizar valores vigentes na sociedade, permitindo, assim, a transposição da legitimidade. O STF, como instituição jurídica, possui uma construção histórica-social que necessita ser resgatada para que possamos compreender melhor a estrutura e o funcionamento institucional da AP. Isso porque o STF é o guardião dos valores jurídicos e sociais partilhados pela ordem política, jurídica e social instaurada em determinado momento, mas a representatividade institucional perpassa esses momentos históricos reconstruindo-se em valores atualizados pela vontade social.

Seguindo a perspectiva de projetar uma compreensão ampla de nosso objeto de pesquisa, apresentaremos rapidamente a Organização Judiciária no Brasil Colônia, quando há a criação da Casa de Suplicação, com a transferência das atribuições de Tribunal semelhante na Metrópole (Portugal).

²⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos Termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

1.2. O nascimento do Supremo Tribunal Federal (STF)

Mas é preciso que se diga que andar também faz bem à alma. A alma é o cenário onde os pensamentos caminham. Os pensamentos que não caminham ficam doentes à semelhança do corpo que não caminha.
Rubem Alves.

O STF faz parte integrante da Organização Judiciária e do Poder Judiciário e sua história iniciou-se já no período colonial, aplicando-se as normas portuguesas, quando a atividade jurídica era praticada nas Relações, uma no Rio de Janeiro e outra na Bahia (o primeiro Tribunal do Brasil), e nas Juntas de Justiça. Todo o procedimento ocorria sob a orientação de Portugal, lugar em que os recursos das decisões proferidas deveriam ser analisados na Casa de Suplicação, Corte de Apelação, instalada em Lisboa.

As invasões napoleônicas na Europa ocasionaram a mudança da casa real portuguesa para o Brasil, em 1808, o que gerou a necessidade de mudanças na Organização Judiciária brasileira. Em maio desse ano, o príncipe regente, D. João VI, criou a Casa de Suplicação, com sede no Rio de Janeiro, suprimindo a dificuldade de remeter os recursos à metrópole. O embrião do STF nasce aqui, pois a competência atribuída à Casa de Suplicação era a mesma de sua similar em Lisboa, ou seja, o julgamento de pleitos em última instância sem que fosse possível o cabimento de recurso contra suas decisões, como Corte de Apelação. Reconhecemos nessa competência uma das competências atuais atribuídas ao STF, desde que envolvam questões constitucionais, pois questões normativas ficam vinculadas ao Superior Tribunal de Justiça²¹.

Em 1828, a Casa da Suplicação foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, instalado em janeiro de 1829, apesar de aquela ainda funcionar até 1833²², e da Constituição de 1824 já trazer em seu bojo o artigo 163:

Na Capital do Império além da Relação que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também **um Tribunal com a denominação de — Supremo Tribunal de Justiça — composto de Juízes Letrados tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho.** Na Primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles, que se houverem de abolir (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824) (Grifos nossos).

²¹ “Há argumentos no sentido de que mesmo existindo o STJ a função do STF ainda estaria diluída em outras atividades reduzindo a atuação da forma esperada de uma Corte Constitucional “Em que pese a criação do STJ, que contribuiu para uma otimização da prestação jurisdicional constitucional pelo STF, este Tribunal **ainda se vê atolado num grande número de competências de menor abrangência, que tanto deturpam sua condição de Corte Constitucional, como impedem o aprimoramento e desenvolvimento de uma jurisdição constitucional a contento**”(NÓBREGA, 2009a, n.d.) (Grifos nossos). A questão da condição de Corte Constitucional será tratada mais a frente nesse mesmo Capítulo.

²² “Quando se estabelece o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (poder-se-ia comparar a situação do Tribunal Federal de Recursos, que foi, com o advento da Constituição de 1988, substituído pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, respectivamente)” (DIREITO, 2012, p. 257).

Observamos a criação do novo Tribunal e a permissão de aproveitamento de juízes da Casa de Suplicação do Brasil, o qual tinha a previsão de 17 membros, sendo composto por 12 naturais do Brasil e 05 portugueses. Interessante ressaltar que em sua composição havia até um monsenhor, o que significava que os vínculos entre a Igreja e o Estado eram fortes, mas tal fato não é novidade, tendo em vista que a Constituição de 1824 trazia a Igreja Católica²³ como religião oficial do Estado²⁴. Curiosamente, os ministros recebiam o tratamento de “Majestade” por determinação do alvará de 1797, abolido pelo Decreto 25 de 1890, demonstrando a aproximação entre a função do juiz e a nobreza (DIREITO, 2012).

Apesar do Supremo Tribunal de Justiça ter sido criado apenas como Corte de Apelação, havia a possibilidade de torná-lo Corte Constitucional, semelhante à Suprema Corte americana. Em 1888, D Pedro II enviou dois conselheiros a Washington para estudar esse Tribunal (BOSSON, 2002, *apud* DIREITO, 2012). E, mesmo sendo obra da República, sua forma de atuação vinha sendo pensada pela Monarquia:

Em julho de 1889, indo Salvador Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: Estudem com cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington, creio que nas funções da Corte Suprema esta o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nos **as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa constituição ficaria esta melhor** (RODRIGUES, 1991, p. 1) (Grifos nossos).

Como percebemos o anseio para acompanhar o tribunal estadunidense já se movia anteriormente à República e era visto como uma forma de melhorar a situação política jurídica naquele momento, fato confirmado em 1890, pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro, documento que permitiu aproveitar os ministros do antigo Supremo Tribunal de Justiça. Acreditamos que isso tenha causado prejuízo ao exercício das novas funções, em decorrência da manutenção da mentalidade dos ministros, ainda muito envolvidos com o sistema monárquico.

Assim, como a criação do STF, já com essa denominação, teve inspiração na Corte Suprema americana, tinha também que acompanhar o propósito daquela que seria proteger os direitos fundamentais individuais dos cidadãos brasileiros contra os eventuais abusos do

²³ Art. 5º A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo (SIC) (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824).

²⁴ A questão da religiosidade é um ponto importante da tese e será abordada em item a parte Capítulo 4.

Poder Executivo, funcionando como freio. Isso era importante à época, tendo em vista a nova forma de governo que se instalava: a República.

Destaca-se, pelo que foi dito até agora, que a primeira função do Tribunal de origem do STF não foi a de Corte Constitucional, mas sim a de Corte de Apelação ou Tribunal de Recursos. Posteriormente, foi inserida outra função no STF, por influência da Corte americana, já na primeira República. Com isso, temos o sistema misto, que hoje regula as atividades do STF. Nesse sistema, temos dois tipos de controle de constitucionalidade que podem ser identificados como controle de constitucionalidade difuso/concreto e controle de constitucionalidade concentrado/abstrato. A diferença entre esses controles se dá em razão de quem poderia realizar o controle. O controle de constitucionalidade difuso/concreto poderia ser realizado por qualquer magistrado dentro do sistema judiciário brasileiro, ao passo que o controle de constitucionalidade concentrado/abstrato somente poderia ser realizado pelos juízes no STF.

O efeito de ter dois sistemas de controle de constitucionalidade aplicado por órgãos jurisdicionais diferenciados é um dos questionamentos sobre a perspectiva do STF não ser considerado uma verdadeira Corte Constitucional²⁵ nos moldes do sistema europeu. Isso porque as Cortes Europeias, como exemplo, a Corte alemã, detêm o monopólio do controle de constitucionalidade, seja na forma abstrata/concentrada ou na forma difusa/concreta²⁶, evitando que mais órgãos sejam capazes de realizar tal juízo de valor.

O controle difuso de constitucionalidade como é feito no Brasil é influência do sistema americano, e ocorre quando a apreciação da questão constitucional (controle de constitucionalidade) é efetuada por qualquer juiz ou tribunal de forma difusa. Isso coloca o STF como parte do Poder Judiciário, que poderá analisar em fase de recurso as questões decididas por outros órgãos do Ordenamento Jurídico, mantendo-se as atribuições da Casa de Suplicação de 1808 até os dias atuais.

A República trouxe mais inovações, assim a Constituição republicana de 1891 previa o seguinte em seus artigos:

Art. 55 — O Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

Art. 56 — O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, n° 12, **dentre os cidadãos de notável saber e reputação**, elegíveis para o Senado (BRASIL, 1891) (Grifo nosso).

²⁵ Tal fato será tratado oportunamente em relação à legitimidade do STF.

²⁶ Tal fato será abordado neste Capítulo posteriormente.

Observemos que a Constituição de 1988 tem previsão semelhante, pois manteve o modelo²⁷:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, **de notável saber jurídico e reputação ilibada**.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Os modelos permanecem semelhantes, transpondo processos históricos, diferente do que ocorria nos modelos europeus, cuja constituição das Cortes Constitucionais se adequava a processos paritários de composição²⁸. Esse é outro motivo de questionamento quanto a legitimidade do STF ser uma verdadeira Corte Constitucional.

A composição do STF, em 1890, foi realizada pela nomeação dos primeiros ministros aproveitando-se 2/3 dos seus membros provenientes do Tribunal anterior, ou seja, dez juízes²⁹. Ao longo dos anos, o número de componentes foi modificado algumas vezes. Em 1931, ele reduziu-se para onze. Em 1967, a Constituição assegurou o número de dezesseis, mas logo foi modificada pelo Ato Institucional de nº 6, que se convalidou em 1969 pela Emenda Constitucional de nº 1 e foi recepcionado pela atual Constituição, promulgada em 1988, com o número de 11 ministros. Quanto à idade dos ministros, em 1937, estabeleceu-se a idade compulsória de 75 anos, mas, em 1946, o limite etário passou para 70 anos.

Atualmente, com a posse, os membros adquirem a vitaliciedade, sendo prevista a aposentadoria compulsória aos 75 anos, isso desde dezembro de 2015³⁰. Apesar de conhecermos a historicidade, o cenário atual é bem diferente do momento de criação do STF e dos momentos de seu aprimoramento, ainda que haja alguma semelhança, como no caso de como será feita a escolha, a indicação e a nomeação para sua composição.

Perceberemos claramente a mistura de sistemas no Direito brasileiro, que ocorre logo que a Casa de Suplicação (Corte de Apelação) é criada no Brasil Colônia e, em seguida, transforma-se em Supremo Tribunal de Justiça, na Primeira República.

A Constituição brasileira de 1891 consagrou o modelo constitucional norte-americano, reconhecível, designadamente, no modelo federal do Estado, então adotado, no acolhimento do sistema de governo presidencialista e no papel atribuído ao poder judiciário, que passou a ter no seu vértice um Supremo Tribunal Federal dotado de poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis. Este esquema

²⁷ Em 1934, houve mudança do nome do Supremo Tribunal para Corte Suprema na Constituição, que foi restabelecido na Carta de 1937.

²⁸ Tal fato será abordado neste Capítulo posteriormente.

²⁹ Nomenclatura utilizada à época para designar os membros do STF.

³⁰ Lei Complementar nº 152, de 03 de dezembro de 2015 (LC 152/2015), que alterou a idade da aposentadoria por idade, com proventos proporcionais, na forma prevista no art. 40, § 1º, II, da CRFB/88.

constitucional passou, bem que atenuado, para as constituições brasileiras posteriores. **Mas a influência norte-americana não se cingiu à conformação dos poderes constituídos: à época da referida Constituição, o Common Law e a Equity valiam como Direito subsidiário nos casos submetidos aos tribunais federais brasileiros** (VICENTE, 2013, p. 1) (Grifo nosso).

Essa influência resplandece hoje no STF através de institutos agregados aos meios decisórios, como veremos mais a frente, inclusive a AP. Para melhor compreendermos a aplicação do sistema misto no Brasil, necessário discorrer a respeito dos sistemas de aplicação da norma no Direito, pois é decorrência direta deles quais serão os elementos considerados para a aplicação da norma e os efeitos nas interpretações realizadas pelo STF. É sobre a interferência do *Common Law* no sistema *Civil Law* que discorreremos no próximo item.

1.3 Sistemas fundadores da aplicação da norma no Direito

Há hoje, no mundo jurídico, dois sistemas principais: o romano-germânico – *Civil Law* ou *Continental Law* – e o anglo-saxão – *Common Law*, cuja expressão significava, o “direito comum” a toda Inglaterra, em sua origem (DAVID, 2002, p. 359). Apesar de na atualidade esses sistemas servirem apenas como forma didática, precisamos compreender que interferiram na aplicação do Direito e na constituição do STF. Nesse sentido, continuamos a exposição, pois os sistemas contrastam historicamente pela permanência da tradição oral do segundo e pelo imperativo da escrita no primeiro. Mesmo que também haja normatização no sistema *Common Law*, o anglo-saxão é o sistema jurídico derivado do sistema aplicado na Inglaterra medieval e que é utilizado em grande parte dos territórios que têm influência britânica.

Esse sistema baseia-se, sobretudo, na análise das sentenças judiciais ditadas pelo mesmo tribunal ou algum de seus tribunais superiores (tribunais de recursos). É um sistema de precedentes, que se fundamenta na lei não escrita, no Direito jurisprudencial e nos costumes. Nele, julgamentos locais e específicos, como em casos considerados inéditos, costumam dar origem a novas regras.

Já o sistema romano-germânico se alicerça na lei devidamente positivada e codificada que orienta a aplicação da lei. Nesse sistema, há competências distintas e mais rígidas entre o julgar (Poder Judiciário) e o legislar (Poder Legislativo). Esse sistema decorre dos princípios e regras dos antigos direitos romano e canônico, os quais, associados aos costumes dos povos germânicos, que definitivamente ocuparam a Europa central após o século V d.C., formaram um conjunto elaborado de normas jurídicas que estão na base dos ordenamentos dos países

direta ou indiretamente influenciados pelas nações do continente europeu (LIMA, 2013). Essas normas foram organizadas pelos sistemas de codificação e compilação, pois,

[...] o direito não poderia continuar dominado pela tradição e pela autoridade. A razão humana deveria tomar a seu cargo um projeto de renovação dos ordenamentos jurídicos. As regras deveriam se claras e facilmente reconhecíveis. Não deveriam se contradizer. Antes, deveriam participar de um sistema coerentes (SOARES ROBERTO, 2003, p. 22).

Com essa perspectiva de completude, clareza e sistemática, o sistema normativo brasileiro, baseado nas normas portuguesas, foi baseado no *Civil Law*, sistema romano-germano, similar ao sistema europeu, e não no *Common Law*, sistema anglo-saxão, em que se baseia o sistema norte americano. Perceberemos mais a frente uma duplicidade de aplicações pela inserção dos dois sistemas de aplicação normativa e, conseqüentemente, de controle de constitucionalidade, oriundos de concepções diferentes no STF.

Embora para David (2002, p. 65), a “codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda obra empreendida desde há séculos nas universidades”, ressalta o autor que todo acontecimento social trouxe profundas alterações no estudo do Direito, apresentando conseqüências tanto positivas como negativas. A positiva está ligada ao fato de o processo de codificação ter embalado a expansão do Direito romano-germânico na Europa e fora dela, como no caso do Brasil, contribuindo também para a unidade do sistema. A negativa se apresentou ante a possibilidade dos juristas se concentrarem somente em seus códigos, abandonando a visão que outrora tinham do Direito, baseado em normas de condutas sociais, e se conformando com um positivismo legislativo (DAVID, 2002)³¹. Isso foi decorrente de um pensamento ligado a Montesquieu a respeito do juiz ser apenas a boca da lei (SOARES ROBERTO, 2003).

Assim, o processo de compilação, organização e sistematização de diversas normas, princípios e regras sobre relações jurídicas de natureza comum ou pertencentes a determinado ramo do direito corresponde a um caminhar histórico e cultural de grande significado político e jurídico para a sociedade organizada. Dessa forma, se a edição dos Códigos foi, num primeiro momento, apta a conferir segurança jurídica, atualmente não é mais capaz de atender

³¹ A Escola da Exegese, que foi a primeira a ser utilizada como hermenêutica para a interpretação do Código de Napoleão, apresentava a perspectiva de que a interpretação do texto legal esta no próprio Código, devendo o magistrado ater-se a vontade do legislador, sendo apenas a “boca da lei”. “[...] começava a tomar corpo na França um movimento que acreditava na perfeição do Código [de Napoleão] e, portanto, julgava desnecessário realizar qualquer interpretação. À ciência do direito cabia apenas estudá-lo e explicá-lo. Aos juizes tão-somente aplicá-lo” (SOARES ROBERTO, 2003, p 42). Como percebemos, a noção de completude, na tentativa de evitar o que ocorria anteriormente com a tradição e autoridade, reforçou o estereótipo do juiz buscar a resposta de questões surgidas no procedimento dentro da própria lei.

às novas demandas sociais, pois o Direito demonstrou ser história viva, por isso consiste em ato de presunção a ideia de aprisioná-lo em textos, ainda que bem escritos.

Na perspectiva de Grossi (2006), a codificação exerce função de controle e vinculação ao poder político, inserindo nesse o direito privado caracterizado pela liberalidade das partes, já que proporciona a estatalidade do Direito. É nesse ponto que o Estado tornou-se o único ente capaz de “transformar em jurídica uma norma estatal” (GROSSI, 2006, p.52).

O Direito pode ser situado como voz normativa do Estado, a qual hoje tem sido questionada, tendo em vista os princípios democráticos caracterizadores dos ordenamentos jurídicos modernos. O próprio sistema de democracia indireta tem sido questionado ao se verificar o teor das normas realizadas com o intuito de ser norma abstrata de aplicação geral a toda sociedade. A abertura do processo decisório a procedimentos democráticos (citamos a própria AP, mas anteriormente a ela a possibilidade de sua realização no Poder Legislativo, e outros institutos inseridos nos sistemas político, jurídico) permitem novos procedimentos legitimadores do sistema jurídico, e não mais somente a norma será legitimadora de sua aplicabilidade e interpretação, como era antigamente.³²

No Brasil, como já dito, o sistema adotado define que a lei por si só é suficiente e plenamente aplicável, limitando a aplicação e interpretação da norma pelo juiz aos casos concretos. É o que está determinado pela CRFB/88, em seu artigo 5º, II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Porém, há uma peculiaridade no sistema brasileiro, que está no controle de constitucionalidade, o qual pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e não somente por um tribunal constitucional, quando o juiz de primeira instância poderá negar aplicação de uma lei, se, no caso concreto, deparar-se com uma situação em que a lei está em desacordo com a Constituição Federal ou os princípios dela decorrentes, ou ainda quando a aplicação da lei gerar inconstitucionalidade no caso concreto³³.

³² Temos que compreender que a tradição e a autoridade que sustentavam a sociedade até o desenvolvimento da codificação, que passou a ser orientada pela razão humana, a qual deveria criar um projeto de renovação do Ordenamento Jurídico, com regras claras, reconhecíveis facilmente, sem contradição, ou seja, um sistema coerente, que se sustentou em uma autoridade do Direito Natural, cujo fundamento seria “o Direito das Gentes que pudesse ser universalmente reconhecido” (SOARES ROBERTO, 2003, p. 24).

³³ Sabemos que a Constituição é também uma lei, mas uma lei máxima, então, quando o juiz aplica a Constituição ele aplica a lei, porém, nem tudo que está na Constituição tem caráter constitucional, há uma distinção entre os assuntos que seriam constitucionais e os que estariam na Constituição, mas não teriam caráter constitucional. É o que a teoria do Direito chama de constituição material, a qual diz respeito ao essencial à estruturação do Estado, à regulação do exercício do poder e ao reconhecimento dos direitos fundamentais, e de constituição formal, que são os assuntos inseridos na Constituição, mas que não estão incluídos no conteúdo material.

Esse processo é semelhante ao que ocorre no *Common Law*, quando as normas são definidas por tribunais e suas decisões podem ser utilizadas como precedentes. Nesse, os códigos não pretendem coibir a interpretação da lei, razão pela qual, se houver um conflito entre uma lei codificada e uma norma criada pelo sistema (precedente), ficará a cargo do juiz interpretar qual das duas deve ser aplicada. Neste aspecto, o nosso Direito muito se aproxima do sistema americano, com a diferença de que o juiz americano está vinculado aos precedentes e à decisão de sua Suprema Corte, caso contrário, põe em risco a unificação da interpretação das leis infraconstitucionais, bem como todo significado atribuído a sua Constituição, já que o sistema americano é baseado nessa estrutura de unificação desencadeada pelas decisões.

Além disso, a atribuição do STF de Tribunal Constitucional foi fundamentada na Corte americana. Assim, percebemos que a interferência não foi apenas em sua criação, mas estendesse aos dias atuais:

Atualmente o Supremo Tribunal Federal caminha para um sistema precedencialista (*stare decisis*), como o existente nos países que seguem o sistema da *common law*, sem, contudo, limitar o direito de ação ou de petição de todos os jurisdicionados, trazendo para o Poder Judiciário Brasileiro um sistema misto, criando certas vinculações aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, mantendo o livre convencimento de todos os julgadores e sem interferir indevidamente no Poder Executivo (ORTÉGA, 2009, n.d.) (Grifos nossos).

Há, então, um amálgama entre as aplicações determinadas pelo *Civil Law* e pelo *Common Law* no STF. É necessário frisar que não há uma correta correlação, mas verificamos uma nova modalidade formando-se na aplicação do Direito, principalmente quando se analisa o discurso jurídico construído nesse Tribunal.

É importante estabelecer que todo sistema jurídico, seja *Civil Law* ou *Common Law*, é um conjunto de todas as fontes formais na busca do que se considera justo, por meio de um processo de interpretação/aplicação (concreção), fazendo incidir as várias situações por meio de processos argumentativos, lógicos e silogísticos. Dessa forma, o sistema brasileiro trabalha casuisticamente, com cada uma das possibilidades geradas pelos dois sistemas³⁴, com institutos jurídicos determinados normativamente (dogmaticamente), ainda que oriundos de outras esferas de conhecimento.

O controle difuso segue a concepção americana (*Common Law*) e o controle concentrado segue as determinações ofertadas pelo Direito europeu (*Civil Law*), formando, na

³⁴ Apesar da sistemática brasileira hoje permanecer sobre a determinação de aplicação da norma e não da jurisprudência, é possível ver novas inferências como as súmulas vinculantes.

verdade, um sistema único e específico, diferente do que ocorre no sistema europeu onde o sistema de controle de constitucionalidade centraliza-se na Corte Suprema.

Nessa situação, o sistema jurídico brasileiro é organizado em forma de pirâmide, no sentido kelseniano, com a Constituição no topo e o STF como responsável por manter a Supremacia da Constituição sobre todas as leis e demais atos normativos. Assim, o Princípio da Supremacia da Constituição Federal,

[...] requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional (SILVA, 2005, p. 46).

Isso será feito através do Controle de Constitucionalidade, que poderá ser difuso ou concentrado. Este último é de competência exclusiva do Tribunal Constitucional, fundamentada nas Cortes Constitucionais europeias, e o primeiro pode ser feito por qualquer Juiz, em conformidade ao que ocorre no sistema jurídico americano.

Além disso, alguns instrumentos jurídicos em que o casuístico passa a ser fonte do Direito vêm sendo adotados no sistema jurídico brasileiro, como a súmula vinculante³⁵ (conjunto de decisões de um Tribunal Superior. Essas decisões são relativas a casos que tratam de temas parecidos e que são julgados de maneira semelhante), ainda que no Brasil permaneça o sistema de aplicação da norma e não da jurisprudência (*Civil Law x Common Law*). Assim, as decisões do STF tornam-se elementos fundamentadores, principalmente quando se trata dessas súmulas vinculantes, que não é o tema do presente trabalho, mas que precisava ser apresentada por ser decorrente de decisões do STF recorrentes sobre determinado assunto, envolvendo a aplicação de precedentes e não apenas da norma, consagrando uma mescla na aplicação do Direito entre os dois sistemas, como já dito.

Há situações, por exemplo, em que, por causa do assunto tratado, o STF poderia unificar o julgamento de ações decorrentes de controle concentrado e de ações decorrentes de controle difuso oriundas de recursos próprios. Outros institutos como o *amicus curiae* e a própria AP são inspirações oriundas da *Common Law* e aplicadas processualmente na Jurisdição Constitucional.

Após a rápida exposição sobre cada sistema, percebemos claramente a mistura de sistemas no Direito brasileiro, que ocorre logo que a Casa de Suplicação (Corte de Apelação)

³⁵ A partir de 2004, com a EC n.º 45, a Jurisprudência que for votada e aprovada pelo STF, por pelo menos 2/3 do plenário, torna-se um entendimento obrigatório, que todos os outros tribunais e juízes, bem como a Administração Pública, terão que seguir.

é criada no Brasil Colônia e, em seguida, transformada em Supremo Tribunal de Justiça, na Primeira República.

Seguindo o objetivo de apresentar um panorama sobre nosso objeto de pesquisa, apresentaremos no próximo tópico a respeito do papel político-jurídico do STF, perspectiva importante para a implantação do nosso objeto de pesquisa: a AP.

1.4 O papel político-jurídico do STF

No Estado Constitucional, o papel desempenhado pelo STF é fundamental, pois lhe cabe a preservação dos valores constitucionais e, conseqüentemente, de todo o sistema envolvendo a relação entre direito e política. Para a manutenção entre o sistema político e o sistema jurídico, é necessária uma Constituição válida e em vigência, pois o Ordenamento Jurídico origina dela e o regime jurídico se consolida a partir dela. Assim, havendo o rompimento da ordem constituída, haverá, provavelmente, a consolidação de um novo regime jurídico.

Para pensar o papel político do STF necessário compreender que a hierarquia das normas permite o controle de constitucionalidade, atuação precípua dos tribunais constitucionais, tendo em vista a Constituição ser o topo da pirâmide normativa.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. **A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora** (KELSEN, 2006, p. 240) (Grifos nossos).

Assim, para Kelsen (2006), a ciência jurídica deveria ser afastada da política e de todas as áreas de conhecimento, pois se não auxiliam na explicação, devem ser mantidos fora do campo explicativo, haja vista que a ciência do Direito deveria desempenhar o papel de identificar e descrever as normas que integravam determinado Ordenamento Jurídico. A pureza, na teoria kelseniana, se dá em relação à doutrina, à ciência jurídica, e não propriamente ao Direito como objeto desta última, uma vez que a política é inerente ao próprio direito. É neste ponto que a argumentação surge na aplicação. Além disso, é importante dizer que a Constituição não é uma norma hipotética, mas uma norma concreta positivada.

A existência da chamada “Pirâmide Kelseniana” tem por fim demonstrar a validade das normas jurídicas em conformidade com a norma que lhe é superior, uma norma é válida e, portanto, tem potencial para surtir efeitos (ou seja, ser de cumprimento obrigatório) na sociedade a qual pertence. O cume dessa Pirâmide é a Constituição Federal do Ordenamento Jurídico, sendo certo que toda e qualquer norma deve-lhe reverência. Ainda que uma lei seja obediente a sua superior, se esta superior, sendo inferior à Constituição Federal, desobedecer lhe perderá a validade as duas normas.

Em um Ordenamento Jurídico, deve-se evitar a contradição entre normas para que a segurança jurídica não seja afetada, mas também deve proteger as liberdades³⁶. Assim, se alguma antinomia se revela entre normas de mesmo nível, há a necessidade de mecanismos relativos à vigência, à validade e à interpretação para eliminar o conflito. É no plano vertical (pensando as normas como escala de valores com a constituição no ponto principal), que observamos a “Pirâmide Kelseniana”, em que é possível apurar a compatibilidade que deve existir entre a norma inferior e a superior e isso é feito através de um mecanismo que permite a invalidação da norma que esteja incompatível com a Constituição.

O controle de constitucionalidade iniciou-se nos Estados Unidos da América, em 1803, com o julgamento do caso “*Marbury versus Madison*”. Esse instrumento surgiu da necessidade de se adequar leis e atos normativos aos mandamentos constitucionais, que, em razão de sua rigidez e supremacia, não podem ser contrariados, constituindo-se, portanto, garantias ao cidadão contra os abusos cometidos por agentes ou instituições. Em outras palavras, os mecanismos de controle de constitucionalidade afastam a aplicação de normas incompatíveis com a Constituição e com as garantias aos cidadãos nela previstas. Nesse sentido:

A fiscalização da constitucionalidade tanto é uma garantia de observância da constituição, ao assegurar, de forma positiva, a dinamização de sua força normativa, e, de forma negativa, ao reagir através de sanções contra a sua violação, como uma garantia preventiva, ao evitar a existência de atos normativos, formais e substancialmente violadores das normas e princípios Constitucionais (CANOTILHO, 1994, p. 783).

Essa garantia permite a análise formal e material para verificar a compatibilidade com a Constituição. A formal diz respeito às regras constitucionais referentes ao processo legislativo, como fiscalizador do cumprimento das regras para uma norma ser colocada em vigência. A análise material, por sua vez, refere-se ao conteúdo das normas constitucionais,

³⁶ Compreendemos que há uma tensão entre segurança e liberdade, historicamente, sempre que se privilegia um o outro é afrontado.

que devem ser compatíveis com os valores e os princípios Constitucionais. Desse modo, tanto o conteúdo formal como o material de uma norma ou ato infraconstitucional não podem ser contrários aos preceitos constitucionais. O controle de constitucionalidade, assim, define-se, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, é também uma parte de legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Apesar de a Constituição ser um mecanismo que deve comportar a segurança jurídica de um Estado, e para tanto ser permitido inclusive controle de compatibilidade entre os atos do Poder Legislativo e a Constituição, mas, para permitir uma estabilidade no ordenamento, compreendemos que não deve engessar o sistema a ponto de inviabilizar sua real função, buscando organizar e delimitar as instituições que irão reger os interesses gerais da nação, principalmente no que diz respeito às garantias dos cidadãos, atualizando os valores em conformidade com os princípios constitucionais e fiscalizando se a aplicação não gera inconstitucionalidade. Ressaltamos que, inicialmente, tal função é realizada pelo Poder Constituinte, sendo nada mais que “a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado” (MORAES, 2005, p. 54). Compreendemos que mesmo sendo essa a regra, a realidade do Direito acaba envolvendo grupos de poder em debate e a vontade política do povo fica escondida na vontade de grupos específicos, como a afirmação “vontade da maioria”, que, normalmente, reprime os direitos de uma minoria, que também deveriam ser defendidos por fazerem parte dos princípios constitucionais, como as liberdades.

Assim, hoje, a Constituição representa um estatuto jurídico fundamental de uma sociedade, consubstanciando toda a estrutura do respectivo Estado, mas isso não quer dizer imutabilidade das normas constitucionais, pois, apesar de possuir um caráter estático, deve também constituir-se de dinamismo, tendo em vista que a origem do Direito está no seio social, que está em constante evolução, gerando novas exigências da sociedade destinatária das normas constitucionais. Nesses termos, o Direito não deve e nem pode permanecer alheio a essa situação. Assim, é muito pertinente o texto de Venosa (2007, p. 20), pois “as leis envelhecem, perdem a atualidade e distanciam-se dos fatos sociais para as quais foram editadas. Cumpre a jurisprudência atualizar o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual que atenda às necessidades do momento do julgado”.

A Constituição pode ser considerada organismo vivo sendo influenciada pelo meio circundante, com os avanços da ciência, da tecnologia, da economia. Com as crenças e

convicções morais e religiosas, com os anseios e aspirações de toda uma população (BULOS, 2007). Nesse sentido, observamos que a ordem constitucional deve estar em consonância com os “fatores reais do poder”, segundo Lassalle (1998, p.32). Esses fatores poderiam ser as forças sociais, políticas, econômicas, morais e religiosas atuantes na comunidade, a força ativa que corresponde a todas as leis da sociedade, para que a Constituição não seja apenas uma “simples folha de papel”. É a construção do “ser” da realidade em contrapartida ao “dever ser” normativo, devendo prevalecer os valores consubstanciados na prática efetiva, devendo seguir o ritmo imposto pelas mudanças sociais e, como consequência, políticas. Lassalle é questionado porque sua teoria considera os fatores mais importantes que a Constituição em si, podendo aqueles descumprir a Ordem Constitucional, compreendemos que a norma e os fatores devem andar juntos, assim a possibilidade de mudança nas normas Constitucionais a fim de abarcar situações que não tenham sido contempladas deve ocorrer para manter a atualidade dela.

Nesse ponto, é preciso pensar a legitimidade do STF como Tribunal Constitucional, tendo em vista a questão política retratada no Direito, inclusive por Kelsen, que prevê a política do Direito por decorrer daquela, inclusive como órgão que faça a atualização da norma com os fatores sociais, econômicos, políticos, morais e religiosos, dentro do que os princípios constitucionais demandem e permitam³⁷.

1.4.1 Legitimidade do STF como Tribunal Constitucional: uma análise frente ao tribunal alemão

O poder da Evita se deveu ao fato de que ela conseguiu fazer o povo acreditar que eles, os pobres, os operários, os miseráveis, o povo, eram os “outros significantes” dela. Rubem Alves.

O STF tem a determinação legal que o coloca no papel de decidir as questões envolvendo a CRFB/88, como o guardião dela e como órgão supremo do Sistema Judiciário, deve também garantir a legitimidade política, sustentada pela voz popular em decorrência da constituição plúrima da República. Segundo Lima (2013), ainda que a CRFB/88 estabeleça formalmente o papel do STF como Tribunal Constitucional, a sua legitimidade institucional, enquanto Tribunal Constitucional propriamente dito, pode ser questionada ao observarmos os critérios estabelecidos a serem cumpridos segundo critérios

³⁷ Um exemplo que podemos citar aqui são as modificações nas normas do trabalho em que percebemos a força atuante contrária a efetivamente do trabalhador com a redução das garantias conquistadas pelas lutas sociais.

dos tribunais constitucionais europeus. Para ser considerada verdadeira Corte Constitucional seria necessário cumprir os seguintes requisitos³⁸:

a) *estatuto constitucional*, que é a previsão do Tribunal na Constituição; b) *designação dos juízes por critérios político-democráticos*, onde a escolha dos membros é feita por eleição de representantes do Poder Executivo e Judiciário, Ministério Público, bem como da sociedade civil; c) *duração de mandato*, pois os membros de um autêntico Tribunal Constitucional possuem mandato por tempo determinado e improrrogável; d) *incompatibilidade*, que é a garantia de independência dos seus membros para não exercer outros empregos ou funções, principalmente de natureza política; e) *competência*, embora seja variável nos tribunais constitucionais, o fundamental é garantir a primazia da Constituição (ROCHA, 1985, p. 03) (Grifos pertencem ao texto original).

Percebemos que o STF cumpri alguns critérios desses, mas outros não. Assim, há previsão expressa constitucional que o designa como Tribunal Constitucional, mas verificamos que a forma de composição dos membros do STF destoa da forma como está previsto, bem como o tempo de atividade na função designada.

Verificamos que os ministros são nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal em votação, por maioria absoluta, e escolhidos entre os brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da CRFB/88), no gozo de seus direitos políticos, entre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CRFB/88). A posse é dada pelo Presidente do Tribunal³⁹. A constituição do Tribunal alemão é feita por pessoas indicadas pelos três poderes, com mandato certo para 12 anos e com caráter transitório, vedada a contínua ou posterior recondução. No Brasil, os integrantes do STF passam a exercer a função de forma vitalícia, tal circunstancia coloca em cheque, de certa forma, o princípio republicano⁴⁰, segundo o qual os cargos devem ser executados em períodos de tempo específico, por mandato, quando não exigir concurso público.

Verificamos ainda que pelo simples fato de o STF estar inserido na Organização Judiciária, isso o exclui como Tribunal Constitucional, segundo os padrões europeus, do ponto de vista formal. O modelo europeu, exemplificado pelo Tribunal alemão, insere-se no

³⁸ Toda escolha de requisitos é arbitrária, mas alguma deve servir de parâmetro para se estabelecer critérios.

³⁹ E apesar do texto constitucional não exigir formação jurídica, Cândido Barata Ribeiro, médico, através do Decreto de 23 de outubro de 1893, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, preenchendo a vaga ocorrida com o falecimento do Barão de Sobral, tendo tomado posse no mês seguinte. Exerceu a magistratura por quase um ano, enquanto aguardava anuência do Senado, que em 24 de setembro de 1894, negou a aprovação, com base em Parecer da Comissão de Justiça e Legislação, que considerou desatendido o requisito de “notável saber jurídico” e não lhe concedeu a titularidade do cargo. Depois desse caso, fixou-se o entendimento que o “notável saber” deve ser jurídico, termo que inclusive foi integrado ao texto constitucional. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=217>>. Acesso em 06 de maio de 2016.

⁴⁰ O princípio republicano, segundo Ataliba (1988, p. 13), é decorrente da República, que é “o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) **representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-os com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente.**” (Grifos nosso)

organograma do Estado ao lado dos três poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e não dentro do Poder Judiciário. O Tribunal Constitucional na Alemanha é, portanto, suprapartidário. Esse seria o modelo defendido por Kelsen (2006) para as Cortes Constitucionais, ou seja, estas devem estar situadas fora do Poder Judiciário, com atuação independente. No Brasil, apesar do STF ter uma atuação independente, também está inserido como Órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Quanto às atribuições de Tribunal Constitucional, não há qualquer dúvida de que o STF as exerça, inclusive sob o manto constitucional, pois, como define Kelsen (2006, p. 135), deve atuar como “legislador negativo”, já que não tem a faculdade de criar leis, mas, quando entender que uma das normas promulgadas vulnera o disposto na Constituição, teria o poder para retirá-la do Ordenamento Jurídico.

A discussão em relação à legitimidade das decisões ocorreria quando o STF atuasse como legislador, o que é considerado como ativismo constitucional, mas tal fato não é questão da presente pesquisa. Mesmo não sendo objeto da pesquisa é preciso dizer que a judicialização, no Brasil decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Dessa forma, o Judiciário decide porque é a sua função. Claro que, se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, o juiz dela deve conhecer, decidindo a matéria. No que chamam de ativismo judicial, passa-se a uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance inclusive, não sendo necessário modificar a norma. Normalmente, o ativismo judicial se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, quando esses fatores impedem que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Atende-se nessa condição à efetivação dos direitos fundamentais.

Além disso, segundo Belchior (2008, p. 206),

Os Tribunais Constitucionais são essenciais na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, **na medida em que lhes é atribuída a função de zelar pela aplicação de regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos** (Grifos nossos).

Nesse sentido, temos o STF atuando como Tribunal Constitucional, pois nos sistemas democráticos, a definição clássica de Corte ou Tribunal Constitucional denota um órgão institucional responsável pelo juízo de conformação de leis e atos políticos com a Constituição, a quem cabe a última palavra na interpretação, concretização e garantia da Carta Política. Nesse desígnio, tal Corte deveria agir com o escopo precípuo de conferir efetividade

à Constituição, dando respaldo à pretensão de eficácia de conceitos abertos. Essa foi a segunda atribuição dada ao STF ainda na Primeira República.

Ainda no quesito escolha de membro, outra questão importante a ser observada diz respeito a como o membro é escolhido, pois no Brasil não ocorre eleição. Além disso,

[...] na Corte Alemã os Ministros são indicados pelo Parlamento, enquanto no Brasil o Senado Federal se restringe a sabatar (confirmar, na prática, pois nunca rejeitou) a escolha exclusiva do Presidente da República (NÓBREGA, 2009).

Aqui a questão republicana de separação dos poderes pode também ser apontada.

Outro ponto divergente quanto a legitimidade do STF como Tribunal Constitucional também diz respeito ao controle de constitucionalidade, pois os tribunais europeus, normalmente, não funcionam como tribunal recursal (primeiro papel atribuído ao STF), por estarem fora do poder Judiciário, e a declaração de constitucionalidade somente poderia ocorrer de forma concentrada no próprio Tribunal Constitucional. Como já vimos, no Brasil, o STF declara a inconstitucionalidade de forma abstrata, por ações de constitucionalidade, semelhante ao que ocorre nos tribunais europeus. Além disso, qualquer membro do Poder Judiciário estaria apto a declarar a inconstitucionalidade no caso concreto, que poderia desaguar no STF como questão recursal, semelhante ao que ocorre na Corte Americana. Na Alemanha, quando os juízes verificam uma inconstitucionalidade na aplicação da norma, o procedimento é encaminhado para que seja analisado pelo Tribunal Constitucional, sendo impedido de apreciar a constitucionalidade, que fica concentrada naquele Órgão Constitucional.

1.4.2 Outras questões que envolvem o fator político-jurídico do STF

Além das questões tratadas no item anterior, as garantias concedidas para o exercício da função, que permitem certa independência para o exercício da jurisdição, também determinam a condição político-jurídico do STF. Dessa forma, a nomeação política e a independência funcional são características que podem ser denominadas de perfil político-jurídico do STF.

A historicidade Institucional do STF também coaduna com a perspectiva do caráter político. Isso porque, desde a Constituição Imperial, o STF aparece como órgão de cúpula do Poder Judiciário (art. 163, da Constituição Imperial)⁴¹, criando a limitação para o

⁴¹ Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, **haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça – composto de**

suposto poder absoluto do legislador constituinte. Mesmo com todas as alterações políticas ocorridas no Brasil desde 1824, o STF aparece em todas as Constituições brasileiras, além da Constituição Imperial (1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC 01/69, 1988), o que demonstra a sua integridade institucional diante das mudanças político-jurídicas do país⁴².

Ao exercer a jurisdição, o STF se posiciona enquanto agente político, através de atos de poder para prestar justiça à população. Como afirma Habermas (2003, p. 170), “O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”. Como as decisões do STF envolvem direitos fundamentais, o poder do STF está atrelado à política e ao “poder de dizer o justo nas relações jurídicas”⁴³, propondo políticas públicas. Tal poder, que vem ultrapassando o tempo e os séculos, atribuído ao STF, dá ao órgão de cúpula o caráter institucional, porque a sua função não cede à descontinuidade formal das constituições, continuando ele a representar o Direito de forma atemporal⁴⁴.

A possibilidade de decidir em prol de minorias expõe também o caráter político do STF, porque as decisões judiciais de matiz contra-hegemônico dão à Suprema Corte função política, vez que a decisão se torna protagonista de novas leituras do Direito que venham a alcançar as minorias desprotegidas, ou seja, o STF permite modificação na estrutura política-social, promovendo o princípio democrático. As minorias devem encontrar no STF uma instância a quem recorrer para a promoção de novas interpretações tendentes a alcançar o apelo daqueles que estão excluídos da proteção jurídica, como no caso das uniões homoafetivas (ADI n.º 4.277), tendo em vista o caráter plúrimo da nossa sociedade, e os direitos fundamentais protegidos. Tal fato encontra respaldo na teoria democrática em proporcionar um espaço institucionalizado em que o cidadão encontre proteção dos direitos das minorias não alcançadas pela norma⁴⁵. É nesse sentido em que se busca, atualmente, proteger os direitos sexuais e reprodutivos da mulher enquanto categoria que ainda

Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.” (SIC) (IMPERIO DO BRASIL, 1824) (Grifos nossos).

⁴² Podemos verificar que isso poderia indicar mais problemas que vantagens, tendo em vista que ocorreram rompimentos na ordem política, mas a manutenção das estruturas jurídicas. Isso indica que alguma coisa não está em conformidade com a noção de “modificação”, pois mudanças na ordem política deveriam indicar mudanças na ordem jurídica.

⁴³ Acredita-se que deveria ser desta forma, mas dizer o Direito nem sempre é o justo.

⁴⁴ Podemos pensar como essa atemporalidade também se condiciona, uma vez que o Direito é mutável, mas a instituição permanece, então, quais direitos estão sendo protegidos ao longo do tempo pelo ministros que são permanentes até a aposentadoria obrigatória?

⁴⁵ O princípio democrático é uma das características político-jurídicas que permitem as APs na Jurisdição Constitucional.

necessita de proteção, através do ADI n.º 442⁴⁶, em que se discute o aborto como direito fundamental da mulher até os três primeiros meses de gestação, já que os direitos fundamentais não são suficientes para fazê-los serem respeitados e existe certa constituição religiosa moral inserida no Direito⁴⁷.

Outro traço que coloca o STF no *status* de agente político diz respeito à condição de ser aplicador da Constituição quando ocorrer desrespeito por parte de qualquer outro poder aos princípios e regras estabelecidas, e, dessa forma, assumir de algum modo o poder de autodeterminação do povo. É esse um traço do Estado moderno que sobreleva o Judiciário, colocando-o como fonte de controle último da Constituição Federal e cuja discussão a respeito do ativismo judicial ganha força, pois a atividade criativa dos julgadores levaria a uma possível confrontação com o sistema político, quando do comportamento proativo do juiz. Contudo, se a atividade decisória amplia o papel das Cortes Constitucionais, possibilitando-lhes ir além da mera aplicação da lei, interpretando-a, e, quando possível, adequando-a nas demandas atuais, construindo o processo argumentativo, nela também está o limite e controle da atuação de cada julgador pelos argumentos utilizados para embasar as decisões.

No nosso sistema, os juízes não são eleitos, no geral, e não são, portanto, legitimados pelo voto popular, como ocorre nos EUA, mas, independentemente disso, os juízes devem demonstrar a razoabilidade e a plausibilidade da decisão proferida. A composição do Tribunal também não é paritário, como o europeu, que conseguiria se legitimar pelo processo eletivo por composição dos membros dos três poderes com mandato de 12 anos. Aqui, o juiz é agente político legitimado *a posteriori*, cuja legitimidade somente se dará pela aceitabilidade das razões da decisão, tendo em vista que já possui a legalidade pela autoridade, mas que não foi concedida pelo voto e diretamente pelo povo para o exercício do poder.

Enfim, o STF, apesar de não fomentar um projeto político de governo, cria uma política judicial (judicialização da política), promovendo política pública, que deve compreender a defesa dos direitos e garantias fundamentais, dos princípios constitucionais e dos próprios elementos constitucionais, bem como a limitação do Estado em relação à sociedade, através da atividade interpretativa dos julgadores, reafirmando a Constituição e

⁴⁶ Até a finalização da presente pesquisa ainda não havia ocorrido a AP nessa ação, apesar de já ter ocorrido a abertura para inscrição dos participantes.

⁴⁷ Tal fato será abordado no Capítulo 4.

dando continuidade ao seu valor jurídico. Para promover tais questões deve utilizar a hermenêutica constitucional, que será tratado no próximo item.

1.5 A aplicação do direito: questões hermenêuticas

Apesar do objeto da tese ser a AP, que não é na verdade aplicação constitucional, mas subsídio para a decisão judicial, devemos compreender como o processo hermenêutico atual possibilita a inserção dela na Jurisdição Constitucional. Assim, a hermenêutica tradicional, no campo jurídico, é utilizada para dizer o meio e o modo como se deve interpretar as leis, buscando o sentido exato da norma ou o fiel pensamento do legislador. Essa definição está em conformidade com o positivismo, pois, a hermenêutica tradicional é encarregada de elucidar a compreensão exata da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos e de sistematizar os processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

As palavras hermenêutica e interpretação não seriam sinônimas, pois a primeira seria a ciência ou arte que fornecesse critérios ou elementos a serem utilizados na interpretação, que seria revelar o sentido e fixar o alcance da norma jurídica (NOVELINO, 2009). Dessa forma, quando se propõem revelar o sentido da norma, é preciso utilizar certos elementos concebidos pela hermenêutica, e perceberemos que a hermenêutica constitucional possui critérios próprios a fim de se buscar uma perspectiva menos subjetiva, mais técnica, caso seja possível, pois sabemos que toda escolha requer um olhar subjetivo.

Assim, entendemos que as interpretações modificam-se em conformidade com o processo histórico e social. Porém, há caminhos que devem ser seguidos em cada Ordenamento Jurídico, que compreendem os métodos de aplicação/interpretação da norma.

No *Civil Law*, sistema que se baseia na aplicação de normas escritas, há a necessidade de se criar regras hermenêuticas, que lhes são inerentes, uma vez que a interpretação passou a fazer parte da aplicação legal, atividade do juiz, que a um primeiro momento limitava-se à norma. Assim, com as regras hermenêuticas, busca-se uma correta aplicação da norma com regras definidas para tal finalidade. A subsunção⁴⁸ da regra ao caso concreto nem sempre é possível devido a peculiaridades do próprio caso concreto. Dessa forma, os métodos hermenêuticos clássicos surgiram como resposta ao sistema de aplicação/interpretação para suprir lacunas, que no início não eram percebidas e o sistema era considerado completo em si mesmo.

⁴⁸ Método de aplicação/interpretação.

A Hermenêutica Jurídica Clássica conquistou sua autonomia teórica com o advento dos Estados de Direito e os processos de consolidação e codificação da norma. Temos que considerar, então, que a hermenêutica clássica não leva em consideração a pirâmide kelseniana normativa, deixando, portanto, de observar a Supremacia da Constituição, atribuindo-lhe tratamento apenas legal. Para a exegese, eram utilizados os seguintes elementos interpretativos: genético, gramatical ou filológico, lógico, sistemático, histórico, teleológico ou sociológico e doutrinário, lembrando-se que os elementos não se excluem, mas, ao contrário, se complementam.

Buscava-se preservar com esses elementos, respectivamente, segundo Lenza (2009), as origens dos conceitos utilizados pelo legislador, a análise de modo textual e literal, a harmonia entre as normas constitucionais, a análise de todo o sistema normativo, o projeto de lei que gerava sua justificativa, sua exposição de motivos e outros fatores que interferiram diretamente na elaboração da norma, na busca pela finalidade da norma, e nas interpretações doutrinárias. Com isso, permite-se que a vontade legislativa, considerada vontade popular por serem estes seus representantes, fosse seguida.

Os elementos de interpretação de Savigny (Gramatical, histórico, Lógico e Sistemático) surgem em meados do século XIX (1850) e começam a ser utilizados no Constitucionalismo Social, pela existência de uma nova dimensão de direitos sociais, porque o direito tornou-se mais completo, necessitando de uma nova hermenêutica, pois até o final do século XVIII, as constituições eram consuetudinárias, a interpretação era mecânica, o juiz era apenas a boca da lei (NOVELINO, 2009).

Nesse processo, no direito brasileiro, a Lei de Introdução às Normas do Direito (LIND), denominada anteriormente de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942, já apresentava em seus artigos 4º e 5º a previsão de como os juízes deveriam aplicar a norma no caso concreto (se a norma não condissesse perfeitamente com o fato), já dispendo em suas determinações o uso dos “princípios gerais do Direito”⁴⁹.

Assim, o juiz deveria seguir a ordem disposta (analogia, costumes e princípios gerais do Direito), além de atentar para os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, outro ponto importante é dizer o que era considerado “exigências do bem comum”⁵⁰.

⁴⁹Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁵⁰A questão do bem comum perpassa a questão da moral e da ética, esses valores estão em outra ordem, mas foram inseridas em uma norma e passam a fazer parte da ordem jurídica. “Tanto para Platão quanto para

As teorias constitucionais expandiram a hermenêutica jurídica para além dos parâmetros estabelecidos pela hermenêutica clássica, utilizando outras regras, por necessidade interpretativa da Constituição, mas sem retirar o uso desta para outras leis, já que, para situações cotidianas, eles poderiam ser eficientes. Isso porque, apesar da Constituição ser uma espécie de norma, possui peculiaridades que tornam necessário o desenvolvimento de uma teoria própria hermenêutica.

O maior problema existente é a situações em que dois direitos de cunho constitucional, essenciais, entram em conflito⁵¹ na situação fática, sendo difícil estabelecer qual seria a regra de justiça que seria aplicada para resolver aquele conflito.

Vemos isso claramente ao observar os conceitos abertos que a Constituição propõe, sobretudo nos direitos fundamentais. Por exemplo, para se estabelecer o conceito de dignidade humana, é necessário incluir conteúdos, não existe uma definição exata, precisa ser densificada. Além do mais, há sempre uma ideologia ou uma concepção prévia do intérprete e sua visão de mundo interfere diretamente. Por exemplo, na ADI nº 3.510, a propositura foi realizada pelo PGR, na pessoa de Cláudio Fonteles, que é religioso de esquerda, assim definido na biografia do MPU. Para ele, a vida começa a partir da concepção, em situação de oposição, ou seja, sob um olhar simplificado, se ele fosse ateu, provavelmente não proporia a ação constitucional para discutir a norma que permite o uso de embriões em pesquisa científica, ou se tivesse alguém conhecido com alguma doença cuja esperança fosse pesquisa com células-tronco, percebemos, então, que o movimento de escolha perpassa o sujeito, sua visão de mundo, sendo suas ações representação dos valores pessoais que ele abarca. Desse modo, o direito à vida do embrião estaria em conflito com o direito à saúde e a própria ética médica de quem necessita de inovação tecnológica para ter vida com qualidade. Percebemos então, que o operador do Direito e atual intérprete da norma deveria ser imparcial⁵², mas compreendemos que imparcialidade é um efeito no discurso⁵³.

Aristóteles, a ética é uma dimensão da política, pois o homem não é visto senão dentro da coletividade que ele integra. Assim, existe uma ligação imediata entre o bem comum e o bem pessoal, que estabelece uma subordinação natural do indivíduo a coletividade.” (COSTA, 2009, p. 24). Verificaremos que este preceito se modificou na modernidade.

⁵¹ Explicamos: em caso de um “conflito aparente de normas”, ou seja, aparentemente há duas normas que poderiam regulamentar a situação fática, aplica-se alguns critérios que solucionam o conflito de normas, que não é real, apenas aparente no Ordenamento Jurídico e a norma específica será aplicada.

⁵² Só poderíamos imaginar a imparcialidade, como pressuposto de um ato de produção de norma, se houve uma pressuposição de um sujeito universal: sem interesses, sem classe, sem gênero, sem religião, ou seja, sem história de vida.

⁵³ Cf. Pereira; Vieira (2015). Entendemos como efeito no discurso a construção textual que tenta encobrir as marcas de subjetividade do autor através de estratégias diversas.

Essa concepção de imparcialidade como efeito somente pode ser concretizada a partir da reviravolta linguístico-pragmática que trouxe novos paradigmas, os quais foram incorporados pela hermenêutica na construção do Discurso Jurídico moderno, mas principalmente no Discurso Jurídico Constitucional, enquanto processo interpretativo em dois paradigmas: problema da constituição e da apreensão do sentido da linguagem. A própria realidade social demonstrou que tanto em um caso quanto em outro a aplicação do Direito poderia não atender aos seus fins sociais ou mesmo de justiça (processo de justificação). A aplicação da letra da lei demonstrou não ser o suficiente para aplicação do Direito em toda a sua essência, ou no que a Dogmática Jurídica determinava como essência do justo, pois evidentemente não se conseguia determinar todas as possibilidades para as quais o Direito deveria intervir, deixando em aberto uma série de situações nas quais o aplicador da norma, julgador, deveria intervir pessoalmente. Já quanto à apreensão do sentido da linguagem, ainda que o legislador tivesse uma vontade extremamente explicitada na construção da regra, enquanto norma, essa realidade não seria a mesma da época de sua aplicação, sendo certo que outros fatores interfeririam na sua aplicação⁵⁴. Observamos que, tanto em um método quanto em outro de aplicação do Direito, é exatamente a complexidade que a modernidade trouxe que não permite uma aplicação nos moldes previamente determinados.

Enfim, o que passa a se discutir é a legitimidade e não apenas a legalidade da aplicação do Direito, buscando-se como parâmetro os pontos possíveis da construção do Discurso Jurídico enquanto ordenamento consolidado de normas explícitas e implícitas. Os métodos hermenêuticos dos quais se socorriam os operadores do Direito não mais eram suficientes para aplicação do próprio direito, pois a modernidade trouxe outros elementos que deveriam ser levados em consideração no Discurso Jurídico.

Nessa condição, há necessidade de alteração metodológica na aplicação e na interpretação da norma, o que permite um ambiente argumentativo mais amplo, já que a subsunção e a colmatação, tão utilizados no Positivismo Jurídico, não são mais suficientes, sendo necessária a inserção do valor como elemento de aplicação, além do fato e da norma.

A subsunção e a colmatação são métodos de aplicação do Direito, o primeiro é o enquadramento do caso concreto à norma legal (silogismo jurídico), o segundo diz respeito à forma como se dá o preenchimento de lacunas deixadas pela norma, ou seja, ocorre quando,

⁵⁴ O Projeto de Lei que originou o Código Civil em 2002, cuja vigência iniciou em 2003, após o *vacatio legis* de um ano, era de 1976. Os valores sociais desta época eram diferentes de 2002, inclusive por causa da nova ordem constitucional em vigência a partir de 1988. Fica claro, nesse sentido, que alguns institutos estabelecidos em 1976 tiveram o conteúdo modificado em 2002. As diretrizes de um período em que o patrimônio prevalecia e agora os sentimentos prevalecem mudou completamente o paradigma, ainda que o texto tenha a construção de 1976 a interpretação ocorra pela Constituição de 1988.

nos limites do sentido literal e do direito consuetudinário (costumes)⁵⁵, não há uma regra e o caso concreto precisa de uma decisão. Tanto um quanto o outro podem ser considerados como processos argumentativos que justificaram a aplicação da norma ao caso concreto.

Assim, havendo normas, esses métodos são utilizados acrescentando-se a noção de valor, que permite certa argumentatividade⁵⁶, mas, ao ser necessário utilizar princípios para a solução do conflito, outros métodos são utilizados, o que se dará pela Hermenêutica Constitucional.

A mudança na aplicação da norma também inclui trazer a Constituição para o centro do sistema jurídico, como já citado, anteriormente focado no Direito Comercial (Empresarial) e no Direito Civil, reguladores das atividades privadas⁵⁷. Hoje, o Direito está centrado no Direito Público através da Constituição, que regula o sistema normativo e interfere em todas as relações sociais, ampliando a pluralidade, oriunda das perspectivas de justiça e, principalmente, da realização de direitos fundamentais, conceito aberto sem um conteúdo específico, o que proporciona um dissenso, pela complexidade dos grupos sociais existentes. A dignidade da pessoa humana se torna uma diretriz valorativa para todo o Ordenamento Jurídico, inclusive em decorrência de funcionar como um pressuposto lógico de que “todo ser humano tem o mesmo valor”.

A mudança de paradigma oportunizada, nesse sentido, foi sentida em todos os conhecimentos existentes, pois se provou não existir a objetividade anteriormente definida (questão da reviravolta linguístico-pragmática), já que, ao passar pelo sujeito, qualquer método construído era uma escolha realizada pelo seu analista-construtor, ainda que detentor de critérios objetivos.

A hermenêutica tradicional dá então ampla margem a novas formas hermenêuticas e a interpretação/aplicação do Direito toma viés diferente dos proporcionados pela construção científica da Dogmática do Direito, buscando-se análise sobre o problema da validade.

Assim, agora abordaremos os métodos de interpretação constitucional, pois, ainda que seja um conteúdo mais técnico, um tema árduo do Direito Constitucional, permite-nos ver como o STF inicia a abertura democrática no seu processo decisório, fator essencial para a nossa pesquisa.

⁵⁵ No direito brasileiro há pouco espaço para aplicação dos costumes, ocorrendo de forma excepcional.

⁵⁶ Tal questão será abordada no Capítulo 3.

⁵⁷ Basta lembrar que no nosso Direito, as primeiras codificações brasileiras foram o Código Comercial (1850) e o Código Civil (1916).

1.5.1 Métodos de interpretação constitucional

Cegos pela estupidez, não viam que cada lugar da caminhada estava cheio de beleza. A felicidade não se encontra no final. Dito pelo Guimarães Rosa: “a coisa não esta nem na partida nem na chegada, está é na travessia.” (Rubem Alves)

Com o Estado Social, as constituições assumem a forma de autênticos pactos reguladores de sociedades heterogêneas e pluralistas, na qual há grupos e classes com interesses antagônicos e contraditórios. Isso possibilita uma nova interpretação constitucional, que

[...] já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico **para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social** (BONAVIDES, 1994, p, 424) (Grifos nossos).

Com a junção do jurídico e do social, os modernos métodos de interpretação constitucional caracterizam-se, pois, pelo abandono do formalismo clássico, pensado a partir de um Direito privado, e pela construção de uma hermenêutica pensada em um Direito público, capaz de dar conta da complexidade da Constituição e de suas especificidades para a construção de uma hermenêutica material da Constituição, dentre os quais podem ser destacados três, todos formulados por alemães: a) método integrativo ou científico-espiritual; b) método tópico; c) método concretista (BONAVIDES, 1994, p. 434).

No *método integrativo ou científico-espiritual*, temos a definição de Constituição como “[...] um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta.” (BONAVIDES, 1994, p.436).

Assim, o intérprete constitucional deverá

[...] prender-se sempre à realidade da vida, à “concretude” da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração (BONAVIDES, 1994, p.436).

Nessa teoria, a busca pelo “espírito da Constituição” e fatores extraconstitucionais são considerados, como um sistema de valores e um elemento de integração comunitário (integrativo). Assim, a base de valoração, ou seja, os valores expressos e tutelados pela Constituição (econômicos, sociais, políticos e culturais) operam como valores de interpretação coletivos dos cidadãos e devem ser compreendidos e aplicados. Por isso, é conhecido como método valorativo ao recepcionar que algumas partes da Constituição teriam apenas valores e não normas, como, por exemplo, o preâmbulo da CRFB/88. Nessa teoria

considera-se, além dos valores, a realidade social de cada momento histórico. Concordamos com Canotilho (1993) quando diz que esse método tem feição mais política do que jurídica, podendo, com isso, gerar uma indeterminabilidade e mutabilidade de resultados, podendo promover certa insegurança jurídica.

O *método tópico*, desenvolvido por Theodor Viehweg e Josef Esser, sendo de autoria do primeiro a obra “Tópica e Jurisprudência”, publicada em 1953, caracteriza-se como uma “arte de invenção” e, como tal, uma “técnica de pensar o problema”, elegendo-se o critério ou os critérios recomendáveis para uma solução adequada (BONAVIDES, 1994). Viehweg (2008) insurge contra a forma de pensamento sistemático e apresenta a importância de outra forma de pensamento: o problemático, considerando esse mais adequado, pois permite dar valor às peculiaridades de cada caso ao invés de cair no formalismo do pensamento sistemático. Segundo Viehweg (2008, p. 34), o conceito de problema utilizado pelo método é

[...] qualquer questão que consinta aparentemente mais de uma resposta e que pressuponha, necessariamente, uma compreensão provisória conforme a qual toma o cariz da questão que se deve levar a sério, justamente se buscará, pois, uma resposta única como solução.

Como podemos perceber, esse método retoma a tópica aristotélica, modificada pelo viés ciceroniano criando o debate a fim de buscar a solução do problema. A tópica é atribuída a Aristóteles, quando tratou do método de investigação que permitisse ao ouvinte raciocinar sobre problemas partindo de opiniões geralmente aceitas,

Nosso tratado se propõe encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre qualquer problema que nos seja proposto, e sejamos também capazes, quando replicamos a um argumento, de evitar dizer alguma coisa que nos cause embaraços (ARISTÓTELES, 1973, 100a §18).

Nesse sentido, tópico ou tópica é proveniente da palavra *topos*, cujo plural é *topoi*. Os *topoi* podem ser considerados esquemas de pensamento, formas de raciocínio, de argumentação, pontos de vista ou lugares comuns. Esses pontos de vista são extraídos de vários lugares, tais como jurisprudência dominante, senso comum, doutrina, princípios gerais do direito, dos quais se servem os operadores do Direito (NOVELINO, 2009). Assim,

Da tópica clássica, concebida como uma simples técnica de argumentação, a corrente restauradora, [...], **compôs um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via do debate** e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente (BONAVIDES, 1994, p.449) (Grifos nossos).

A principal crítica feita a esse método é a de que “além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas” (CANOTILHO, 1993, p. 210). Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado: são rebaixados à condição de meros pontos de vista ou *topōi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, formando-se algo antissistêmico. No entanto, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p. 130) entendem que a tópica não se opõe à ideia de sistema, pois,

[...] ante à aplicação rígida e irrefletida das regras de direito. Permite, ao contrário, o desenvolvimento de argumentos jurídicos, de controvérsias em que, tendo sido evocados todos os pontos de vista, poderá ser tomada uma decisão ponderada e satisfatória. **Como a segurança é um dos valores centrais no direito, que contribui para o respeito às regras do direito, dos precedentes, dos costumes e hábitos sociais, os partidários dos tópicos jurídicos jamais podem perder de vista os inconvenientes da incerteza em matéria de direito** (Grifos nossos).

Os autores consideram os tópicos como princípios⁵⁸, os quais fundamentam o ponto de partida de uma decisão. A possibilidade de recurso aos princípios gerais de Direito deve vir acompanhado de uma escolha legitimada pelo auditório, amplamente reconhecido pelo senso comum, embasado nos princípios gerais do Direito, cujo grau de importância aumentou após a Segunda Guerra Mundial.

Os tópicos jurídicos podem ser entendidos não como uma forma de enfraquecimento do pensamento sistemático, mas como uma maneira de problematizar, ou seja, de aprofundar questões que se colocam no bojo de uma discussão. Ao invés de banalizar o uso de argumentos, valoriza-os na medida em que desenvolvem o raciocínio no âmbito de um discurso jurídico. Na verdade, são eles que movimentam a *endoxa* e permitem a argumentação jurídica pelos raciocínios, como uma especificidade da argumentação geral.

É por isso que Perelman (2000) afirma que a utilização dos tópicos jurídicos significa ao invés de impor um dogmática e prática, elaborar uma práxis que guia-se por raciocínios jurídicos, assim, não impor Direito à razão e à justiça, mas conciliá-los.

Assim é que suas contribuições mostram-se inseparáveis do paradigma retórico-argumentativo, no qual se inserem, cuja temática retornará quando tratarmos das questões argumentativas a respeito dos valores, baseada na perspectiva de Amossy (2006; 2010). O

⁵⁸ Perelman recorre aos princípios gerais de direito elaborados por Gerhard Struck em *Jurisprudência Tópica*, dentre os quais se destacam: o *lex posterior derogat legi priori*, *Lex specialis derogat legi generali*; *in dubio pro reo* o *in dubio pro libertate*. Ainda, segundo Szynewski, (2004, n.d) “Chaim Perelman faz menção ao catálogo de sessenta e quatro lugares jurídicos contidos no livro *Jurisprudência Tópica (Topische Jurisprudenz)*, de Gerhard Struck, indicando algumas amostras que contem princípios gerais do Direito, máximas ou adágios, entre os quais: lei posterior revoga lei anterior; coisa julgada e tida como verdade; o pretor não se ocupa de questões insignificantes; a condenação não pode ultrapassar o requerido; *in dubio pro reo*; as exceções tem interpretação escrita; na dúvida, deve-se dividir em partes iguais; o silêncio não obriga a nada; o Direito exige sanções.

método ora analisado não exclui a possibilidade de utilização conjunta do *método concretista*, desenvolvido por três juristas: Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle, sendo que, este último é considerado o mentor do STF. Aqui, cada um deles ofereceu valiosas contribuições para o desenvolvimento desse método. Dessa forma, o método se complementa através de três elementos essenciais: **a norma que vai concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a solucionar**. Nesse sentido,

Os intérpretes concretistas têm da Constituição normativa uma concepção diferente daquela esposada pelos adeptos de outros métodos, porquanto **não consideram a Constituição um sistema hierárquico-axiológico, como os partidários da interpretação integrativa ou científico-espiritual, nem como um sistema lógico-sistemático, como os positivistas mais modernos**. Ao contrário, rejeitam o emprego da idéia de sistema e unidade da Constituição normativa, aplicando um **“procedimento tópico” de interpretação, que busca orientações, pontos de vista ou critérios-chaves, adotados consoante a norma e o problema a ser objeto de concretização**. É uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos (BONAVIDES, 1994, p.440) (Grifo nosso).

Para compreender melhor esse método, é necessário descrever as contribuições de cada autor. Assim, o método concretista para Hesse diz que o teor da norma só se completa no ato interpretativo e a concretização da norma pelo intérprete pressupõe uma compreensão desta; essa compreensão pressupõe uma pré-compreensão. Streck (2000, p. 244) apresenta o desenvolvimento lógico de Hesse:

Assim, partindo de Gadamer, Hesse mostra como o momento da pré-compreensão determina o processo de concretização: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo do texto jurídico a concretizar, a qual não cabe desvincular nem da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a solucionar. **O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos** (Grifos nossos).

Para Hesse, a concretização e a compreensão só são possíveis em face de problema concreto, sendo um único processo a determinação do sentido da norma constitucional e a sua aplicação ao caso concreto.

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (“Gebotoptimaler Verklichung der Norm”). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o Direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as

proposições normativas da Constituição. **A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determina da situação** (HESSE, 1991, p. 22) (Grifos nosso).

Verificamos que estão envolvidos nesse método três elementos básicos: como já dito, *o problema a ser resolvido*, que não se resolva pela aplicação dos outros métodos; *a norma a ser aplicada e concretizada*; *a compreensão prévia do intérprete* (ideia de um círculo fechado de intérpretes), sendo que essa compreensão seria tanto do problema como da norma a ser concretizada (NOVELINO, 2009). Não é a concepção concretista realizada pelo STF, tendo em vista que não é qualquer um que deveria interpretar a constituição.

Friedrich Müller “tem sua base medular ou inspiração maior na tópica, a que ele faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta” (BONAVIDES, 1994, p. 456). Segundo Canotilho (1993, p. 215), para Friedrich Müller, o “texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo”, que se transforma no programa normativo, após ser interpretado. Além do texto, a norma constitucional compreende também um domínio normativo, isto é, pedaço da realidade concreta, que o programa normativo só parcialmente contempla.

Assim, a norma constitucional não se confunde com o texto da norma. Ela é mais que isso: é formada pelo programa normativo e pelo domínio normativo. O programa normativo compreende tanto o texto da norma quanto a norma propriamente dita, isso porque o texto é apenas a forma de exteriorização da norma. Nesse método, o texto tem duas funções: *dirige* e *limita* a interpretação. A norma é o comando que se extrai da norma interpretativa, que só se consumaria a partir da interpretação. O domínio normativo é a realidade social tratado pelo texto da norma, regulada pela norma (NOVELINO, 2009). Nesse sentido, “[...] a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, ao contrário, portanto, do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo jurídico” (BONAVIDES, 1994, p. 456).

Insta salientar que a “análise dos dados linguísticos (*programa normativo*) e a análise dos dados reais (*domínio normativo*) são dois processos parciais, separados entre si, dentro do processo de concretização” (CANOTILHO, 2003, p. 216), cabendo ao intérprete da norma articular tais processos. Assim, a normatividade constitucional consiste no efeito global da norma com seus dois componentes (programa normativo e domínio normativo), no processo de concretização, que só se completa quando se chega à norma de decisão, isto é, à norma aplicável ao caso concreto.

Enfim, a teoria de Peter Häberle (1997, p. 13) (mentor do STF), a qual propõe o seguinte:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, **todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus de intérpretes da Constituição***. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. **A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta**. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...] **Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade**.

O método concretista da sociedade aberta de Peter Häberle é contrário ao que defende Hesse, quanto a ideia de um círculo fechado de intérpretes, quando se coloca como pressuposto da aplicação concretista *a compreensão prévia do intérprete*. O método de Häberle é a própria ideologia democrática⁵⁹, por isso demanda, na sociedade em que for aplicado, alguns requisitos fundamentais, tais como *sólido consenso democrático, instituições fortes e cultura política desenvolvida*. Esses pressupostos normalmente não são encontrados em sistemas sociais e políticos subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, mas é o adotado pelo STF, ainda que nossa sociedade não tenha. Há três pontos balizadores deste método: o alargamento do círculo de intérprete da Constituição; o conceito de interpretação como um processo aberto e público; a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e “publicização” (BONAVIDES, 1994).

Para Novelino (2009), a teoria de Häberle realmente não seria um método de interpretação, mas sim uma análise relativa ao círculo hermenêutico, ou seja, sobre quem deve interpretar a Constituição, o que nos interessa na presente pesquisa, pois disso demandaria a questão de quem teria legitimidade para a interpretação⁶⁰. Quanto a esse ponto, como já dito, a teoria de Häberle estaria em contraposição à teoria de Hesse que prevê um legítimo intérprete.

Além disso, temos que pensar que a democracia, na verdade, dever ser um espaço social do dissenso, das disputas, das pluralidades, e mesmo que o consenso ocorra a partir do dissenso, esse consenso não seria instável, pois novos dissensos poderiam já surgir a partir daquele momento.

⁵⁹ Existem críticas a respeito da democracia prevista por Häberle nas quais se considerada como falácia o ideal democrático quanto aos requisitos apontados.

⁶⁰ Essa temática será tratada posteriormente no Capítulo 4.

1.5.2 Efeitos da Constituição aberta de Peter Häberle no nosso Ordenamento Jurídico

É da aplicação da Teoria de Häberle que surgem os dois institutos ou figuras que representam formas de abertura dos intérpretes da Constituição no nosso sistema jurídico pelo Ordenamento Jurídico: o *amicus curiae* e as APs, ambos previstos na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que veda a intervenção de terceiro na ADI, na Jurisdição Constitucional, mas prevê a possibilidade, mediante prazo, da manifestação de outros órgãos ou entidades, sendo denominados pela doutrina como *amicus curiae*.

O *amicus curiae* significa “amigo da corte” e correspondendo àquele que “se insere no processo como um terceiro que não os litigantes iniciais, movido por um interesse jurídico relevante não correspondente ao das partes” (VASCONCELOS, 2007, n.d.). O interesse jurídico relevante do *amicus curiae* não o vincula a vitória de uma das partes, ele é o auxiliar do juízo, com a finalidade de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, pois se reconhece que o magistrado não detém, por vezes, conhecimentos necessários e suficientes para a prestação da melhor e mais adequada tutela jurisdicional (DIDIER, 2010). Assim ele não assume condição de parte e também não terá poderes processuais para auxiliar qualquer das partes.

A função do *amicus curiae* é a de levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta para julgamento. **É por isto que me refiro insistentemente ao *amicus curiae* como um “portador de interesses institucionais” a juízo. Ele atua, no melhor sentido do fiscal da lei, como um elemento que, ao assegurar a imparcialidade do magistrado por manter a indispensável “terzietà” do juiz com o fato ou o contexto a ser julgado, municia-o com os elementos mais importantes e relevantes para o proferimento de uma decisão ótima que, repito, de uma forma ou de outra atingirá interesses que não estão direta e pessoalmente colocados (e, por isto mesmo, defendidos) em juízo** (BUENO, 2008, p. 136) (Grifos nossos).

Dessa forma, o *amicus curiae* deve subsidiar de forma espontânea ou quando convocado pelo magistrado, com elementos de fato e/ou de direito, que de alguma forma relacionam-se com a matéria posta para julgamento. A complexidade da matéria, que justifica a participação do *amicus curiae*, tanto pode ser fática quanto técnica, jurídica ou extrajurídica. Como dito por Bueno (2008), pode ser considerado, inclusive, como um “portador de interesses institucionais” a juízo.

A intervenção do *amicus curiae* caberá quando houver “relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia” (BRASIL, 2015), segundo artigo 138, *caput*, do Código de Processo Civil (CPC). As regras especiais

dessa intervenção não exaurem as hipóteses objetivas de cabimento, mas servem para ilustrá-las. As possibilidades jurídicas são semelhantes para as APs, como se verá no próximo Capítulo. A diferença é sutil, pois o relator poderá não permitir a inserção do *amicus curiae* no processo, mas poderá recepcioná-lo na AP, tal fato ocorre nas APs em análise. Além do mais, no caso dos *amicus curiae*, a atuação consubstanciará em produzir documentos para subsidiar a perspectiva na ação de inconstitucionalidade, ao passo que a oralidade se concentraria na Audiência de Julgamento. Para os processos em que se instauraram a AP seria possível dois momentos de fala para os expositores, na AP propriamente dita e na Audiência de Julgamento.

Ainda que os seus poderes sejam definidos em cada caso concreto pelo juiz (BRASIL, 2015), na essência, serão limitados à prestação de subsídios para a decisão, como na AP. Apesar de não ser o objeto da pesquisa, tem grande importância como precursor da busca de legitimidade pelo STF, iniciando seu uso antes da AP, já que permite a participação de um terceiro nos procedimentos judiciais e sua admissão se dá para que auxilie o julgador, e não as partes. É elemento essencial para admitir-se o terceiro como *amicus*, sua potencialidade de aportar elementos úteis para a solução da lide. Essa demonstração faz-se pela verificação do histórico e atributos do terceiro, de seus procuradores, agentes, prepostos etc., ou seja, pelo *ethos* do *amicus curiae*

A participação do *amicus curiae*, com o fornecimento de subsídios ao julgador, contribui para o incremento de qualidade das decisões judiciais, ampliando-se a possibilidade de obtenção de decisões mais justas – e, portanto, mais consentâneas com a garantia da plenitude da tutela jurisdicional. Por outro lado, sobretudo nos processos de cunho precipuamente objetivo (ações diretas de controle de constitucionalidade; mecanismos de resolução de questões repetitivas etc.), a admissão do *amicus* é um dos modos de ampliação e qualificação do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988).

Em uma “sociedade aberta dos intérpretes” todo aquele que vive sob a égide de uma Constituição deve ser considerado como um legítimo intérprete, mas o STF será o intérprete definitivo e os participantes da Audiência Pública e os *amicus curiae* apenas pré-intérpretes. Mesmo assim, compreendermos que a “representatividade”, para o *amicus curiae*, não tem o sentido de legitimação, e sim de qualificação, já que pelos atributos que possui e demonstra poderá contribuir adequadamente com sua participação/colaboração.

Dessa forma, o STF é influenciado pelo método *concretista* que amplia o círculo hermenêutico, como podemos depreender da fala do Ministro Gilmar Mendes, autor do Projeto de Lei, na abertura da AP na ADPF nº 54, em 26 de agosto de 2008:

Gostaria de apenas fazer o registro, eminente Ministro-Relator, Ministro Marco Aurélio, senhoras e senhores presentes, da importância deste instrumento previsto nas Leis n^{os} 9.868 e 9.882, **que permite este diálogo particular e esta abertura na interlocução do Supremo Tribunal Federal com a comunidade científica e com a sociedade como um todo** (STF, 2008a, p. 01) (Grifos nossos).

Ainda que como pré-intérpretes, os expositores na AP representam perspectivas sociais com o fim de permitir a concretização da Constituição em conformidade com seus princípios.

Podemos, nesse momento, inferir que a teoria procedimental habermasiana estaria em conformidade com a aplicação da teoria de Häberle (1997) em relação aos intérpretes da Constituição⁶¹.

1.6 O novo panorama democrático que permite a audiência pública na jurisdição constitucional

A atual concepção de democracia mundial reordenou conceitos, tendo em vista que a organização social deixou de ser percebida como natural, como acontecia na Antiguidade e no Período Medieval, para se tornar contratual. Isso não influencia nos conceitos de argumentação nem nos de retórica, já que permanecem no âmbito do verossímil; a diferença encontra-se na justificativa para o exercício da autoridade em cada perspectiva em referência à sociedade e ao indivíduo (COSTA, 2009). E essa justificativa passa a fazer parte da *doxa*⁶² daquela sociedade ou comunidade. Isso porque

[...] o direito natural que fundamenta a ordem jurídica não deriva, agora, da natureza cósmica ou da natureza da sociedade, mas **da natureza do homem individual e da observação daqueles impulsos que o conduzem à ação**. A natureza do indivíduo se torna o novo fundamento da organização jurídica, e ela pode ser compreendida pela pesquisa racional, o que gera o abandono da sabedoria prática, como instrumento por excelência da investigação jurídica, em prol de uma racionalidade subjetiva de caráter lógico-dedutivo (GUANDALINI JR, 2011, p. 153) (Grifos nossos).

Essa transformação iniciou-se com o advento do cristianismo, quando ocorreu uma distinção essencial entre a esfera política e a religião em si, pois nessa época o homem passou a ser um animal social e não mais um animal político como se determinava na *polis* grega. A

⁶¹ Tal perspectiva será apresentada a frente no Capítulo 3

⁶² Conforme o que propõe Amossy (2002a), o termo *doxa* pode aparecer sobre vários disfarces, tais como: opinião pública, verossimilhança, senso comum, lugar-comum, *idée reçue*, estereótipo, clichê. De um modo geral, no entanto, tudo o que é considerado verdadeiro, ou pelo menos provável, por uma maioria de pessoas dotadas de razão, ou por um grupo social específico, pode ser chamado de dóxico. Além disso, Amossy (2018) diz que a *doxa* é importante para o orador conquistar a adesão do seu público, assim, o orador deve ocupar-se de “fazer hipóteses sobre as opiniões, crenças e os valores daqueles a quem se dirige” (AMOSSY, 2018, p. 54).

sociabilidade diferia da gregariedade animal devido a um novo conceito que surge: dignidade humana, que é retomado como fundamento do Estado Democrático de Direito. Segundo esse conceito, o homem, ao ser a imagem e semelhança de Deus, era livre e possuía o livre arbítrio; porém para ter a salvação, seu destino, deveria obedecer à Ordem Divina que se estabelecia pela lei, como expressão máxima da ordem (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 62).

Os saberes prudenciais da Idade Média deviam conhecer e interpretar a ordem de maneira peculiar, já que esses eram saberes distintos, ainda que houvesse certa subordinação; ao passo que para os romanos o Direito era um saber das coisas divinas e humanas. É nesse período que surge ainda a dogmaticidade, exatamente através da resenha crítica dos *digestos de justinianeus*, que foram os textos ensinados na universidade e que conduziram todo o conhecimento jurídico. A partir desse texto, casos problemáticos foram transformados em casos paradigmáticos, cujo fim era traduzir certa harmonia. Com a *Littera Bolonienses (digestos de justinianeus)* aceita como base indiscutível do direito, submetiam-se os textos às técnicas de análise consubstanciadas, principalmente, no *Trivium* (Gramática, Retórica e Dialética), que se formalizavam através da glosa gramatical e filológica (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 62). O *Trivium* pode ser considerado como a organização pedagógica e escolar da Antiguidade, todo o desenvolvimento do Direito dependeria do manejo dos instrumentos propostos pelo *Trivium* (SOARES ROBERTO, 2003, p. 15).

Observamos, então, que nesse momento o Direito volta-se para o Direito romano, mas sua aplicabilidade fica submetida à interpretação filológica e gramatical feita pelos glosadores, fundada em livros que gozavam de autoridades⁶³, sendo o argumento de autoridade o fator decisivo. Assim, ao invés de construir com equidade e apreciação dos interesses em jogo recursos prudenciais anteriormente utilizados, o jurista passa a procurar também princípios e regras capazes de reconstruir harmonicamente o *Corpus*, tornando-o, dessa forma, dogmático. Então, o estudo do direito, de forma técnica e acadêmica, busca possibilitar o tratamento das questões públicas de forma neutra, pois tentam não apresentar emoções e interesses materiais, apagando-se marcas que, na verdade, existem no discurso⁶⁴. Porém, pode-se demarcar que somente a partir do Renascimento é que o Direito perde realmente sua sacralidade e, com isso, seu caráter ético (cultuado e conservado na Idade Média), exatamente devido à maior tecnicização do saber jurídico (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 65). Busca-se sistematizar os saberes, já que a maior crítica feita aos glossadores era a não sistematização.

⁶³ Como o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, o *Decretum* de Graciano, entre outros.

⁶⁴ Ou seja, a neutralidade também é uma estratégia linguística (Cf. Pereira; Vieira, 2015).

A modificação no conteúdo do Direito acaba reverberando na lógica interna do saber jurídico, que passa a trabalhar em um ambiente marcado pela unificação e pelo estabelecimento de uma estrutura hierárquica de validades fundantes. Se os comentadores [posterior aos glosadores⁶⁵] tinham obtido os princípios gerais do Direito por meio da análise de textos isolados, **agora se torna viável o movimento de síntese, reunindo-se todo o direito em um sistema teórico orgânico, submetido a axiomas e regras gerais** (GUANDALINI JR, 2011, p.152) (Grifo nosso).

Com as novas inferências, sem consequência direta dos trabalhos dos glosadores e comentadores, mas oriundas desse movimento de síntese e de sistema, nascem os primeiros Códigos modernos e com eles a necessidade de interpretação que passa a ser essencial para a aplicação das normas. Deve-se vislumbrar que o primeiro intérprete não foi o juiz (magistrado), mas sim o legislador, que estaria legitimado pela divisão de poderes a demonstrar o espírito da lei. Tal interpretação deveria ser realizada por outra norma que esclareceria a aplicabilidade ao caso concreto, o juiz seria, então, o mero aplicador da letra da lei⁶⁶. É o positivismo que determina as regras nesse momento, e inicia-se um processo de regramento, que desaguará no regramento dos direitos naturais, no processo revolucionário francês e outros documentos no mesmo período.

Nessa época, o Iluminismo modificou as estruturas econômicas, sociais, entre outras, promovendo um grande projeto de *modernização*, exigindo a garantia tanto das liberdades individuais, quanto do bem-estar social. Dessa forma, a proposta de Estado apresentada nesse momento era uma construção bem diferente das sociedades que o precederam, pois o projeto social iluminista não envolveu mais a manutenção dos costumes tradicionais, nem apontou para a recuperação de algo que perdemos no passado, como aconteceu com a recepção do Direito Romano na Idade Média e novamente com as codificações⁶⁷ (COSTA, 2009).

⁶⁵ Os comentadores faziam comentários sobre o *Corpus Iuris* como um todo, dando atenção à realidade social. Os glossadores não achavam necessário fazer qualquer contextualização (SOARES ROBERTO, 2003).

⁶⁶ Segundo Bobbio (1995), institucionalizar o apego irrestrito à exatidão do texto jamais fora a intenção dos legisladores. A norma tinha por objetivo, naquela época, “evitar os inconvenientes, de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito. E isto em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação dos poderes” (BOBBIO, 1995, p. 77). As idéias propagadas por Rousseau e Montesquieu, que viam na supremacia e na infalibilidade da lei uma expressão da “vontade geral”, relegava ao Poder Judiciário a atividade mecânica de aplicação mera “boca da lei”.

⁶⁷ Temos que perceber que a retomada do Direito Romano em outras épocas só foi possível porque ocorreram ajustes nos valores presentes naquele Direito Romano antigo para a sociedade em que estavam sendo aplicadas, tendo em vista que não mantinha os mesmos poderes, a mesma religiosidade, ou seja, possuíam outras instituições imaginárias sociais. Assim, ainda que mantendo a legislação romana, o Direito não era mais o mesmo, pois a sociedade mudará, principalmente quanto aos fatores econômicos, responsáveis pelas mudanças sociais, mas que não estão dissociados dos fatores culturais. Há uma busca pela razão, mesmo com a ligação com a religião ainda sendo forte. No Direito, há o estabelecimento de doutrinas que buscam a razão da lei, ou mesmo a universalização de casos em regras gerais.

Valores como igualdade, liberdade e progresso passaram a ser vistos como direitos dos homens e não apenas como aspirações políticas. Assim, o discurso jurídico assumiu papel importante, pois o discurso social da modernidade está definido nele, a partir do momento em que consideramos o indivíduo como sujeito de direitos e nos limites que foram e são elaborados, no exercício do poder político e que deve ser efetivado na prática social e jurídica.

Nesse sentido, a própria sociedade passou a ser apresentada como resultado de um contrato em que se abre mão de uma parte do Direito para a convivência social e em contrapartida a linguagem do Direito tornou-se central. Não somos mais uma comunidade natural, mas um grupo de indivíduos unidos por meio do estabelecimento de uma *Constituição* que regula a organização e o exercício do poder político. Não somos mais movidos por uma tradição vista como natural: a autoridade reconhecida pela tradição (deuses, reis, pais, homens, e o próprio povo) (COSTA, 2009). Assim, evidencia-se a necessidade de uma justificação, uma argumentação, para legitimar o exercício do poder, que permite ancorá-lo em outros pontos, pois, anteriormente, ninguém se sentiria no dever de provar o que seria por si só evidente. É o

[...] novo Direito Natural. Seu fundamento não é a natureza, como na antiguidade, nem o Direito divino, como no medievo. Seu fundamento é a razão humana. Através do estudo racional seria possível descobrir os princípios axiomáticos outros mais específicos ser deduzidos, construindo-se, assim, um completo sistema de normas (SOARES ROBERTO, 2003, p. 24).

A Dogmática é a prática desse método, inicialmente conduzido para os Códigos e posteriormente para as Constituições. O Estado de Direito surge para funcionar nesse sentido, pois, determinado por uma Constituição, pela qual não pode existir uma autoridade acima da própria lei, o Direito assumiu a função de organizar o *rule of law* (império da lei)⁶⁸ e definiu-se como modelo de organização social do ocidente contemporâneo, quando se tornou necessário garantir a liberdade, a igualdade e o desenvolvimento econômico como objetivos tão óbvios que passam a dispensar qualquer justificação filosófica (COSTA, 2009). Tanto é assim que os artigos 1º⁶⁹ e 3º⁷⁰ da CRFB/88 trazem, respectivamente, como um dos

⁶⁸ Para que império da lei se fixasse, o *Civil Law* consagrou-se pós Revolução Francesa pela separação rigorosa dos poderes, negando as instituições que antes existiam, aliada à proibição do juiz interpretar a lei, como combinação indispensável à concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica. A igualdade no *Civil Law* foi diretamente associada à estrita aplicação da lei, o que deu origem a um intenso processo de codificação do Direito, limitando o papel do juiz com a finalidade de garantir a tão sonhada igualdade entre todos, bem como o arbítrio que existia quando a autoridade era o fundamento do Direito.

⁶⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

fundamentos a dignidade da pessoa humana e como um dos objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária. Dessa forma, a codificação, a cientificação dos saberes, a liberalização da economia, a constitucionalização dos direitos e a democratização política eram caminhos a serem seguidos. Como consequência, o “como fazer” tornou-se mais imperioso do que “o que fazer”, nesse ambiente, é propício uma redução filosófica dos discursos sociais, inclusive do discurso jurídico. No Discurso Jurídico, o espaço deixado pela filosofia foi preenchido por duas ordens de discurso, normalmente qualificadas como *positivistas*, mas que não devem ser confundidas. O primeiro é o positivismo cientificista, com diversas percepções de ciência que existiam no século XX⁷¹, caracterizado pela tentativa de superar o discurso filosófico dos direitos naturais por meio de um discurso de matriz científica. O segundo, que prevaleceu, sacralizou a lei e viu o Direito como um conjunto de normas a serem aplicadas, o chamado positivismo, cuja dogmática reduz o Direito a um *saber técnico*, voltado a capacitar o uso dos instrumentos judiciais disponíveis. Foi nessa categoria que se fundou o senso comum dos juristas⁷² (COSTA, 2009).

Nesse momento,

Com o juspositivismo o raciocínio jurídico se revela definitivamente como juízo de subsunção, atividade de enquadramento do fato concreto a uma norma abstrata determinada, de modo a se extrair dessa relação a consequência jurídica prescrita pelo sistema legal vigente. O saber jurídico realiza, assim, um antigo sonho: alcança o grau de certeza e previsibilidade do raciocínio matemático, reivindicando para si o título ao qual almejava desde o início da modernidade – o de Ciência Jurídica (GUANDALINI JR, 2011, p. 154).

O discurso dogmático teve nuances temporais, assim, no século XIX, por não tematizar os seus pressupostos, também não é capaz de defendê-los contra uma argumentação filosófica, blindando-se contra os argumentos de ordem filosófica, que seriam capazes de desestruturar a segurança jurídica, como princípio jurídico. Isso ocorre porque:

Ao organizar racionalmente a ordem jurídica, o jusracionalismo faz com que o conteúdo do direito passe a ter apenas uma fonte filosófica, e com que a totalidade do ordenamento seja formada por deduções a partir dessa fonte básica. Além de unificar e hierarquizar, o direito natural atribui ao direito positivo uma legitimidade

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

⁷⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (BRASIL, 1988)

⁷¹ Entre os quais temos o positivismo sociológico e o positivismo formalista

⁷² Permeado por uma filosofia interna/implícita, que organiza os conceitos e dá sentido ao conjunto, não tem como perspectiva principal trazer a reflexão, pois está concentrado em *manusear conceitos estratificados*.

originária que torna desnecessário o recurso permanente aos topoi do bom senso, da tradição ou da justiça no momento de resolver um problema concreto (GUANDALINI JR, 2011, p. 154).

Segundo Costa (2009), no século XX, observou-se que a justiça, para ser realizada, necessitava cada vez mais de argumentos filosóficos, ligados especialmente ao controle de legitimidade e à interpretação das normas.

Percebe-se, assim, como a partir da metade do século XX começa a ser questionado o cabimento da utilização de um raciocínio lógico-dedutivo para a prática e a compreensão do Direito. Considerado insuficiente, inadequado, limitado, e até mesmo perigoso para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais, o silogismo jurídico perde a sua força como método de compreensão do Direito, na progressiva medida da revalorização das concepções retóricas da atividade jurídica (GUANDALINI JR, 2011, p.157).

A revalorização das concepções retóricas na atividade jurídica implica na habilidade em lidar com as reflexões filosóficas, as quais nos ajudam a compreender o sentido das perguntas e os seus pressupostos teóricos, possibilitando o nosso deslocamento pelos eixos da argumentação. Ao desenvolver uma consciência das estruturas argumentativas envolvidas em um debate, podemos extrapolar os limites do debate dogmático, problematizando a coerência entre os *argumentos em jogo* e a *visão de mundo* que a sustenta, ou a consistência da própria rede de pressupostos.

Segundo Perelman (2004), o Discurso Jurídico, como um todo, é da ordem pragmática e busca a aplicação do Direito ao caso concreto, mas deve se fundamentar a lógica jurídica embasada em hierarquia e princípios, no que coaduna MacCormick (2006), quando afirma que a teoria da argumentação [por ele proposta] seria um ramo da argumentação prática. Este autor afirma ainda que

Racionalidade é uma característica comum e definidora dos seres humanos. É uma característica possível e desejável dos arranjos políticos e sociais. A criação e aplicação razoável do Direito é um objetivo valioso e digno do esforço humano. Não é garantia de justiça perfeita, mas é certamente uma proteção contra as piores formas de injustiça (MACCORMICK, 2006, p. X)⁷³.

É nesse sentido, na tentativa de legitimar seu discurso como razoável, evitando-se injustiças, que encontramos o processo argumentativo desenvolvido no STF, especificamente na utilização da AP, quando verificamos a importância do auditório, dos elementos dóxicos e dos valores. A AP serviria para mediar com a sociedade quais os valores seriam importantes nas decisões jurídicas, buscando legitimar o processo discursivo até o proferimento da

⁷³ Compreendemos, pela nossa pesquisa, que há uma busca pela racionalidade como efeito do discurso, tendo em vista que há lutas internas no direito, na política e na própria história.

decisão, tornando transparente o discurso de justificação nela apresentado. Para que esse processo de justificação esteja em conformidade com o Ordenamento Jurídico deve-se buscar a eficácia da Constituição, ou seja, dando força normativa para a Constituição, ampliando as esferas públicas e os processos deliberativos formais e informais.

Tudo isso somente tornou-se possível com a “virada linguístico-pragmática”, na década de 1970, já que, com ela, ocorreu o distanciamento da filosofia da consciência, na qual tudo dependia da percepção interior, e ocorreu uma aproximação da filosofia da linguagem, em que a comunicação intersubjetiva se propõe como forma de atuar no mundo real por uma dimensão pragmática do discurso. A Argumentação Jurídica é anterior a esta época, mas será tratada posteriormente.

Na década de 1990, há outra interferência, dessa vez, de viés democrático. É dessa alteração que surgem as teorias fundadas na mediação racional discursiva, as quais se desenvolveram no Direito, na filosofia, na política, na Análise do Discurso⁷⁴. É nesse contexto que o neoconstitucionalismo, cuja carga filosófica é decorrente do pós-positivismo, como já dito, alia-se à prática jurídica que recepcionou novos processos argumentativos, construindo uma nova hermenêutica constitucional com o reconhecimento da força normativa da Constituição e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Hoje, temos um discurso dogmático, no sentido de orientar e organizar a prática do Direito, com conceitos abertos e valorativamente densos, que demonstram o movimento de valorização dos princípios, irradiados do Direito Constitucional para várias outras áreas jurídicas. A compreensão da mudança desses padrões discursivos é uma parte importante para entendermos os novos conceitos provenientes da modificação política e jurídica mundial e nacional, cujas concepções são oriundas do Neoconstitucionalismo. Por essa teoria, a própria dignidade da pessoa humana passou a ser um esteio que se refrata em todo o processo de aplicação, interpretação e argumentação no Discurso Jurídico⁷⁵.

As APs fazem parte desse processo, que serão tratadas no próximo Capítulo.

⁷⁴ A Teoria da Ação Comunicativa e com a Teoria Procedimentalista da Democracia Deliberativa, ambas de J. Habermas, aplicam o paradigma da linguagem oriunda da “virada linguístico-pragmática” como fundamento e a última inclui a modificação na Teoria democrática.

⁷⁵ Mesmo sendo essa a perspectiva buscada no Direito, percebemos que o discurso jurídico-político pode produzir também indignidade de forma direta e indireta, como, por exemplo, citamos as questões de limpeza urbana (retirada arbitrária dos sem tetos das ruas e dos usuários de drogas para serem submetidos arbitrariamente a tratamento), de esterilização das mulheres em pleno Século XXI, entre outros.

CAPÍTULO 2 – O GÊNERO AUDIÊNCIA PÚBLICA

Eu queria chamar a atenção novamente para o risco que corremos quando separamos uma dualidade que, na verdade, é uma. Não existe essa figura do bebê e da mãe, existe uma unidade nesse processo. E veja que a psicanálise nos mostra que essa unidade vai bastante além do momento do parto; durante um longo período o bebê não consegue separar o seu “eu” da sua mãe. Então acho que essa discussão também deve olhar com cuidado este contexto (JOSÉ GOMES TEMPORÃO – Ministro da Saúde – STF, 2008d).

Compreendemos a comunicação como o processo pelo qual conseguimos nos comunicar, agir ou exercer influência sobre os indivíduos socialmente e também sobre os colaboradores, cada qual em sua esfera de atuação. Ela permeia todas as atividades e tomadas de decisão em qualquer nível (MEYER, 2007; 2014). Todas as organizações sociais, sejam organizadas institucionalmente ou não, devem ser vistas não apenas como um sistema de atuação, de tomada de decisão, de execução, mas antes de tudo um sistema de comunicação, que atua pela comunicação, pela linguagem e pela utilização da língua como ferramenta. Esses sistemas podem ser realizados dentro de instituições, como a AP, a qual pode ocorrer no Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, em diversas esferas de atividade, e que, no nosso caso, situa-se na Jurisdição Constitucional, na esfera jurídica. Ela possui regras para ser desenvolvida, regulamentada por quem a instaurar ou este deverá seguir o que for definido legalmente.

No discurso jurídico, temos relações de poder nas instâncias produtivas em qualquer papel possível que possa ser assumido, segundo as formalidades legais, tendo em vista que apenas para participação já deve estar inserido no contexto de permissão normativa. Assim, os papéis estão devidamente instituídos no sistema organizacional, e as cenas enunciativas vão se desdobrando, mas seguindo certas regras nas atividades possíveis, seja de defesa, de acusação, de instrumentação ou de decisão. Segundo Bittar (2001, p.176), sob o viés da semiótica, todo discurso jurídico teria como características, entre outras: linguagem técnica, possuir ideologia e exercer poder. Assim, cada ato produzido no discurso jurídico teria suas peculiaridades, mas todos exerceriam poder, decorrente, inclusive, da própria instância produtora e dos atores envolvidos.

Na AP, verificamos que o objeto da argumentação é uma norma jurídica, decorrente de um discurso normativo, segundo definição de Bittar (2001)⁷⁶, a fim de preceder um

⁷⁶ Segundo Bittar (2001), sob o viés da semiótica, cada discurso jurídico teria uma função e características próprias. O **discurso normativo** é o discurso do legislador, cuja função é a regulamentação de condutas. O **discurso burocrático** é um texto posterior ao discurso normativo e anterior ao discurso decisório. Como exemplo cita-se: discursos cartoriais repartições públicas etc. O **discurso decisório** pode ser exarado tanto pelo

discurso decisório, cujos efeitos seriam os mesmos ao buscar o poder-fazer-dever. Assim, o discurso normativo, discurso do legislador, é o objeto discutido na ação de inconstitucionalidade, cuja função é regulamentar conduta. A ação discute exatamente se essa regulamentação estaria em conformidade com a Constituição, sendo tal ato verificado pelo STF retirará o poder-fazer-dever da regulamentação, e isso inclui a validade do ato normativo, colocando-o fora do Ordenamento Jurídico, que será substituído por um discurso decisório, o qual corresponde à prática textual jurídica capaz de criar, modificar, extinguir direitos ou situações jurídicas, bem como criar uma nova realidade também pelo poder-fazer-dever.

Embora as APs sejam atividades deliberativas, com características políticas e democráticas, constituem-se em um ato do processo na Jurisdição Constitucional, que subsidiará as decisões judiciais, atividades de julgamento, permeadas de valores e de poder, que se torna regulamentador. Devemos ressaltar que as decisões judiciais, independente da área de atuação, devem ser performativas e imparciais, como requisitos do gênero sentença judicial. Compreendemos que a imparcialidade é produzida discursivamente como efeito⁷⁷. Nesse sentido, tanto as decisões judiciais como as APs podem ser objetos da Análise do Discurso, tendo em vista que elas visam permitir ampliar o conhecimento a respeito de certo tema, permitem ao julgador (ministros) justificar suas escolhas na decisão judicial com elementos que foram produzidos nelas. Nisso consiste a busca pela legitimidade do processo decisório na Jurisdição Constitucional em circunstâncias que se realiza a AP.

Compreendemos que o poder-fazer-dever representa a performatividade da decisão e constitui-se como relação de poder, apesar da necessidade dos argumentos se validarem processualmente e discursivamente, deverá atender à demanda social também, ainda que seja por escolhas possíveis no Ordenamento Jurídico, por normas ou por princípios.

Nesse gênero de discurso, assim como nos outros, há uma predeterminação de como as interações podem ocorrer, limitação de quem pode produzir enunciados, limitação de assuntos a serem discutidos, enfim, regras a serem seguidas. Nesse sentido, as interações que se dão no contexto das APs podem ser consideradas fenômenos sociais, já que os comportamentos linguísticos são variados e dependem tanto dos papéis sociais assumidos pelos oradores e interlocutores, quanto do contexto imediato em que se estabelece a

juiz quanto pela autoridade administrativa e corresponde à prática textual jurídica capaz de criar, modificar, extinguir direitos ou situações jurídicas, bem como capaz de criar uma nova realidade. O **discurso científico** é fundamentalmente voltado para compreensão, crítica e compreensão dos discursos jurídicos, portanto, não é sua função prescrever condutas. Essas categorias servem ao estudo didático, tendo em vista que para Foucault (2007), o discurso não pode ser dissociado do poder. Além disso, todo discurso jurídico teria, em maior ou menor escala, uma efeito normativo.

⁷⁷ Cf. Pereira, Vieira (2015).

enunciação. Para que a comunicação seja possível, nessa instância, os sujeitos devem compartilhar semelhantes habilidades enunciativas, decisivas na escolha do conteúdo, da forma e do estilo mais adequados a cada situação. No caso da AP realizada na Jurisdição Constitucional, as escolhas para sua realização serão determinadas pelo ministro relator ou pelo presidente do STF, segundo definição normativa, que regulamenta as possibilidades enunciativas, assim quem irá participar esta determinado pela Constituição no artigo 102 da CRFB/88. Todas as escolhas linguísticas dos envolvidos nas audiências devem ser, de certo modo, pautadas pelas normas regentes da AP e, também, pela realidade sociocultural.

Para Charaudeau (2008), só há comunicação social através dos efeitos construídos pelo homem no âmbito da linguagem. Somos nós, enquanto seres psicossociológicos, que moldamos a linguagem através das trocas sociais e rotineiras da língua. Podemos afirmar que uma sociedade sem linguagem não poderia desenvolver atividades elaboradas de cooperação, pois não teria como planejar atividades dessa modalidade, de explicá-las aos outros, de orientar os trabalhos dos participantes em vista de um bem comum, fim de toda comunidade humana, principalmente a nossa devido à democracia constitucional institucionalizada, que a faz mais complexa.

Segundo Shapiro (1956), a sociedade humana desprovida de cultura, estaria reduzida ao nível das sociedades de macacos. Isso ocorre porque apesar de apreenderem pela experiência, observação e imitação das ações de outros macacos, como espécie, estes não desenvolvem uma cultura, pois ainda que possuam uma linguagem, não a desenvolvem em palavras e pensamentos, impossibilitando a sua continuidade como instrumentos e como técnica, o que nós seres humanos fazemos. É a diferença entre conhecimento estático, dos macacos, e transformativo, como o nosso. Nesse sentido, enquanto seres que utilizamos a linguagem para trocas sociais e rotineiras da língua, necessitamos desenvolver certas competências que caracterizam nosso discurso social: uma **competência situacional**, pois todo ato de comunicação acontece dentro de um contexto situado; uma **competência semiolinguística**, que nos condiciona a organizar, para a encenação do ato de linguagem (*mise en scène*), os mecanismos semiológicos dos quais dispomos em cada língua, e, por último; uma **competência semântica**, que nos permite construir os sentidos dos signos, que, em sua gênese, carregam apenas traços semânticos básicos que servem como itinerário referencial no uso das formas. À medida que a sociedade se apropria do signo para comunicar-se, aos poucos, atribui ao signo novos sentidos construídos no liame da intercomunicação cujo caráter é psicossociológico. Nesse contexto, para Charaudeau (2008),

por sermos seres sociais, somos dotados dessas competências, e por isso nos apropriamos de formas básicas de comunicação as quais o autor chama de gêneros empíricos.

Charaudeau (2004), como mencionado acima, reúne as teorias que tratam dos gêneros sob três aspectos principais: a) as que partem da ancoragem social do discurso; b) as que se baseiam nas atividades linguageiras construídas; c) as que se fundamentam pelas características formais dos textos produzidos. Assim, o aspecto da **ancoragem social** é o que funda os gêneros, pois é nesse âmbito que se encontram as atividades linguageiras orientadas pelas práticas sociais. Porém, o espaço social denominado de domínios de prática linguageira é só o ponto de partida, mas não é o todo do ato. Para abranger a totalidade de análise a respeito dos gêneros, Charaudeau (2004) propõe uma descrição dos mecanismos linguageiros que põem o ato em funcionamento e transforma o espaço social em espaço discursivo. Nesse sentido, o ponto de partida são as teorias que privilegiam as situações de comunicação, aquelas que tratam de como a sociedade produz enunciados relativamente estáveis (gêneros), a partir das atividades que se realizam em setores como o político, o religioso, o jurídico, o educativo etc..

Para Charaudeau (2010), o ato de linguagem realiza-se em uma ‘situação de comunicação’ normatizada. O espaço de troca linguageira e suas condições de produção são determinados pela situação de comunicação. As condições de produção limitam o processo de encenação da situação de comunicação. Nessas condições, a situação de comunicação funda a ‘legitimidade’ dos sujeitos no ‘contrato de comunicação’, que regula as relações de troca entre o sujeito falante e o interlocutor. O sujeito falante usará de estratégias para captar seu interlocutor. Definindo situação de comunicação, Charaudeau (2010, p. 81) diz que ela “se estrutura segundo a ‘finalidade’ do ato de Fala, a ‘identidade’ dos parceiros e do lugar que eles ocupam na troca, as ‘circunstâncias materiais’ nas quais a troca se realiza”. A finalidade é o que determina a orientação discursiva da comunicação e a identidade discursiva dos interlocutores. Assim,

[...] corresponde a uma intencionalidade psico-sócio-discursiva que determina a expectativa do ato de linguagem do sujeito falante e por conseguinte da própria troca linguageira. A finalidade deve ser considerada do ponto de vista da instância de produção que tem em perspectiva um sujeito destinatário ideal, mas evidentemente ela deve ser reconhecida como tal pela instância de recepção; é necessário que o locutor e o interlocutor possam recorrer a ela. A finalidade corresponde, assim, a uma atitude enunciativa de base que encontraríamos em um grande ‘corpus’ de atos comunicativos reagrupados em nome de sua orientação pragmática, mas além de sua ancoragem situacional (CHARAUDEAU, 2010, p. 81).

Então, temos as AP, situação de comunicação, cuja função seria trazer conhecimento, informação, inicialmente, aos ministros para que produzam os votos e, a partir deles, a decisão judicial a respeito da constitucionalidade ou não da norma questionada; posteriormente, à mesa (AGU, PGR, relator) e à sociedade para que compreendam as razões da decisão, a fim de legitimar a decisão no sentido de que é o mais adequado para a sociedade. Nessa perspectiva, teríamos os oradores/expositores com a finalidade de “fazer saber”, legitimados⁷⁸ para isso pelo estatuto de conhecimento demonstrado e pela representatividade das organizações sociais de grupos dos quais faz parte aquela parcela da sociedade que será atingida pela norma, que validou a participação dos oradores nas APs, e os ministros, mesa e sociedade na posição de “dever saber” alguma coisa sobre a existência dos fatos (questões definidas na decisão do relator que instaura as APs). Além disso, percebemos outra finalidade descrita por Charaudeau (2010), a finalidade de ‘incitação’, na qual o sujeito falante quer ‘mandar fazer’, mas, não estando em posição de autoridade, não pode obrigar o interlocutor, então, deverá “fazer acreditar” (por persuasão ou sedução) que o interlocutor será o beneficiado pelo seu próprio ato, pois o interlocutor está em posição de “dever acreditar” que se ele age, é para o bem.

Segundo Charaudeau (2010), a situação de comunicação determina as condições de produção e reconhecimento dos atos de comunicação, estabelecendo contratos de comunicação. Assim, pelo contrato de comunicação “propõe a seus parceiros um certo número de condições que definem a expectativa da troca comunicativa, que sem o seu reconhecimento não haveria possibilidade de intercompreensão” (CHARAUDEAU, 2010, p. 83).

Nas APs, as condições de produção do discurso (contrato comunicacional) são definidas, primeiro, pela norma que a regulamenta, e, depois, em dois momentos: na decisão em que se determina a necessidade de sua produção e no início das APs, no momento da produção, quando o relator, que presidirá as APs, estabelece o que se espera durante sua realização, bem como as regras a serem cumpridas para as exposições.

Dessa forma, o ato de linguagem, como prática social, busca regular as trocas verbais e instaurar regularidades discursivas. Charaudeau (2004) converge o problema da definição dos gêneros para as questões de liberdade e de restrição da produção linguageira, ou seja, quando assentamos o problema dos gêneros sob o aspecto das condições de produção trazidas

⁷⁸ Compreendemos que apesar dessa legitimidade restringir o acesso às APs, o próprio espaço discursivo, ainda que envolto em um discurso de conhecimento, permite apontarmos um germe democrático, inclusive porque na própria Grécia Antiga, berço da democracia, a fala pública também tinha restrições, já que apenas os cidadãos gregos (parcela da sociedade) tinham o direito de fala e podiam exercer cargos públicos no poder.

pelos domínios de prática, o sujeito terá, em tese, total liberdade de se exprimir de acordo com o lugar que ocupa. Todavia, ainda que aparentemente o sujeito esteja completamente determinado pelo lugar que lhe dá o dispositivo do domínio de prática social, e que sua maneira de falar teria pouca importância, já que tudo estaria demarcado anteriormente, verificamos que os sujeitos nem sempre cumprem os determinados, provocando transgressões. Tal fato é observado nas AP, tanto que o relator, ao presidir a AP, necessita lembrar aos participantes (oradores/expositores e peticionário da ADPF nº 54) a atuação que lhes é permitida:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, seguimos o roteiro quanto a pedidos de esclarecimento. Não temos, como ficou elucidado já na primeira Sessão realizada, espaço para debates propriamente ditos. **Se Vossa Excelência me permite, na qualidade de relator, dar seqüência, portanto, aos trabalhos, indago ao Doutor Luís Roberto Barroso, representante processual da argüente,** se tem algum pedido de esclarecimento a fazer.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar Mendes, Senhor Relator Ministro Marco Aurélio, tenho um roteiro muito objetivo de confirmação de teses que gostaria de perguntar ao Excelentíssimo Senhor Ministro Temporão, apenas para pontuar aspectos muito relevantes para o deslinde da ação. Farei a pergunta muito objetivamente e Vossa Excelência pode responder também muito objetivamente (ADPF, 2008d, p. 09) (Grifos nossos).

Como percebemos, as regras para manifestação oral na AP concedem ao expositor um prazo definido (15 ou 20 minutos) e, posteriormente, a mesa (AGU, PGR, Peticionário, relator) poderá solicitar esclarecimentos quanto à fala realizada. Na ADPF nº 54, o peticionário da ação, Luis Roberto Barroso, burla a regra de não debate ao apresentar em suas questões de esclarecimento pontuações quanto à defesa da inconstitucionalidade da norma, é o que percebemos no recorte abaixo:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Agradeço a participação do Padre Luiz Antônio Bento, Doutor em Bioética, e especialmente a disciplina de Sua Reverência quanto ao tempo. Passemos à fase subsequente **que não é, propriamente, de debates. Não é uma fase propícia a polemizar-se o que veiculado, as voltada a esclarecimento de alguma dúvida que tenha permanecido quanto ao que versado.**

Indago ao representante processual da argüente, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, Doutor Luís Roberto Barroso, se tem alguma colocação a fazer.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Muito breve, eminente Ministro Marco Aurélio, cumprimentando o Padre Luiz Antônio Bento e a todos os presentes, reiterando o nosso profundo respeito pelas convicções aqui relatadas pelo eminente Representante da CNBB. **Eu gostaria de fazer uma observação, Senhor Ministro, e depois uma indagação. A observação é de que todos os slides que foram exibidos na apresentação da CNBB não correspondem a hipóteses de anencefalia mas, sim, de outras síndromes e outras patologias. De modo que queríamos fazer esse registro.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Peço a paciência daqueles que assistem e me permito conduzir a Audiência.

Ilustre Doutor Luís Roberto Barroso, há questionamento, há alguma dúvida? Ressalto, mais uma vez, que não deve ser visada a refutação do que colocado, mas apenas o esclarecimento do conteúdo da exposição.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Só reiteraria que **o único pedido da ação se refere à anencefalia e a nenhum outro tipo de patologia**. Eu gostaria de saber de Sua Excelência qual é, do ponto de vista dele, o momento em que se caracteriza a morte e se ele diverge do tratamento dado pelo Direito brasileiro de que a morte se verifica no momento da morte encefálica, momento em que as funções cerebrais cessam.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – O microfone, por gentileza, ao Padre Luiz Antônio Bento, que poderá permanecer no local onde se encontra ou, querendo, ir ao púlpito.

O SR. LUIZ ANTÔNIO BENTO – **De primeiro, todas as fotos que foram apresentadas, com exceção da última, são de crianças, sim, com anencefalia**. Depois, a morte se caracteriza com a morte encefálica, esse é o critério também adotado pela doutrina da Igreja Católica, que é exatamente o momento em que há essa verificação. Mas é fundamental que nós não declaremos morto alguém que ainda está vivo. Quando se dá a morte, é o momento de irreversibilidade da possibilidade de esta vida voltar a ser obviamente aquilo que era antes, a se expressar como se expressava anteriormente. A partir desse momento em que não há mais uma atividade ou função de todos os órgãos, então ali se caracteriza a morte do indivíduo. É o critério para verificação. É muito diferente se essa criança está viva, ela pode não ter toda a formação do cérebro, mas ela tem o tronco encefálico, ela tem outros elementos que lhe dão a possibilidade de respirar. Se ela respira, é porque tem algo que a ajuda a respirar.

Nós temos a testemunha das crianças, e a Marcela é um exemplo importante nestes últimos tempos, tem superado significativamente e bateu todos os recordes no sentido da anencefalia, da morte encefálica. Então, para nós, a morte se caracteriza com a morte encefálica, que deve ser muito bem averiguada, verificada, para não declarar morta uma pessoa que ainda está viva, mexendo, com os sistemas em funcionamento (STF, 2008a, p. 12) (Grifos nossos).

Percebemos que, por mais que haja um esforço para que o contrato seja cumprido e as regras respeitadas segundo os acordos estabelecidos para a realização da AP, no sentido de se evitar o embate, os interlocutores podem subverter a questão de ordem com o fito de promover a adesão aos seus próprios interesses, propostos nas petições da ação envolvendo a constitucionalidade ou não da norma. Assim, apesar do debate de ideias entre as exposições ser possível, como processo argumentativo, uma vez que haverá uma polarização discursiva, não seria o momento de contrapor posicionamentos entre interlocutores⁷⁹.

Por isso, verificamos como uma característica do gênero, que busca ser reforçada pelo relator, o posicionamento assentado na necessidade de conhecimento para participar com o fim de trazer informação, a polarização de teses ocorre em decorrência da ação de inconstitucionalidade, que já faz a acepção de teses antagônicas defendidas, particularidade imanente do Discurso Jurídico. A perspectiva deliberativa se reforça referente ao gênero deliberativo proposto por Aristóteles, quando se discute o útil e o nocivo à sociedade pelas exposições.

⁷⁹ Tal fato ocorreria em outro momento processual definido para tanto: na Audiência de Julgamento, quando os atores processuais poderão apresentar suas razões de forma livre inserindo os elementos produzidos nas APs e os elementos jurídicos.

2.1 A semente da Audiência Pública: a ágora grega

O clima convida, na maior parte do ano, à vida ao ar livre. Mesmo os dias mais quentes do verão são amenizados quer pelos já citados ventos etésios, quer por brisas locais e cotidianas. Numa atmosfera transparente, sob um céu azul, o grego encontra seus amigos, trata de seus interesses e discute os assuntos do Estado. Esse contacto permanente dos homens tem repercussões familiares, sociais e políticas (GIORDANI, 1984, p. 30).

A Grécia é considerada o berço da democracia, os historiadores costumam datar seu início no século V a.C. Nessa democracia, como uma forma de governo, tinha como fundamento três direitos essenciais dos cidadãos atenienses: igualdade, liberdade e participação no poder. O exercício da democracia grega ateniense ocorria em assembleias de cidadãos, de forma direta (KELSEN, 2006), ainda que não fossem todos os integrantes da sociedade a participar do debate.

Observamos que o exercício da democracia direta foi facilitado tanto pela geografia grega, como pela composição social, em que apenas parte da sociedade possuía o *status* de cidadão⁸⁰ e participava ativamente das decisões sociais, políticas etc.. No que se refere à democracia brasileira, esta ocorre de forma indireta, por meio representativo e participativo, com alguns instrumentos que proporcionam a participação de forma direta.

Segundo Amossy (2002a, p. 371),

Todos incluíam apenas os cidadãos de Atenas capazes de buscar um acordo na polis e não, por exemplo, escravos, bárbaros ou mulheres. Além disso, na visão de Aristóteles, **todo o corpo de cidadãos atenienses pode ser substituído não apenas por uma elite de sábios ou especialistas que os representam, mas também pelo julgamento de autoridades indiscutíveis como os deuses, o pai ou os senhores.** Sua opinião é a verdade digna e respeitável, porque eles próprios são dignos e respeitáveis (Tradução nossa) (Grifos nossos).

Assim, na cultura grega, a autoridade⁸¹ é bem demarcada, por isso, em determinado momento histórico, passou-se a ter um estímulo para o desenvolvimento de certas habilidades da linguagem⁸². Segundo Vernant (2002), a transformação da Grécia se deu entre os séculos VIII e VII, colhendo os frutos desse reconhecimento, quando retorna as atividades com o Oriente, no helenismo. Para Vernant (2002, p.11)

⁸⁰Nossa tradução do inglês: “In ancient Greece, this positive *consensus omnium* did not, however, have the scope it acquired in modern democratic regimes. Everybody included only the citizens of Athens capable of seeking an agreement in the polis and not, for instance, slaves, barbarians, or women. Moreover, in Aristotle’s view, the whole body of Athenian citizens can be replaced not only by an elite of wise men or experts representing them, but also by the judgment of undisputable authorities like the gods, the father, or the masters”.

⁸¹O argumento de autoridade será abordado no próximo Capítulo 3 e 4.

⁸²Alguns autores apontam a escravidão como possibilidade de devoção integral do tempo do cidadão grego à atividade pública, inclusive à arte do falar.

A Grécia se reconhece numa certa forma de vida social, num tipo de reflexão que definem a seus próprios olhos sua originalidade, sua superioridade sobre o mundo bárbaro: no lugar de um Rei, cuja onipotência se exerce sem controle, sem limite, no recesso de seu palácio, **a vida política grega pretende ser objeto de um debate público, em plena luz do sol, na Ágora, da parte de cidadãos definidos como iguais e de quem o Estado, é a questão comum** (Grifos nossos).

As primeiras *ágoras* eram abertas para a comunidade e o acesso era livre. Havia uma tendência de se estabelecer esse “ponto de encontro” nas encruzilhadas ou nas principais vias da cidade:

[...] A região rural grega estava cheia de pessoas, mas arquiteturalmente vazia. Excetuando alguns complexos ocasionais de templos construídos longe das cidades, o edifício significativo só existia nos grades centros. Com o decorrer dos tempos, a população foi aumentando de tal forma que o conjunto adquiria por norma uma configuração muito desordenada. As muralhas eram fortes, mas, irregulares e as portas muitas vezes não levam às principais artérias interiores. [...] As ruas eram estreitas e tortuosas. **A praça pública, a ágora, tendia a tornar-se num caos em redor das esquinas, porque os edifícios se apertavam uns aos outros, havia uma invasão das mesas do mercado e as estátuas e pedras dedicatórias eram colocadas por todo lado. Atenas é um bom exemplo: aparte a existência de uma superfície aberta sem pavimento, com cerca de dez acres, em pleno centro, não consegue discernir-se uma única idéia por detrás da arquitetura de sua ágora.** Ou então, a desordem de Delfos onde, o Caminho Sagrado - que levava à colina do principal Templo de Apolo - era delimitado por edifícios e objetos dedicatórios que se acumulavam século após século, enquanto os antigos se desfaziam e alguns eram demolidos (FINLEY, 1984, p. 133.) (Grifos nossos).

Em meio a todo esse “caos” urbano, a *ágora* era um espaço aberto que aos poucos foi se fechando, pois a cidade antiga foi se organizando e passou a ter uma delimitação territorial por quarteirões e pelo plano ortogonal. Esta ideia de um plano regular foi atribuído – na tradição clássica – a Hipódamo, que teve seu auge em meados do século V a.C, quando foi um reformador, um planificador e um teórico político utópico (CASTELLAN, s.d).

Esse processo foi um longo caminho percorrido, segundo Austin e Naquet (1984), a palavra *ágora* também sofreu mutação de sentido, pois o vocábulo *agorien*, no século VIII a.C., significava discutir, deliberar, tomar decisões; mas, com o passar dos séculos, seu sentido foi mudando e já, no século IV a.C., *agorien* significava comprar, fator que acompanhou a questão logística do espaço social. Por ser um local físico, pudemos perceber que a mudança se dá em relação à construção de outros ambientes para realizar as deliberações e tomar as decisões ficando na *ágora*: os movimentos da vida privada que ser referia a discussão com os amigos e aos próprios atos negociais, que são tão caros ao dia a dia grego, como já dito. Assim,

Era na *ágora* que as pessoas de uma mesma comunidade se relacionavam, elas saíam de dentro de seus *oikos* e iam se reunir nesse grande centro de circulação de

produtos idéias e pessoas, ou seja, um ponto de reunião – independente de haver troca de bens - era este o sentido que a ágora tinha. Esta “praça” pública se caracterizava como um espaço construído, permanente e fixo, que, tinha também um sentido político – era o lugar onde se deliberavam assuntos importantes para a vida dos cidadãos e da sociedade como um todo (AUSTIN; VIDAL-NAQUET, 1986, p. 124) (Grifo pertence ao original).

Os gregos saíam de suas casas para participar do social, de encontros públicos entre amigos, para tratar de interesses pessoais e também assuntos de Estado, o que se refletia nas bases familiares, sociais e políticas. Inclusive porque a família era o cerne social e econômico da sociedade grega. Além disso, a *ágora* representava deliberação, que segundo Castellan (s.d.), representava valores democráticos

[...] esta “praça” pública se caracterizava como um espaço construído, permanente e fixo, que, tinha também um sentido político – **era o lugar onde se deliberavam assuntos importantes para a vida dos cidadãos e da sociedade como um todo.** Neste sentido, **encontraremos uma contraposição entre os povos que tinham a ágora e os que não a tinham. Estes últimos eram considerados bárbaros, pois, na maioria das vezes, tinham como forma de governo a monarquia e, como tal, não deliberavam, pois, entendiam não ser necessária a discussão** uma vez que apenas uma pessoa decidia por todas as outras (Grifo nosso).

O significado da palavra *ágora* (ἀγορά) atualmente é traduzido por mercado, mas, segundo Anthon (1870), pode ser considerada como "assembleia", "lugar de reunião". É derivada da palavra "reunir" (ἀγείρω), que é um termo grego cujo significado designa reunião de qualquer natureza. Ela foi empregada por Homero como assembleia geral do povo, uma reunião geral de pessoas. Parece ter sido considerada uma parte essencial na constituição dos primeiros estados gregos (ANTHON, 1870).

A *ágora* era geralmente convocada pelo rei, como, por exemplo, por Telêmaco na ausência de seu pai, e parece ter sido também convocada por chefes destacados, como, por exemplo, por Aquiles antes de Tróia. O rei ocupava o assento mais importante nessas assembleias, e perto dele sentavam-se os nobres, enquanto o povo se sentava ou ficava em círculo ao redor deles. O poder e os direitos das pessoas nessas assembleias têm sido objeto de muita discussão. Alguns autores, comentando a Odisséia, sustentam que o povo podia falar e votar; enquanto outros pensam que os nobres era os únicos que podiam propor medidas, deliberar e votar, assim as pessoas só estavam presentes para ouvir o debate e para expressar seu sentimento como um corpo (ANTHON, 1870). Nesse segundo sentido, há uma aproximação das Aps, quando a forma de promover o diálogo por pessoas específicas na sociedade, detentores de conhecimento, caberia ao povo ouvir e expressar opinião como integrantes da sociedade, mas não individualmente. Se bem que, quanto ao povo falar e votar, caso pensemos na questão dos cidadãos gregos, parcela que tinha autoridade naquela

sociedade, compreendemos também que era, de certa forma, uma democracia de representação por grupo privilegiado a falar em nome de todos em decorrência da nacionalidade.

O nome *ágora* foi transferido cedo da própria assembleia para o local em que a assembleia foi mantida; e assim, como o já dito, veio a ser usado para o mercado onde mercadorias de todas as descrições eram compradas e vendidas. A expressão mercado/shopping foi usada para significar a hora da manhã até o meio-dia, isto é, das nove às doze horas, mas em Creta, o nome original continuou a ser aplicado às assembleias populares até mais tarde (ANTHON, 1870).

A partir do século VII a.C., a realidade grega passou a se contextualizar com a aristocracia em baixa, a humanização das técnicas, a mundanização das relações sociais, a divulgação da escrita, a passagem do privado ao público, o que se configura na guerra, nos cultos religiosos, na justiça e na política; a substituição da vingança pelo ato jurídico e a afirmação da *ágora* – e não mais do palácio real – como centro da *polis* (VERNANT, 2002).

A *ágora* constitui-se como algo inteiramente novo: centro econômico, cultural, social e político. O palácio era restrito à aristocracia enquanto que a *ágora* é de livre acesso. A acrópole torna-se o centro de culto às divindades, frequentada publicamente pelos cidadãos, que têm acesso aos símbolos sagrados, antes reservados à aristocracia. As práticas sociais, antes restritas à aristocracia, tornam-se, com a *pólis*, atividades públicas, a qual o povo (cidadão grego) participa em maior ou menor grau, dependendo do momento histórico em que se vivia (VERNANT, 2002).

Podemos perceber que a vida pública do cidadão grego pode explicar a evolução política dele, pois, acostumado a debater, tem apego a suas ideias, a liberdade de manifestá-las, de fazê-las triunfar (GIORDANI, 1984, p. 31). Esse fato pode ser atrelado à retórica, como parte da democracia grega, por volta do século IV a.C., pois há um reforço social da retórica (em um contexto político e jurídico), o fim da tirania e o início dos procedimentos orais junto aos tribunais em busca dos direitos de terra que foram tomados dos gregos anteriormente⁸³. Nesse contexto, a democracia propiciaria um ambiente vasto para os direitos serem discutidos e para a retórica, como arte e como instrumento, a qual permite a amplitude desses espaços por mecanismos discursivos categorizados por ambientes em que se desenvolveriam as habilidades necessárias, entre elas, as de se falar em público. A *ágora* serviria a esse conceito de desenvolvimento pessoal/social.

⁸³Cf. Pereira (2006).

Assim, a *ágora* é o espaço onde se forjaram cidadãos conscientes, decididos a influírem nos destinos daquela pátria (BONAVIDES, 2014). Em virtude da existência dela, os cidadãos conviviam uns com os outros, era, portanto, o espaço da cidadania. Na Grécia - devido à *ágora* - a democracia foi praticada na forma direta; era a chamada democracia clássica, na qual os membros de uma comunidade deliberam diretamente, sem intermediação de representantes. Isto era possível na prática, porque a cidade era de reduzidas dimensões e a população diminuta, mas, como já afirmamos, eram poucos os participantes ativos que representavam apenas uma parcela da sociedade. Segundo Bonavides (2014, p. 288),

A Grécia foi o berço da democracia direta, mormente Atenas, onde o povo, reunido no *Ágora*, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública “no grande recinto da nação”. A democracia antiga era a democracia de uma cidade, de um povo que desconhecia a vida civil, que se devotava por inteiro à coisa pública, que deliberava com ardor sobre as questões do Estado, que fazia sua assembleia um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial. **Cada cidade que se prezasse da prática do sistema democrático manteria com orgulho um *Ágora*, uma praça, onde os cidadãos se congregassem todos para o exercício do poder político. A *Ágora*, na cidade grega, fazia pois o papel do Parlamento nos tempos modernos** (Grifos nossos).

Segundo Nitti, *apud* Bonavides (2014, p. 288) “Um povo sem *Ágora* era um povo escravo, como hoje o é um povo sem liberdade de opinião e sem direito ao sufrágio (Francesco Nitti, *La Démocratie*, t. I, p. 53)”. Podemos, então, dizer que a *ágora* representava a deliberação democrática e o ato de discursar foi fundamental para a construção das sociedades modernas, principalmente, das democracias. O falar em público era considerado uma das mais importantes qualidades de um cidadão⁸⁴, e, atualmente, tal fato vem ressurgindo nas sociedades modernas, o que vem sendo reforçado pelas construções das teorias contemporâneas de argumentação. Isso porque a sociedade deve contribuir de maneira mais efetiva com o debate de ideias, o que era o pilar formador da sociedade grega antiga. Os discursos, na Grécia, eram proferidos em um local específico: as *ágoras*, onde eram feitas as contribuições intelectuais para tornar as sociedades melhores, onde os filósofos se reuniam para discutir os temas mais relevantes para a *polis*, onde se reuniam para os julgamentos, onde ocorriam os atos negociais. Assim, os debates tinham como objetivo construir algo: solução prática para os problemas sociais, jurídicos etc. Os gregos desejavam consolidar a democracia, um dos mais importantes conceitos criados por eles, e as *ágoras* possuíam papel fundamental para isso, na formação política das cidades, pois eram os locais onde aconteciam as manifestações da opinião pública, enquanto exercício da cidadania.

⁸⁴ Ainda que pertencer a essa classe fosse privilégio de pessoas nascidas de mulheres gregas e que mantivessem essa condição social, pois, poderia perdê-la e se tornar homem livre, mas sem os privilégios de exercer as funções governamentais.

Em Atenas, como vimos, a *ágora* era uma grande praça, que ficava ao lado dos edifícios públicos e nas proximidades ocorriam as feiras. E não eram só os debates que aconteciam na *ágora*, pois, ao redor dessas “praças”, outras atividades eram desenvolvidas: sociais, religiosas, administrativas, performances teatrais, comerciais e legislativas. As *ágoras* eram o centro, o pulsar, das cidades da Grécia Antiga (CASTELLAN, s.d.), e, assim, os discursos proferidos nesses locais foram a base do conhecimento na época.

Quanto a base de conhecimento, reconhecemos que as APs como processos discursivos semelhantes aos que ocorriam na *ágora* em relação ao contexto de socialização e de debate nos valores sociais, políticos e econômicos, pois, os debates ocorridos nas *ágoras* ficavam ao encargo dos cidadãos gregos, assim quem não participasse ativamente, por não pertencer à classe, poderia ouvir e compreender as razões a serem definidas como regulamentares nas diversas áreas, como ocorre nas APs. Como nas *ágoras* gregas, a AP permite à sociedade formar ideias e participar dos debates envolvendo conteúdos sociais, econômicos, jurídicos etc., mesmo que de forma indireta, já que os oradores/expositores são representantes dos grupos sociais que serão atingidos pela norma diretamente e que toda a sociedade deverá seguir enquanto regra após o julgado. Podemos afirmar que o ato de debater é fundamental para a construção das sociedades modernas e, principalmente, das democracias, que inserem o cidadão como sujeito de ação e não apenas receptor das ações estatais⁸⁵. Podemos inferir que a praça pública grega, de certa forma, respeitando as diferenças históricas, sociais, econômicas, etc., alcançou seu espaço, no Brasil, na modernidade, quando os três poderes inseriam a possibilidade de utilização da AP, já que não é possível o exercício da democracia direta⁸⁶. É necessário instrumentalizar institutos que permitam deliberar assuntos importantes para a vida dos cidadãos e da sociedade como um todo. É preciso considerar que a participação da sociedade na *res publica* (coisa pública) atualmente tem sido facilitada em função das novas tecnologias de informação e comunicação⁸⁷, sobretudo a *internet*, exatamente como ocorre nas APs, que são divulgadas ao vivo pela TV Justiça, além da divulgação pela mídia comum e a disponibilização pelo *YouTube*.

⁸⁵ Compreendemos que essa questão ainda necessita ser desenvolvida no seio social, pois o papel do cidadão político ainda é pouco reconhecido pelo próprio cidadão, por inúmeras questões de ordem histórica, social, entre outros fatores.

⁸⁶ Lembramos que o exercício da democracia direta na Grécia Antiga era exercício de poucos também, somente homens gregos, considerados cidadãos, que exerciam o poder e participavam das deliberações decidindo o que seria adequado ou não, julgando, etc..

⁸⁷ As votações para o orçamento participativo também já ocorre *online* em alguns locais, sabemos que a disponibilização nem sempre movimenta a participação ou representa que o papel democrático é compreendido e exercido, na presente pesquisa, entendemos que há um longo caminho a ser percorrido, mas que a disponibilização do atos para conhecimento e participação já permite ampliar o acesso aos cidadãos no exercício da cidadania.

A *internet*, hoje em dia, faz parte do cotidiano de uma parcela significativa da população e permite a divulgação e o acesso a uma grande quantidade de informação, em várias áreas e nas mais diferentes esferas de poder: executivo, legislativo, judiciário, em nível federal, estadual ou municipal. A utilização da *internet* como ferramenta democrática possibilita que um número maior de cidadãos possa discutir os problemas da sociedade e isso independente do local onde ele esteja, ampliando o espaço físico da *ágora* para o espaço cibernético. Independente dessa questão, a AP, na Jurisdição Constitucional, tem um espaço físico de funcionamento semelhante ao que ocorria na *ágora*, com a convocação efetuada por uma autoridade, que delimita o âmbito da discussão e permite a participação de sujeitos da sociedade que representam autoridades na temática e a participação como ouvinte de toda a sociedade⁸⁸.

Compreendemos que os gêneros são adaptáveis a novas situações sociais, permitindo que se modifiquem, com o passar do tempo, acompanhando a história das atividades sociais. Os gêneros textuais podem, inclusive, separar-se de suas funções originais, atendendo a finalidades às quais, outrora, não atendiam, ampliando, portanto, sua possibilidade de ocorrência, isto é, a diversidade textual que determinado gênero pode abarcar. Esses desvios a modelos preestabelecidos fazem com que os gêneros contribuam constantemente para sua própria evolução histórica, sendo um fator importante verificar como o gênero atualmente circula e o alcance e acesso permitido pela própria tecnologia. Pensando nisso e considerando que o grau de formalidade atribuído a gênero pode ter sido abrandado ou intensificado com o decorrer das práticas sociais, bem como o modo de circulação dos textos e seu público alvo, vamos discorrer no próximo item sobre a AP no Direito, compreendendo que o fundamento histórico dessa formação de gênero encontra-se na história grega.

2.2 A Audiência Pública no sistema brasileiro: uma tentativa de definição

Em âmbito geral, podemos identificar a AP como um processo de participação aberta à população, representada por grupos presentes na sociedade, para que possa ser consultada sobre assunto que a afetar, a fim de participar do processo discursivo. A participação ativa nos assuntos públicos, como requisito das democracias mais modernas, faz com que a AP se constitua em uma possibilidade de instrumento de legitimação das decisões, seja em que

⁸⁸ Sabemos que na Grécia Antiga, a questão da representação era impensável, tanto que para levar aos Tribunais seus discursos os cidadãos recorriam aos logógrafos para redigir seus termos, os quais seriam lidos nos Tribunais (Cf. Pereira, 2006).

âmbito for, através de um processo discursivo, no qual, constantemente, a comunidade teria o direito de se manifestar sobre a melhor forma de administração da coisa pública.

O que qualifica uma audiência como pública é a participação oral e efetiva do público no procedimento ordenado, como parte no sentido jurídico, e não como mero espectador. Dessa forma, qualquer sessão, ainda que aberta ao público, mas cujo comportamento dos presentes seja apenas de ouvinte, passivo, silencioso, contemplativo, será apenas uma audiência. Pela mesma lógica, caso o procedimento formal estabelecido previamente não seja observado pelos participantes, também não se estará diante de uma AP, pois caracterizará apenas reunião popular, com livre troca de opiniões entre o administrador e os particulares acerca de determinado tema. Somente com a junção da formalidade e da efetiva participação na Jurisdição Constitucional⁸⁹ é que se constituirá o instituto da audiência como AP.

A AP não é um instituto novo no Direito brasileiro, sua regulamentação remonta a 1987, pois há, desde 1986⁹⁰, previsão normativa de sua aplicabilidade no Poder Executivo, pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA)⁹¹, com a finalidade de fixar diretrizes gerais para o uso e implementação da avaliação de impacto ambiental como um instrumento de política nacional do meio ambiente. Porém, ela vem ganhando espaço nas esferas de poder, devido ao viés democrático que se instaurou com a CRFB/88⁹², colocando em jogo a participação social para legitimação, e com a possibilidade de realização da AP no Poder Legislativo, em seu artigo 58 (RAIS, 2012).

Com essa previsão, foi necessário adequar os Regimentos Internos⁹³ do Congresso Nacional e das Casas constituintes, quando se definiu o regime jurídico a ser aplicado à AP e onde se determina que o meio de manifestação na AP seria por escrito, ainda que o rito necessite da oralidade para sua realização (apresentação da exposição escrita e de forma conclusiva, mas também marcada pela oralidade pela necessidade de leitura do texto apresentado, facultando aos membros da comissão interpelar para esclarecer) (RAIS, 2012).

⁸⁹ “[...] a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.” (BARROSO, 2007, p. 04). Segundo Kelsen (2006, p. 123) “é um elemento do sistema de medidas de técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”, ou seja, é a outorga de poderes a determinado órgão jurisprudencial para verificar a conformação das leis e demais atos texto constitucional, no nosso ordenamento é o Supremo Tribunal Federal (STF).

⁹⁰ Resolução nº001, de 23 de janeiro de 1986.

⁹¹ Composto por representantes dos governos federal, estadual e municipal, por representantes de empresários, e por representantes de ONG's e demais integrantes da sociedade civil organizada.

⁹² O regime interno da Constituinte, em 1987, determinada pela Resolução nº02, de 25 de março de 1986 inseriu a segunda possibilidade de uso da audiência pública no Ordenamento Jurídico brasileiro.

⁹³ Normas que regulam o funcionamento dos órgãos.

No mesmo caminho, a Lei Orgânica do Ministério Público, em 1993, coloca a AP como uma das providências preestabelecidas para o exercício dos direitos constitucionais e a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, também previu a necessidade de instauração da AP, quando as licitações tratem de grande vulto, assim consideradas aquelas cujo valor estimativo é superior a cento e cinquenta milhões de reais (RAIS, 2012).

A partir de 1996, institui-se a AP como requisito para o desfecho do processo decisório que afete direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores. E três anos depois, a Lei do Processo Administrativo, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, possibilitou a instauração da AP, deixando evidente o caráter participativo atribuído a essa audiência, indo além do mero mecanismo de informação aos interessados para encampar o instrumento de participação desse público. Em seguida, surgem as Leis nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e nº 9882, de 3 de dezembro de 1999, as quais inserem a AP na Jurisdição Constitucional, que nos interessa na presente pesquisa (RAIS, 2012).

Posteriormente, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, faz várias imposições de utilização da AP⁹⁴. Mais recentemente, o TST, através de seu Ato Regimental nº 1, de 24 de maio de 2011, alterou seu Regimento Interno para permitir a realização de AP em sua competência, regulando o procedimento dela (RAIS, 2012).

Somente em 2007, após a vigência da norma que permitiu a AP na Jurisdição Constitucional (em 1999), que ocorreu a primeira AP realizada pelo STF, com a decisão monocrática proferida pelo ministro relator, Carlos Britto, atendendo à solicitação feita pelo petionário na ADI nº 3.510, que discutiu a constitucionalidade da Lei Federal nº 11.105/05, a chamada “Lei de Biossegurança”. Busca-se pelas APs uma maior participação da sociedade civil para dirimir a controvérsia constitucional e legitimar a decisão a ser tomada pelo Plenário do STF, em conformidade com o que diz a norma, a qual permitiu o uso das APs na Jurisdição Constitucional, sendo tal fato enfatizado pelo ministro relator da ADI nº 3.510:

Portanto, nós do Supremo Tribunal Federal, queremos, com esta audiência, homenagear a própria **sociedade civil organizada, que passa a contribuir constitutivamente**, por certo, **para a prolação de um julgamento que repercutirá profundamente na vida de todas as pessoas**, sabido que o STF é mesmo uma corte, uma Casa de fazer destinos, e destinos brasileiros, e esse tema é paradigmático, emblemático para a realização desse tipo de audiência (STF 2007, p. 914) (Grifos nossos).

A sociedade civil pode ser representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como

⁹⁴Artigos 2º; XIII; 40, I; 43, II; e 44

mediador ou suprimindo-os; como base nelas há solicitações que o sistema político deverá responder; como ocorre no campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impelem à conquista do poder político e público (BOBBIO, 1987). Assim, podemos dizer que a sociedade civil organizada são grupos, ou parcela da sociedade que busca atuar como força de poder, que fundamentam as relações econômicas, culturais e sociais, cujos conflitos demandam soluções políticas, mas também promovem alternativas para solucionar os conflitos, sendo eles que farão as exposições, em grande maioria, nas APs. Nesse sentido, há forças de poder envolvidas na solução de conflitos como as ocasionada pelos assuntos tratados nas APs, e, por isso, há necessidade de escutá-los para tornar a decisão legítima, pois representam interesses sociais inerentes a grupos daquela sociedade sobre determinado assunto.

Além disso, observamos que as expressões na citação que designam o tema da AP são ‘paradigmático’ e ‘emblemático’. É relevante a escolha dos adjetivos, pois condizem com a inovação naquele momento por ser a primeira AP e demonstra a modificação de pensamento na Jurisdição Constitucional pela realização da AP e o que ela representa. No processo judicial, ou seja, no ramo do Direito, há três tipos de audiências: as de conciliação ou mediação, em que as partes, juntos com seus advogados/procuradores tentam realizar uma composição; as de instrução e julgamento, em que o juiz, as partes e seus advogados, bem como testemunhas e auxiliares da justiça, participam para que haja um julgamento e, conseqüentemente, uma decisão, é nessa audiência que os ministros se reúnem em plenário para decidir as ações de inconstitucionalidade, permitindo a participação das partes e dos *amicus curiae*; e as de justificação, em que o juiz solicita informações adicionais sobre as alegações do autor. As APs eram realizadas, normalmente, no Poder Legislativo e no Executivo, sendo um instituto novo no Poder Judiciário, pois, as audiências no Poder Judiciário, de cunho processual, têm, normalmente, caráter público, mas limitativo a quem pode nelas intervir, ainda que de livre observação, além disso, em questões sensíveis ou ações de segredo de justiça, torna-se ainda mais limitada a possibilidade tanto de participação como de observação.

APs analisadas foram instauradas, em conformidade com as determinações do Regimento Interno (RI) do Poder Legislativo, Senado Federal (RISF), pois ainda não haviam sido regulamentadas pelo RI do STF (RISTF). Assim, os relatores utilizaram-se dos ritos do Poder Legislativo para realizar as primeiras três APs. Podemos, de forma geral, identificar as APs como reuniões que no Poder Legislativo podem ser promovidas pelas Comissões Parlamentares e, no Poder Judiciário, podem ser promovidas pelos relatores das ações de

inconstitucionalidade ou pelo Presidente do STF⁹⁵, quando considerar necessário para o tema debatido, e das quais podem participar legisladores, cidadãos, representantes de entidades da sociedade civil, técnicos e especialistas com o objetivo de promover o debate em torno de temas ou questões de interesse público na área da respectiva Comissão, no caso do Legislativo, e na área da respectiva ação, na Jurisdição Constitucional.

Como podemos perceber, a implantação da AP nos sistemas decisórios, seja administrativo ou judicial, como meio de possibilitar a participação social, vem aumentando gradativamente com as previsões legais e com as regulamentações de como realizá-las.

Para compreender o gênero AP e suas condições enunciativas, é necessário conceituá-la, ainda que não haja consenso. As APs (*public hearing* – do direito inglês e norte-americano – ou *enquêtes publiques* – do direito francês), em geral, são instrumentos que possibilitam uma decisão, que pode ser política ou legal dependendo do órgão em que for produzida, na qual se busca legitimidade e transparência. Em nossa pesquisa, percebemos o caráter dúbio da AP no Poder Judiciário, pois ela tanto é legal como política, uma vez que se discute política pública na Jurisdição Constitucional. Está inserida como instância opinativa, consultiva e probatória no processo de tomada de decisão (judicial ou administrativa ou legislativa), no qual permite à autoridade competente ouvir as pessoas que sofrerão os reflexos da decisão e assim oportunizar, em condições de igualdade quanto aos participantes, a manifestação das várias opiniões sobre o assunto debatido antes do desfecho do processo. É isso que o relator da ADI n° 3.510 afirma na AP desse processo: “Trata-se de uma **audiência introdutória, preparatória da audiência ortodoxamente jurisdicionalmente**, que faremos em breve tempo para julgamento, ai sim, do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.510.” (STF, 2007, p. 912) (Grifos nossos).

Tais opiniões não se vinculam à decisão, têm caráter consultivo e, no nosso caso, educacional, e a autoridade, embora não esteja obrigada a segui-las, deve analisá-las segundo seus critérios, acolhendo-as ou rejeitando-as. Então, a AP torna-se um instrumento para cuja decisão, seja política, seja legal, poderá construir legitimidade e transparência, essa transparência decorre tanto da publicidade como também das razões de decidir.

Para compreendermos melhor o que seja o instituto, apresentaremos uma primeira definição:

[é] um instrumento que auxilia a tomada de decisões, permitindo o diálogo entre a autoridade que decide e a sociedade que conhece as peculiaridades do objeto da decisão, seja pela *expertise* na área, seja por ser sujeito direto ou indireto dos efeitos

⁹⁵Somente a partir da regulamentação no próprio RISTF.

da decisão que se seguirá. Sua condução se dá, necessariamente, pela oralidade e é pautada pela elevada transparência, atribuindo maior substrato factual para a autoridade que decide, além de ampliar a legitimidade da decisão (RAIS, 2012, p. 34) (Grifo do autor).

Nessa definição, alguns termos nos parecem importantes para a pesquisa, como “diálogo”, “autoridades” e “sociedade que conhece as peculiaridades do objeto da decisão”, bem com os efeitos esperados dela como “maior substrato factual para a autoridade que decide” e “ampliar a legitimidade da decisão”. Entretanto, frisamos que este primeiro conceito pode ser tomado para a AP realizada em qualquer âmbito da Administração Pública⁹⁶. Ao pensarmos na possibilidade de instauração da AP no âmbito da atividade jurisdicional, poderemos entender certa perplexidade inicialmente demonstrada sobre este fato, como vemos na seguinte exposição:

O Judiciário sempre foi considerado o mais hermético dos poderes. Talvez pela linguagem utilizada por aqueles que lidam com o direito, as vestimentas sóbrias dos juízes, a forma de acesso ao cargo, a necessidade de se mostrar imparcial, talvez por tudo isso o Judiciário sempre se manteve a distância “segura” da população (DIAS, 2010 *apud* RAIS, 2011, p. 27) (Grifos nossos).

Aliás, essa perplexidade era amparada também pela forma como o conteúdo do Discurso Jurídico era produzido, como um conhecimento de área específica produzido para um grupo seletivo de interlocutores. Assim,

É indiscutível que a linguagem forense possui especificidades **que a tornam um dialeto inconfundível com os outros do cotidiano do falante e, os que a usam, procuram cultivar essa individualidade, tornando, na maioria das vezes, extremamente complexo o acesso àqueles que pleiteiam a Justiça**, retardando a prestação jurisdicional. **É um discurso em que figuram expressões em latim, palavras arcaicas e eruditas que, pode-se dizer, são relacionadas à coerção do “outro” na relação dialógica** (BRITO, 2009, p.4) (Grifos nossos).

Compreendemos que a AP trouxe uma aproximação da sociedade civil e dos interesses da comunidade pela utilização de uma linguagem comum, inclusive citações literárias realizadas pelos ministros em seus votos⁹⁷, buscando promover uma comunicação mais próxima da sociedade. Inserimos nessa questão da proximidade, a necessidade dos ministros falarem a respeito das ações em meios de comunicação através de entrevistas. Porém, o ritual

⁹⁶Podemos considerar em todos os Poderes da Administração Pública: Executivo, Legislativo e Judiciário, ainda que haja algumas peculiaridades na aplicação e nos procedimentos seguidos. De acordo com Rais (2012, p. 34) “as palavras de André Ramos Tavares que sintetiza a problemática da seguinte maneira: a Administração Pública direta ‘é o próprio poder Executivo e, no que se refere às funções atípicas (administrativas) os demais poderes (Legislativo e Judiciário).

⁹⁷ O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Padre Antônio Vieira disse-nos: “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 (STF, 2012, p. 31).

(vestimentas, o trato, e a linguagem jurídica) deverá continuar, inclusive quando necessário a utilização de termos técnicos, bem como, a necessidade de demonstrar imparcialidade, sendo esta última um efeito de linguagem⁹⁸. A própria interferência para que a AP siga um trâmite devidamente traçado é parte desse ritual jurídico. O próprio MacCormick (2006) reconhece ser uma busca comum aos juízes a questão dos valores honradez e honestidade, cuja prática jurídica fez “mais para desenvolver hábitos de imparcialidade do que muitos dos que os acusam com maior estridência” (MACCORMICK, 2006, p.22).

Assim, mantendo algumas características próprias do Direito, na Jurisdição Constitucional, é necessário ter permissão ou autorização prévia para participar da AP⁹⁹, por esta ser parte de um sistema procedimental e, portanto, controlado, porque o Discurso Jurídico é institucionalizado e ritualístico, não sendo possível ampliar, sem controle, a participação a seus atos processuais, que demandam um devido processo legal. Podemos dizer ainda que a AP tem dupla natureza pública, pois traz publicidade e transparência próprias do mecanismo, em que se pontuam a oralidade, a mediação, a assistência, os registros e as publicações dos atos, como também a participação processual com a abertura aos segmentos sociais interessados em participar da deliberação. Segundo Rais (2012, p.48):

Audiência Pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o instrumento pelo qual essa Corte ouve o público especializado ou dotado de experiência na matéria para esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante, com a finalidade de criar oportunidade para se debater simultaneamente as teses opostas e com fundamentos variados, ampliando e fomentando o debate dentro e fora do Tribunal, ampliando a transparência e a publicidade das atividades do Supremo Tribunal Federal e trazendo maior pluralidade ao processo constitucional, além de aproximar a sociedade da Corte e, ainda, possibilitar a aferição de efeitos do julgado, realizando um prognóstico do comportamento social diante da decisão tomada.

A função dos oradores/expositores/interlocutores na AP é colaborar para que os ministros, principalmente o relator e a mesa (AGU, PGR e relator), compreendam as diversas perspectivas sobre o assunto tratado, tanto pela especialização quanto pela experiência, que não são de fundo jurídico e subsidiarão tanto as decisões dos ministros, como possibilitarão que a decisão possa ou não ser legitimada junto à sociedade pelo processo argumentativo instaurado na própria AP. Indiretamente, os oradores colaboram para que a sociedade possa debater e compreender as perspectivas apresentadas na AP, quando há disponibilização do

⁹⁸Cf. Pereira; Vieira (2015).

⁹⁹ Reafirmamos que na *ágora* grega tanto a limitação dos integrantes da sociedade que participavam do processo discursivo, como a perspectiva de uma democracia direta, produzida pelo próprio cidadão, impedia a noção de representatividade como a encontrada nas APs. Acreditamos que tal fato não é razão suficiente para não pensarmos nas APs como semelhante à *ágora* grega, tendo em vista a necessidade de adequação do gênero enquanto espaço/tempo, bem como novos conceitos como o de representação na democracia.

conteúdo e a divulgação para toda a sociedade durante a realização e mesmo na antecedência da AP quando a mídia divulga que o debate ocorrerá. A possibilidade de prognóstico é importante tendo em vista que se busca a efetividade da norma constitucional. Uma decisão cujo comando não seja acatado permitirá nova norma ou, no mínimo, pouca relevância social, já que a sociedade não a amparará como legítima, podendo ser descumprido o comando decisório, não proporcionando efetividade.

Compreendemos, então, que, na Jurisdição Constitucional, além da legitimação e do caráter pedagógico, a AP funciona como um instrumento de conscientização comunitária, através da legítima participação de grupos sociais em temas de interesse público e social e da ampliação do debate na própria sociedade referente aos assuntos discutidos. Os debatedores seriam os mediadores habilitados, tanto quanto os próprios ministros no papel de julgadores, fato decorrente do espaço social que ocupam. Os debatedores podem ser convidados pelo ministro relator em razão de seu *status* na sociedade acadêmica ou indicados pelas partes interessadas¹⁰⁰.

Foram colocadas como objeto da pesquisa duas Audiências Públicas separadas entre as 19 já realizadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), até o dia 11 de novembro de 2017. Os números foram se alterando em decorrência do tempo da pesquisa. Assim, no início do projeto, tínhamos como possibilidade de escolha 14 audiências realizadas. Já na apresentação do projeto final, tínhamos 17 audiências realizadas. Até a presente data, foram realizadas 22 APs. As três primeiras audiências ocorreram antes da regulamentação regimental (2009), quando o procedimento de realização das Aps foi normatizado. Até então, eram adotados pelos ministros relatores os parâmetros procedimentais regulamentados no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) para conduzi-las. Isso foi possível porque a AP é um instrumento político, que já era utilizado pelo Legislativo para debater as proposições ali apresentadas junto à comunidade e passou a ser utilizada pelo Judiciário, na última instância judicial, com similaridade ao que ocorria no Legislativo. Entre essas três, escolhemos duas para objeto de análise: a primeira AP realizada pelo STF, que foi convocada pelo ministro Carlos Britto, relator da ADI n° 3510, ocorrida em 20 de abril de 2007, e a terceira AP referente à ADPF n° 54, ocorrida nos dias 26 e 28 de agosto; 04 e 16 de setembro de 2008, de relatoria do ministro Marco Aurélio. Ambas questionavam a compatibilidade das normas em relação aos preceitos constitucionais. A ADI n° 3.510 teve como temática a impugnação do

¹⁰⁰ Ocorreu a chamada pública para participação da AP na ADPF n° 442, a fim de discutir a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, cujos interessados em participar deveriam solicitar inscrição até o dia 25 de abril de 2018.

artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), que permitiu a utilização de embriões para fins de pesquisa e terapia. Já a ADPF nº 54, terceira AP realizada, teve como preceitos vulnerados o art. 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os artigos 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República, e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40), questionando a possibilidade de punição pela prática de aborto dos médicos e das mulheres quanto à antecipação terapêutica do parto quando o feto fosse anencefálico. O conceito de anencefalia foi o pano de fundo que convergiu quanto à questão embrionária no sentido de que a vida deveria ser protegida.

Nesse ponto, cabe salientar que a necessidade de legitimidade se dá também em relação ao modo como os ministros são empossados no cargo. Isso porque, no Poder Legislativo e no Poder Executivo, cujo poder decisório é oriundo de um mandato em exercício, o poder, teoricamente, decorre do voto popular por procedimentos eleitorais. Assim, a necessidade de diálogo é devidamente justificável, tendo em vista o retorno necessário aos demandantes do poder (povo), o que não procede em relação ao Poder Judiciário, pois os cargos são preenchidos, em sua maioria, através de concurso público¹⁰¹. Como percebemos, a legitimidade do poder é oriunda de fontes diferentes. Nesse sentido, a perspectiva da tecnicidade torna-se um elemento de diferenciação para a autoridade exercer o poder decisório em cada Poder em um Estado Democrático, mas, principalmente, do que não procede de um comando direto do povo. Segundo Rais (2012, p. 38), talvez seja por isso que: “[...] não encontramos um tratamento jurídico a essas audiências, salvo a previsão que será estudada adiante que se refere à Justiça Constitucional”. Pois, é na Jurisdição Constitucional que acontece a interpretação a respeito da constitucionalidade ou não da norma, quando há interferência direta de valores morais, éticos, sociais, religiosos, jurídicos etc., com necessidade de a fundamentação seguir no sentido de justificação. Além disso, é quando a sociedade partilha desse processo decisório, que a AP terá seu papel político-jurídico acentuado.

Para Gomes (2001, p. 128)

A Audiência Pública, no âmbito jurídico é, portanto, um instrumento legal para assegurar à sociedade a proteção aos seus interesses individuais, difusos e coletivos. Tem se tornado hoje um importante sistema de cobrança social visto que é uma

¹⁰¹ Como vimos, a forma de composição dos membros no STF é realizada por indicação do Poder Executivo e por análise (sabatina) do Poder Legislativo.

forma de o cidadão participar coletivamente e de se integrar à esfera pública que a princípio lhe pertence.

Como se vê, a AP, como espécie do gênero participação popular, audiência, constitui-se em importante vertente de prática democrática, tomada em sua plena concepção doutrinária, que é a possibilidade de acesso e exercício do poder. Ela se constitui em meio de obtenção de informações, que capacitam o cidadão para uma participação de resultados, seja através da legitimação dos atos compartilhados com a Administração, seja através de uma constante negociação democrática, mesmo que se restrinja a certo grupo, temos o indício de uma prática democrática.

A AP constitui-se hoje como instrumento político jurídico que tenta responder à crise de legitimidade pela qual passa a democracia contemporânea: a redução do papel do estado nas decisões da esfera econômica, política e social e a inserção do sujeito na esfera pública, como ativo e agenciador de suas próprias convicções (GOMES, 2001, p.132).

Nesse contexto, necessário desenvolver o conceito de deliberação pública e democracia participativa, o que será feito no próximo item.

2.3 Deliberação pública e democracia participativa

O grego é curioso; observa, reflete, compreende; conhece o valor da palavra e do gesto. Perora como respira. O vulgar se entrega a intermináveis bisbilhotices em um canto do mercado; mas os melhores tocam levemente em assuntos os mais diversos ou tratam dos mais elevados (GIORDANI, 1984, p. 30).

A necessidade de deliberar publicamente em defesa dos direitos dos cidadãos foi o fator desencadeante para o desenvolvimento da Retórica no seio social da Grécia antiga. A habilidade de se expressar em público é preocupação não apenas dos gregos, pois passa também pelos romanos, e chega até a modernidade. A própria noção de democracia trãsita pela noção de deliberação, sendo o deliberativo um dos gêneros descritos por Aristóteles, como o que trata do útil e do nocivo à sociedade. Assim, o estagirita apresenta o conceito para deliberação, sob o nome de “gênero deliberativo”, como uma classe de discursos retóricos, distinta das outras classes e definida por características técnicas.

Acompanhando esse pensamento, Bohman (2009, p. 31) afirma que “A deliberação foi pensada por Aristóteles (1941) para ser atividade paradigmática da virtude política e da autorregulação. Somente aqueles que podem deliberar bem podem manter seu próprio autogoverno”. Compreendemos, como Bohman (2009, p. 69), que:

A deliberação pública é um diálogo com um objetivo particular. Ela almeja superar uma situação problemática através da solução de um problema ou resolução de um conflito. **A atividade conjunta através da qual a deliberação se constitui como esfera pública é dialógica e não meramente discursiva.** Os discursos empregam critérios regulativos específicos de justificação, e eles são tipicamente estruturados em direção a um tipo ou outro de demanda. [...] o diálogo é uma mera troca de razões. **Ele não almeja necessariamente produzir demandas bem justificadas, mas sim demandas que são amplas o suficiente em escopo e suficientemente justificadas para serem *accountable* diante de um público indefinido de concidadãos** (Grifos nossos).

Nesse sentido, a deliberação amplia o objeto a ser problematizado e deve permitir a maior quantidade de participantes possíveis, ainda que a participação seja indireta. Entendemos que as AP se inserem na perspectiva argumentativa, tendo em vista que haverá critérios regulativos específicos de justificação, tanto para sua realização quanto para os interlocutores/expositores/oradores que delas participaram, mesmo com características expositivas, educativas. Percebemos, todavia, que há uma ampliação no conceito de público, causando uma indefinição em relação ao público alcançado, ou seja, aos concidadãos, sendo esses, pois, um dos efeitos desejados em decorrência de sua transmissão pela TV Justiça, e a disponibilização via *YouTube*. Isso ocorre diferente do que propõe Bohman (2009, p. 69) para discursos legais, que para ele, “são constrangidos por argumentos e demandas que são consistentes com o corpo da lei”. Na AP, o discurso que se propõe para debater a norma legal não envolve apenas o corpo da lei, ainda que decorra dela, mas trás também assuntos que lidam com interesses sociais e que afetam a sociedade diretamente, por isso os argumentos são extrajurídicos.

Nesse sentido, aponta Gomes (2001, p. 132),

A Audiência Pública não é apenas uma ordem jurídica baseada em Leis, ela é principalmente um ordenamento político, já que os sujeitos asseguram seus direitos amparados não só na Constituição, mas também numa consciência política social. Dessa forma, nota-se que o legal insere-se e relativiza-se no âmbito político. A compreensão da justiça só se dará no contexto social, isto é, na visualização do outro, das suas necessidades, projeções, valores e problematizações. É na instauração do diálogo na esfera pública, que o legal se relativiza em político.

A noção de justiça começa a ser desenhada, tendo em vista que é um conceito abstrato que necessita ser preenchido de conteúdo para se assentar em uma sociedade específica, por isso suaviza-se no político com a participação social. Assim, entendemos que o diálogo é na esfera pública um processo inerente à noção de democracia, quando se propõe a necessidade de deliberar para se autorregular, considerando que a deliberação é uma forma de argumentação em um espaço determinado para tal situação comunicativa. Atualmente, é impossível se autorregular como acontecia na Grécia antiga através da democracia direta, e isso se dá tanto pela complexidade das sociedades modernas, como pelos espaços físicos dos

Estados, mesmo com a tecnologia utilizada como mediadora. Existem alguns institutos determinados constitucionalmente que se aproximam dessa autorregulação pelos cidadãos como o orçamento participativo municipal¹⁰², e na Jurisdição Constitucional temos o *amicus curiae* e inserimos aqui a AP, pois “[...] o ideal aristotélico de deliberação pressupõe uma comunidade política pequena e homogênea. A deliberação é sem dúvida facilitada se os cidadãos concordam com a maioria dos problemas relativos ao valor e à crença” (BOHMAN, 2009, p. 31). A AP expande a questão do valor e da crença quando abre para discursos a respeito de assuntos que são transversais a valores e crenças, como nas APs analisadas, pois os participantes produzem suas exposições fundamentadas tanto em valores e crenças, como em conhecimento técnico e científico. Assim, na Jurisdição Constitucional, a AP funcionaria, como instrumento de conscientização comunitária, como meio de participação legítima de grupos sociais em temas de interesse público e social, mas também como forma de ampliar o debate na própria sociedade referente aos assuntos discutidos. Os debatedores seriam os mediadores habilitados¹⁰³, bem como os próprios ministros no papel julgador imputado pelo espaço social que ocupam, inserindo-se também como debatedores os representantes da AGU e da PGR componentes da mesa nas APs. A mídia deve ser inserida como mediadora e divulgadora.

Todavia, não basta que haja a deliberação, é necessário que a deliberação seja democrática e, quanto a essa questão, Marques (2009, p. 20) propõe outros pontos a fim de se verificar a perspectiva democrática no processo:

A construção de capacidades comunicativas necessárias ao debate não é fácil, pois a ação de tornar explícitos os pontos de acordo e desacordo em uma controvérsia está intimamente ligado às relações de poder localizadas no centro das interações sociais. **É necessário, então, verificar na prática discursiva dos indivíduos como as opressões simbólicas, as desigualdades econômicas, a invisibilidade social e a falta de habilidade para usar racionalmente a linguagem criam barreiras ao engajamento na deliberação** (Grifo nosso).

Devemos observar se a deliberação é desencadeada em uma linguagem acessível a qualquer pessoa da comunidade, pois o uso de um discurso técnico-científico poderia excluir interlocutores. Conforme Foucault (2007), há entre o conhecimento e o poder uma relação dentro da coletividade e quem detém o saber constrói o discurso que ordena a sociedade. A

¹⁰²O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) trouxe essa determinação em seu artigo 44. “No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do artigo 4º desta Lei **incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas** sobre as propostas do plano plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do orçamento anual, **como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal**” (Grifo nosso). Segundo Rais (2012, p. 32), “a consulta pública é escrita e por essa razão tem um procedimento distinto da audiência pública que é essencialmente oral”.

¹⁰³Podem ser convidados pelo ministro relator em razão de seu *status* na sociedade acadêmica ou indicados pelas partes interessadas.

linguagem específica utilizada por determinadas áreas de conhecimento exclui da compreensão outros sujeitos, para os quais a única possibilidade é aceitar o discurso produzido pelos “sábios” como “verdades”. Assim, as práticas nas diversas esferas (políticas, econômicas, jurídicas e científicas) acabam sendo utilizadas com o fim de manipular o indivíduo, exercer poder sobre ele em face da ignorância estabelecida em decorrência das esferas de conhecimento, proporcionando a utilização da retórica como instrumento discursivo. Mantém a relação entre saber e poder como uma espécie de reciprocidade: “O exercício do poder cria perpetuamente saber e, inversamente, o saber acarreta efeitos de poder” (FOUCAULT, 2007, p. 80), exceto quando facilitamos a informação de forma a democratizá-la no seio social. Isso porque mesmo sendo o discurso nas APs produzido por grupos sociais de representação científica e acadêmica, o caráter pedagógico, educativo, prevalece no sentido de diluir a técnica em falas simples para qualquer um do povo compreender as questões, assim, acreditamos que pela linguagem e pela didática utilizadas nas APs tal questão seria superada.

Por isso, na AP é possível manter um processo deliberativo, mesmo sendo um discurso produzido, quase na sua totalidade, por especialistas em determinada área representantes de grupos sociais, que, ao expor suas razões, deverão utilizar uma linguagem que alcance todo e qualquer interlocutor, possibilitando a compreensão dos assuntos deliberados, caso contrário, a AP perderia seu objetivo principal que é deliberar sobre o tema para produzir informação, para trazer conhecimento.

[...] as democracias constitucionais modernas abriram um espaço para muitas formas de deliberações públicas. Certamente, os direitos por elas assegurados, como liberdade de fala, expressão, associação e investigação, ofereceram todas as condições necessárias para uma deliberação bem sucedida. Esses direitos também são exercidos em práticas partilhadas com os outros, incluindo o debate, a discussão e a escrita dirigida para uma audiência na qual os cidadãos são livres e iguais (BOHMAN, 2009, p. 31).

Compreedemos então que a deliberação pública somente será democrática se ocorrer a capacidade de participar do debate e de compreender o debate como prática partilhada em uma dinâmica dialógica, em um processo deliberativo que busque reduzir a distância entre as decisões do STF e o entendimento da população sobre os assuntos que interferem diretamente no cotidiano, ainda que a população não participe diretamente e seja representada por associações civis no procedimento.

É exatamente nessa perspectiva que se enquadra a realização de AP pelo STF, enquanto mecanismo processual apto a viabilizar, o diálogo com os diversos setores da sociedade, no sentido de possibilitar a compreensão da sociedade do porquê de a decisão ser

aquela e não outra. Isso fica bem claro na introdução da ADI n° 3.510, quando a Ministra Presidente (2007, p. 910) afirmou que:

As minhas palavras iniciais são apenas para saudar os participantes, agradecer a presença da comunidade científica que vê trazer a este Tribunal o aporte do seu conhecimento, acumulado ao longo do tempo, sobre uma material tão difícil, quanto esta que constitui o objeto da ação direta de inconstitucionalidade, e dizer-lhes que o ato de julgar é, antes de mais nada, um grande exercício de humildade intelectual. Por isso, o Supremo Tribunal Federal **se reúne para ouvir a opinião de especialistas acrescentar e aprofundar conhecimento, para que possa**, ciente das limitações que são próprias ao ser humano, tentar encontrar a melhor solução neste caso, como nos outros (Grifo nosso).

Consideramos que por ser um assunto técnico, há a necessidade da AP, pois, em tese, a maioria dos ministros não possuiria conhecimento profundo a respeito dos assuntos relacionados às esferas de saber discutidas na AP, embora sejam detentores do conhecimento e saber na esfera jurídica, pois como requisito para o exercício do cargo dever deter notável saber jurídico.

Compreendemos que somente se a exposição puder ser compreendida por cada interlocutor, ainda que não letrado, poderá o processo discursivo ser legitimado pelo diálogo entre os diversos atores, inclusive dando voz aos oprimidos socioeconomicamente, como de fato aconteceu no caso da *Raposa do Sol*, por exemplo¹⁰⁴, apesar de que não bastou o *status* social de integrante do corpo indígena, ainda teve de se vestir de outro *status* para ser ouvida: advogada (portadora do conhecimento jurídico). No mesmo sentido de ouvir os que sofreriam ou sofreram a circunstância, temos o relato efetuado pelo casal (Michele e Ailton) inquirido na ADPF n° 54, no dia 04 de setembro de 2008 (STF, 2008d), cujo *status* é vivencial, experimentado, quanto a temática antecipação terapêutica do feto anencefálico.

Segundo Bohman (2009), somente uma abordagem dialógica, que permite a alteridade, ou seja, que vê o outro como pessoa, permite a reflexividade necessária para imputar legitimidade às decisões. Nesse sentido, afirmamos que seria necessário sentir o que o outro sente e respeitar o outro como diferença, nesse processo tanto o *pathos*, quanto o *ethos* fazem a diferença. Reconhecer o outro como sujeito permite equiparação de armas no processo argumentativo, sem privilégio do tipo de conhecimento que está sendo utilizado na deliberação, mas permitindo que todos os argumentos, independentemente da esfera de conhecimento, possuam o mesmo *status* no processo avaliativo para a tomada de decisão.

Como já dito, a compreensão da justiça deve passar pelo contexto social, colocando em evidência o outro, suas necessidades, projeções, valores e problematizações, e isso

¹⁰⁴Quando a índia e advogada foi uma das expositoras.

somente é possível no diálogo desenvolvido na esfera pública, ainda que seja por representação dos grupos sociais envolvidos. Foi nesse sentido que o depoimento de Michele foi solicitado pelo ministro relator (STF, 2008d) ao saber da presença da depoente, após a apresentação de um vídeo estilo depoimento, denominado *Quem são elas?*, em que se apresenta, em alguns minutos, as vozes e a autonomia de duas gestantes: Michele e Érika¹⁰⁵. A expositora que trouxe o vídeo, antes de colocá-lo, apresentou em sua fala a voz de quatro mulheres evidenciando a experiência de antecipação terapêutica do parto como resposta ao não sofrimento, desde o momento do conhecimento do fato, a realização da antecipação terapêutica do parto, até o decurso de 02 anos após efetivação da antecipação, utilizando como justificativa para tal construção discursiva o seguinte texto:

Não vou falar aqui sobre a defesa em geral do direito de decidir [fragmento 01] ou da urgência da redução da mortalidade materna; venho trazer, o que apareceu pouco, até o momento, nestas Audiências Públicas: as vozes, os rostos e os sentimentos das mulheres que se defrontam com uma gravidez com diagnóstico de anencefalia fetal [fragmento 02]. Baseio-me nos depoimentos de 58 mulheres de nove Estados brasileiros que, graças à liminar do Supremo Tribunal Federal, vigente de julho a outubro de 2004, decidiram interromper a gravidez. **Todas pobres, casadas ou solteiras, com e sem filhos, de diferentes idades e identidades raciais [fragmento 03]. Trago as vozes de quatro destas mulheres. Suas experiências evidenciam três momentos: o do encontro com o trágico, com a tortura e com a supressão da tortura. Nomeiam a tragédia de diferentes formas [fragmento 04]** (Grifos nossos) (STF, 2008d, p. 53).

O documentário reforça as exposições trazendo o rosto das que vivenciarão a antecipação terapêutica do parto, além das falas dessas mulheres, assim, promovendo a democratização do espaço. O documentário funciona como uma seleção do grupo atendido pela ONG. Nos depoimentos há a apresentação de resposta às questões simples, do dia a dia. Michele vivenciou a antecipação terapêutica do parto e Ailton acompanhou todo o processo como marido dela, a primeira circunstância demonstrada no documentário apresentado, e que motivou o ministro a solicitar a sua participação, como depoente, quando soube de sua presença no Plenário a fim de ouvir ao vivo o relato da experiência e o posicionamento dela quanto às circunstâncias da ADPF nº 54. No trecho abaixo há respostas a questões formuladas tanto para Michele como para seu marido, apesar de ser um trecho longo, permite perceber a importância do tema debatido para as pessoas comuns na vida delas. A identificação real, ao vivo e a cores, de uma mulher – Michele – que passou pela situação, seus sentimentos,

¹⁰⁵Nesse ato, o Ministro relator e, no momento, Presidente do STF, diz que o acesso está sendo disponibilizado para todos, inclusive os deficientes. “Vamos sentar. Antes de dar continuidade e vermos o filme, apenas desejo esclarecer que fui informado que a Rádio Justiça e principalmente, no caso, a TV Justiça estão transmitindo e viabilizando o acesso inclusive dos deficientes. **Consta-se a nossa preocupação com o semelhante, em resgate de predicado que está um pouco em desuso - a solidariedade.** Vamos ao filme.” (STF, 2008d, p. 53) (Grifo nosso).

permite ao público compreender a importância da decisão no ADPF nº 54. Algumas gestantes não tiveram o mesmo tratamento de Michele, temos outra história¹⁰⁶ diferente de Michele para a qual “fez grande diferença, porque se eu não estivesse amparada pela lei e pelos médicos e não tivesse feito o que fiz, hoje, talvez, eu não teria nem construído uma nova família” (STF, 2008d, p. 60). Michele utilizou-se da decisão liminar, a qual permitiu a antecipação terapêutica do parto, já Severina, também pobre, não teve a mesma sorte, pois, por questão de um dia, não teve a sua vontade acolhida pelo Direito de imediato. Severina foi obrigada a uma via sacra de 04 meses até conseguir a decisão judicial desejada para antecipar o parto de feto anencefálico (BRUM, 2012). Severina foi submetida a um procedimento de sofrimento e luta para fazer valer o seu direito de decidir e, ao invés de realizar um processo, cuja seqüela da dor, do sofrimento, decorrente da experiência seria reduzida como as mulheres do documentário, como a própria Michele depôs na AP, ao contrário, alcançou o auge do sofrimento ao ter que se submeter a um parto induzido. Severina, já com sete meses de gravidez, submeteu-se a um parto induzido sem anestesia, pois todos anestesistas do hospital público em que realizou a antecipação terapêutica, por determinação judicial, recusaram-se a participar do procedimento por questão de crença e do adiantado da gestação (BRUM, 2012). No final, Severina compartilhou o pós-parto com mulheres que amamentavam seus filhos com a alegria da vida em seus braços, e a Severina apenas com a morte circulando todo o seu ser (BRUM, 2012). A decisão das duas mulheres foi antecipar o parto, mas a consequência da realização do ato trouxe diferentes vivências. Essas vivências poderiam ter sido semelhantes, caso o STF tivesse mantido a decisão liminar proferida. Vamos à descrição do depoimento de Michele e Ailton:

O relator, instrumentalmente, dirige a tramitação do processo. E buscando tanto quanto possível a verdade e considerando que estamos a lidar com algo de interesse maior do ser humano, algo que, sob a minha óptica, está a ensejar o enfoque harmônico com a Constituição Federal, que implique avanço cultural [fragmento 01], convido - e digo que o faço após consulta prévia, porque não caminharia no sentido de constrangê-la - Michele Gomes de Almeida para, presente acima de tudo a espontaneidade, nos falar alguma coisa, de viva voz, sobre a experiência vivida [fragmento 02].

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA – Primeiro de tudo, agradeço a Vossa Excelência a oportunidade de poder falar, e dar boa-tarde a todos aqui presentes.

A SRA. LIA ZANOTTA MACHADO – Ministro, ela está achando que o senhor quer lhe fazer uma pergunta. Ela prefere [fragmento 03].

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Está bem. O pingue-pongue sempre é mais interessante [fragmento 04].

Doutor Luís Roberto Barroso, franqueio a palavra.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Michele, eu gostaria que você narrasse para nós, com as suas palavras, e como se fosse uma conversa pessoal, qual a

¹⁰⁶Abordaremos a história de Severina no Capítulo 3.

sua experiência e a importância de você ter abreviado esse sofrimento; se foi importante para você, se fez uma diferença significativa você poder interromper aquela gestação tão sofrida.

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA – Sim, fez grande diferença, porque se eu não estivesse amparada pela lei e pelos médicos e não tivesse feito o que fiz, hoje, talvez, eu não teria nem construído uma nova família.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Muito bem.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – E qual foi o sentimento que você teve quando tudo se encerrou naquela hora em que você pôde abreviar aquilo? Qual foi a sua sensação?

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA - Sensação de paz e de alívio.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Em algum momento você teve vontade de levar essa gestação até o final?

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA - No início, quando o primeiro diagnóstico foi de hidrocefalia, queria continuar. Depois de três diagnósticos, vi que era anencefalia e procurei me atualizar com os médicos. Foi quando descobri que não tinha volta, que a minha criança não tinha solução, então resolvi adiantar o parto.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Também nunca conversei com a Michele, portanto as perguntas são elementares. Se você tivesse que ir a um juiz pedir autorização para fazer a antecipação do parto, qual seria o seu sentimento? Você iria também?

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA - Com certeza.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas você teria que conseguir um advogado. Você conhece algum?

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA - Conhecemos.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas você não acha que seria pior ter que pedir autorização a alguém para fazer uma coisa que causava sofrimento em você? *[fragmento 04]*.

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA – Com certeza. O trauma seria bem pior, porque a luta dessa gravidez seria mais prolongada *[fragmento 05]*.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – E qual é o seu sentimento em relação a uma mãe que quisesse levar essa gestação até o final? *[fragmento 06]*

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA – Isso é o direito de escolha dela. *[fragmento 07]*

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – O médico sugeriu que você fizesse a interrupção do parto? Foi uma decisão pessoal, sua?

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA – Não, de maneira alguma. Ele esperou a minha decisão e a decisão dos meus familiares. Deixou-me livre para decidir.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – O seu diagnóstico de anencefalia foi feito na rede pública, no SUS?

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA – A primeira foi particular, que foi hidrocefalia; as duas últimas, quando procurei o SUS, foi anencefalia. O médico era do setor de biofeto, de criança com má-formação, daí ele me consultou e disse que era anencefalia, confirmou para mim.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – O que nós estamos pedindo ao Ministro Marco Aurélio e ao Supremo Tribunal Federal é que permita a quem queira fazer, possa fazer; e quem não queira fazer, não seja obrigado a fazer. Isso lhe parece uma boa forma de lidar com esse problema? *[fragmento 08]*

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA – Com certeza. Temos que ter livre escolha; a mulher tem que ter livre escolha de decisão. *[fragmento 09]*

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro, eu gostaria de fazer uma pergunta única para o marido, se Vossa Excelência me permitir.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Podemos retroagir um pouco mais, e aproveitaria o gancho. No âmbito da família, entre os familiares, alguém divergiu quanto à interrupção, uma vez constatada a anencefalia?

A SRA. MICHELE GOMES DE ALMEIDA – Não, porque toda minha família sabia o que eu fazia. O tratamento que eu estava fazendo para engravidar, o sofrimento que eu estava passando. Então, na medida em que eu fui informando a ela, ela me deu total apoio para eu decidir se eu queria continuar ou não com a gravidez.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Doutor Luís Roberto Barroso.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Ailton, eu gostaria de ouvir um depoimento do senhor. Qual foi o seu sentimento, que avaliações compartilhou com sua mulher, o senhor apoiou a decisão dela? Eu gostaria de ter um depoimento masculino. Os homens também sofrem nessa situação, não sofrem? [*fragmento 10*]

O SR. AILTON MARANHÃO DE ALMEIDA – Com certeza. Esse filho era muito esperado por mim e por ela. Ela é a terceira filha e só ela que ainda não tinha engravidado. Quando ela engravidou, para mim, foi tudo. E quando descobri que era um menino, para mim, era tudo, nunca tinha tido filho homem. Então, além de ser o primeiro filho, era um filho homem. No quarto mês a gente descobriu que tinha hidrocefalia. Foi um choque muito grande. Eu trabalho como vigilante. Enfrento situações diversas na rua, tenho que lidar com meliantes, e esse tipo de coisa quase me desabava. Acabou comigo. Eu não sabia o que fazer [*fragmento 11*]. Acho que no casamento um tem que dar apoio ao outro. Mas quase que desabava mais era eu. Então, eu sempre procurei fazer a coisa correta, procurar os médicos especialistas, como um médico em São Paulo que se prontificou a nos ajudar desde o início, o Doutor Hércules. No primeiro diagnóstico, liguei para ele, e ele me disse: “Ailton, tenha calma!”. Eu liguei desesperado, não sabia o que faria. Fiquei, a princípio, mais traumatizado do que ela. Ele falou para mim: “Tenha calma, procure a rede do SUS. Se for uma hidrocefalia, você virá até aqui para São Paulo e faremos um tratamento via uterino”. E disse o procedimento que deveria fazer. Ai, então, foi que eu me acalmei. Pegamos um final de semana. E, posteriormente, na Maternidade Bandeira Filho, lá no Recife, encontramos a Diretora. Ela disse: “Olhe, tenha calma. Eu vou encaminhar vocês para o Hospital Agamenon, pro setor de malformação”. Chegando lá, é como se eu tivesse saído do inferno e chegado o céu. A verdade foi essa. Deparei-me com uma equipe de médicos excelente - tendo em vista que a turma fala muito da rede do SUS -, muito simpática, que nos deu todo o suporte médico [*fragmento 12*]. O Doutor Eugênio e a equipe médica dele nos informou. Antes, não sabíamos o que estava se passando, se era uma anencefalia ou uma hidrocefalia, até porque nem tinha consciência do que era isso. Queremos ter filho, não queremos saber de doença, de prejuízos futuros; queremos ter uma família, como hoje temos [*fragmento 13*].

Então, ele falou para mim: “Ailton, veja só, existe uma anencefalia e uma hidrocefalia. A hidrocefalia é incompatível com a vida. Se sua esposa ou o senhor quiserem levar essa gestação à frente eu lhes dou todo o apoio. Vocês vão ser acompanhados do mesmo jeito de antes, só que com uma atenção especial”. Disse: “Tudo bem”. Isso antes de ele fazer o ultra-som. Ele disse: “Olhe, Michele, em mil casos, acontece um. Isso não quer dizer que, se você perder essa criança, fizer a antecipação do parto, você não terá outros filhos. Você terá outros filhos normalmente. Então, quando ele botou o ultra-som e viu, chamou a equipe médica para ver. Nunca vi tanto médico [*fragmento 14*]. É feito hoje. Isso aqui para mim é primário; eu nunca vi tanta gente na minha vida assim. Então, nunca vi tanto médico na minha frente. Fui muito bem “assistenciado”. Os médicos conversaram. Foi quando, antes de tomar uma decisão, procurei muitos médicos, muitas opiniões médicas e opiniões da minha família. Procurei me inteirar sobre isso. Fui buscar um livro médico para saber o que se estava falando e o que estava lá, na barriga da minha esposa. Minha esposa ficou um bagaço. Ela não queria tomar banho e fugiu de casa. Tive que sair do meu trabalho para apanhá-la, e foi quando eu disse ao médico. “Como é esse procedimento?” Ele respondeu: Internamo-la, faz-se o procedimento do adiantamento do parto, e ela sai daqui andando normalmente. Posteriormente, você vai engravidá-la novamente. Só vai tomar um ácido fólicozinho”. Eu fui para casa. Ele disse: “Olhe, você não se sint

pressionado. Você vá pra casa, pense com sua família. A decisão que vocês quiserem tomar vocês tomem” [fragmento 15].

Fomos pra casa, e ela chorando. Chamei minha mãe, o pai dela, a família. Enfim, todo aquele relacionado a mim eu contava a tragédia que estava acontecendo na família [fragmento 16]. **Jamais fui pela opinião de ninguém. Nem que sim nem que não. Só eu e minha esposa.** Minha esposa é evangélica. Eu disse: “Ore a Bíblia, peça a Deus. A decisão que você tomar, pra mim, está tomada. Se você quiser acompanhar essa gestação, nós vamos acompanhar”. Agora, eu sabendo dentro de mim que o trauma seria bem maior, porque não tem coisa pior no mundo - já enterrei meu pai, enterrei o meu irmão -, pra nós, que somos grandes, enterramos um ente querido, um amigo. Não tem coisa pior. Muitos aqui já tiveram essa infelicidade. Então dentro de mim sabia que se ela optasse em ficar com a criança, seria bem maior o trauma [fragmento 17]. **Talvez eu tivesse me separado dela, porque cria aquele trauma: será que o defeito está no marido? Será que está na mulher? Será que o defeito é genético? Será que o defeito é no sangue? Há essas conversas que, em vez de ajudar, só faz atrapalhar.**

Ela chegou para mim e disse: - Inho, é melhor a gente ir para o hospital. Chegamos ao hospital e falamos para o médico: - “Doutor, nós decidimos ficar”. E ela ficou. Com quatro dias, ela saiu perfeita do hospital. Depois de três meses, ela engravidou novamente. Hoje, estou com minha filha decolo. [fragmento 18]

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Estamos com um problema de tempo, mas gostaria de fazer só uma última pergunta a você e à sua esposa. Você gostaria que uma terceira pessoa tivesse tomado essa decisão por vocês? [fragmento 19]

O SR. AILTON MARANHÃO DE ALMEIDA – Não. [fragmento 20]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – A vida é alegria. Depois ainda dizem que as mulheres falam mais do que os homens. Agradeço à Michele e ao Ailton a colaboração trazida (STF, 2008, p. 59-67)

No fragmento 01, o relator apresenta a crença de que o AP geraria avanço social. Podemos compreender que a AP promoveu transformação de valores ao permitir a inserção no seio social da discussão de valores democráticos, republicanos, em contraposição a valores tradicionais, conservadores. Assim, vemos aqui “o regresso do sujeito uno como força e forma de uma nova ordem social que vem se estabelecendo, isto é, ele é o protagonista das práticas sociais em que vive, e por isso se assume enquanto político” (GOMES, 2001, p. 132). O casal comum compartilha os sentimentos que envolveram a escolha da antecipação terapêutica do parto. É a apresentação da fala do povo no meio de especialistas, “de viva voz, sobre a experiência vivida” [fragmento 02], daqueles que são realmente afetados pelas decisões que a Corte tomar. No fragmento 03, demonstra a simplicidade da depoente, que prefere que lhe façam perguntas. Importante perceber que o relator ao proferir as seguintes palavras: “Está bem. O pingue-Pongue sempre é mais interessante”(STF, 2008c, p. 59), Agindo assim ele reafirma o que Perelman (1993, p. 34) diz:

o auditório constituído por um agregado, reunido em praça publica, já que a idéia que dele se formasse, quanto às convicções e às atitudes, podia ser testada graças à técnica das questões e respostas. À medida que o diálogo ou a controvérsia se desenvolve, o orador conhece cada vez melhor o seu interlocutor, pois tem direito de supor eu este não procura induzi-lo em erro. **Sendo a finalidade da troca de idéias fornecer aos participantes na discussão um melhor conhecimento uns dos**

outros, o acordo manifestado nesta ocasião garantiria um desenrolar mais cerrado da argumentação [...] (Grifo nosso).

Nos fragmentos 05, a depoente expressa o pânico de passar pelo que ocorreu com Severina, cujo sofrimento foi prorrogado. Nos fragmentos 19 e 20, há a opinião expressa de que a escolha deveria caber aos interessados na vida privada, e não ter a necessidade de se sujeitar a uma tutela estatal, como Severina teve de fazer. Além disso, nos fragmentos 04 e 06, são realizadas questões para serem respondidas (fragmentos 05 e 07), nas quais se demarca a importância do direito de escolha das mulheres. Assim, nos fragmentos citados, evidencia a necessidade da decisão ser tomada por quem está vivenciando o problema ou, ao menos, permite a delimitação do tamanho do problema a ser enfrentado por quem está inserido na situação. No processo decisório, deve-se considerar todos os envolvidos, inclusive os maridos, como foi apresentado nos fragmentos 16, 17 e 18. Além disso, no fragmento 17, o depoente, marido, diz a respeito da crença da esposa e do apoio concedido “Ore a Bíblia, peça a Deus.” (STF, 2008d, p. 66), mas, ao mesmo tempo, a possibilidade de fim da relação pelo sofrimento causado caso a escolha da esposa fosse diferente “Então dentro de mim sabia que se ela optasse em ficar com a criança, seria bem maior o trauma” (STF, 2008c, p. 66).

O fragmento 20 evidencia a diferença de tratamento entre a resolução de Michele, que ficou 04 dias no hospital e saiu restabelecida, e a situação de Severina, que demorou 04 meses só para receber a autorização judicial para realizar o mesmo ato: antecipar o parto. Já dizia o brocardo: *justiça tardia, nada mais é do que uma grande injustiça*.

No fragmento 09, a depoente compreende e concorda com a questão feita no fragmento 08, quando a razão para a interposição do ADPF é explicitado: “O que nós estamos pedindo [...] é que permita a quem queira fazer, possa fazer; e quem não queira fazer, não seja obrigado a fazer. Isso lhe parece uma boa forma de lidar com esse problema?”. É a defesa do direito de escolha presente no direito de igualdade em ter preservada a vontade baseada na privacidade da mulher, no direito de intimidade.

Percebemos aqui que a construção do sujeito coletivo, que, segundo Landowski (1992), está indefinidamente em construção, uma vez que a alteridade do Outro é um dos elementos da identidade do conjunto “nós”.

No fragmento 10, perguntou-se ao depoente se os homens sofrem nessa situação e a resposta foi simples no fragmento 11, “Eu trabalho como vigilante. Enfrento situações diversas na rua, tenho que lidar com meliantes, e esse tipo de coisa quase me desabava. Acabou comigo. Eu não sabia o que fazer” e continua assim “Mas quase que desabava mais era eu.”

(STF, 2008d, p. 63). Com isso, a construção de um *ethos* de afeto é fomentada e de sofrimento do consorte que terá a mesma sorte e preocupações que a mulher.

Dessa maneira, a AP, como instituto jurídico, ancora-se em uma conjuntura que impõe mudanças nas análises jurídicas e também na conjectura política dela decorrente. Nesse caso, a liberdade de escolha sobre o corpo é colocada em perspectiva dialógica, que é respeitada pelo marido.

Existe uma lógica, para Landowski (1992), que constitui um dos motivos mais constantes e poderosos da dinâmica do discurso político, como, no caso se posiciona a AP. Isto porque a força dos movimentos de opinião que apoia ou apela com uma insistência particular para o aparecimento da mudança ou manutenção deve considerar não somente a racionalidade de um *homo politicus* ideal (atores que podem argumentar no procedimento) com justos argumentos que o impeliriam a agir para transformar o mundo e torná-lo um mundo melhor, mas também “alguma coisa que tem relação com a gestão do sentimento de identidade dos próprios sujeitos, atores ou testemunhos do que muda em torno deles e com eles” (LANDOWSKI, 1992, p. 92). Assim, os representantes dos grupos sociais envolvidos através de argumentos técnicos, científicos ou vivenciais, como os depoimentos/testemunhos dados por Michele e Ailton na AP evidenciam tal fato. Outro exemplo que podemos citar é a história de Cacilda amplamente conhecida, que resolver ter sua filha Marcela, a qual teve sobrevida de 1 ano e oito meses, ou mesmo a carta escrita por uma Tiany, mãe que teve uma filha com hidrocefalia e uma gestação por anencefalia, ao STF. Pois, tanto no vídeo-depoimento apresentado, como no depoimento do casal ao vivo, nas fotos de marcela, ou na carta lida¹⁰⁷, mostra-se a imagem do outro que passa pelo problema em debate, assim exposto pelo peticionário da ação no fragmento 08, quando afirma que o desejo da ação é permitir a escolha. A resposta da mulher “Com certeza. Temos que ter livre escolha; a mulher tem que ter livre escolha de decisão.”, no fragmento 09, permite a construção de uma identidade da mulher que precisa de voz para se estabelecer na sociedade, para fazer escolhas. Assim, a construção dos direitos da mulher aparece nesse pequeno trecho ilustrativo, no qual a identidade da “mulher” gestante, que deve ter o direito de opinar sobre uma decisão que afetará o seu corpo, a sua vida e a dos que convivem com ela diretamente (marido e familiares), ao invés do Estado fazer esta escolha impedindo a realização do ato. Comprendemos que não haverá adesão total e tal fato sequer é possível, mas o entendimento das razões pela quais se decidiu de uma forma e não de outra pode ser alcançado através da

¹⁰⁷ A íntegra da carta escrita por Tiany (18 anos), moradora de Teresópolis, Rio de Janeiro estará disponível no Capítulo 4.

deliberação pública, ainda que haja discordância ou que nem todos os afetados e interessados estejam participando desta, desde que a definição de deliberação seja “um processo dialógico de troca de razões com o propósito de solucionar situações problemáticas que não podem ser resolvidas sem coordenação e cooperação interpessoais” (BOHMAN, 2009, p. 36), ou mesmo

[...] uma atividade discursiva capaz de conectar esferas comunicativas formais e informais, nas quais diferentes atores e discursos estabelecem um diálogo, que tem por principal objetivo a avaliação e a compreensão de um problema coletivo ou de uma questão de interesse geral (MARQUES, 2009, p. 13).

A AP insere-se nesses conceitos de deliberação pública, quando se deve atinar para que a desigualdade social seja reduzida, principalmente em relação a ouvir a voz dos que sempre foram silenciados, social e normativamente, como aqueles que passaram pelo problema ou que foram diretamente atingidos, mesmo que a voz venha reproduzida por representantes desses grupos. O gênero AP é constituído pelas várias perspectivas enunciativas de cada um dos expositores/oradores, dos depoentes, que ganham voz perante os interlocutores no STF e na sociedade.

Podemos afirmar que a esfera pública não é uma norma, mas "uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos." (HABERMAS, 2003, p.92).

Em uma democracia mais ativa, com cidadãos mais participativos, os silenciamentos tendem a ser reduzidos, exatamente o que foi afirmado acima, como justificativa para a expoente dar voz às mulheres que passaram pela antecipação terapêutica do parto, para a Severina que não teve a sorte de antecipar seu parto de forma mais humana, para a Tyani¹⁰⁸ que passou por duas gestações diferentes, e a própria Cacilda que desejou manter a gestação. E isso pode se dar através de diversos instrumentos de participação popular¹⁰⁹, com o auxílio de novos métodos de comunicação, o que exigiria que as decisões, sejam administrativas ou judiciais, no caso do STF, por exemplo, sejam aproximadas à realidade social do momento,

¹⁰⁸ Será tratada nos próximos Capítulos.

¹⁰⁹“Da leitura das normas constitucionais e infraconstitucionais atinentes à participação popular na Administração Pública, de modo mais abrangente, é lícito classificá-las da seguinte maneira, tomando por base matizes diferenciados: a) *grau de influência no processo decisório* – consultiva ou deliberativa; b) *composição na instância decisória* – paritária ou minoritária; c) *titularidade do interesse* – individual (interesse direto ou indireto) e transindividual (coletivo e difuso); d) *obrigatoriedade* – essencial ou dispensável; e) *prerrogativas* (no processo administrativo ou na composição de órgãos colegiados) – simples (acesso, informação, publicidade) ou qualificada (iniciativa, deliberação, produção de provas e de alegações); f) *vinculação ao resultado* (vinculante ou não vinculante); g) *momento* – prévio (audiência pública, consulta pública, plebiscito) ou posterior (referendo); h) *natureza da atividade* – colaboração (delegação de serviços), cooperação (fomento), autogestão, concerto; i) *exterioridade* – orgânica (colegiados) ou não orgânica (comissão de especialistas); j) *influência ou substituição no processo decisório*” (MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 332).

permitindo que a alteridade influencie democraticamente nas decisões tomadas pelo Estado em qualquer dos Poderes (Legislativo, Executivo ou Judiciário). Esses instrumentos poderiam ser um modo de descentralização do poder e seu compartilhamento com os demais integrantes da sociedade, já que o Estado é apenas um dos centros de poder existentes na atualidade, com os Sindicatos, as ONGs, as Sociedades Cívis, com voz para propor as ações constitucionais (artigo 102 da Constituição da República), ao mesmo tempo, poderiam ser considerados espetáculos democráticos que ocultariam o monopólio do poder jurídico-político. No presente caso, os elementos fundamentadores das decisões dos relatores subsidiam-se tanto nas construções argumentativas apresentadas nas APs como nos princípios democráticos, o que apresentaremos no Capítulo IV, mas não conseguimos definir se realmente modificam a perspectiva do relator ou serve-lhe de reforço para a ideologia que já possuía. Nesse sentido, podemos inserir nosso objeto de análise, a ADPF nº 54, que foi proposta pela Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde (CNTS), organização social, e a própria AP na Jurisdição Constitucional como instrumentos participativos, além do instituto do *amicus curiae*. O Presidente do STF, à época, ministro Gilmar Mendes, expressou a importância da AP em sua fala

Bom-dia a todos. Gostaria de apenas fazer o registro, eminente Ministro-Relator, Ministro Marco Aurélio, senhoras e senhores presentes, **da importância deste instrumento previsto nas Leis nºs 9.868 e 9.882, que permite este diálogo particular e esta abertura na interlocução do Supremo Tribunal Federal com a comunidade científica e com a sociedade como um todo.** Esta é a terceira Audiência Pública que o Supremo Tribunal Federal realiza no contexto das Leis nºs 9.868 e 9.882. **A primeira delas deu-se no âmbito da Lei de Biossegurança, naquela referida ação direta de inconstitucionalidade de todos conhecida. Agora, estamos a realizar a segunda Audiência Pública neste tema de magna relevância para dirimir sensíveis dúvidas, controvérsias do ponto de vista científico, ético e religioso** (STF, 2008a, p. 01).

Compreendemos que o diálogo pressupõe participação, por isso, observamos também que o próprio ministro presidente faz referência à temática abordada na ADI nº 3.510 na ADPF nº 54, referindo-se a esta como segunda AP sobre o tema para dirimir dúvidas e controvérsias e estabelecer três pontos de vista: científico, ético e religioso. A complexidade da temática pode ser vista por aqui, o que justifica para Carrion (2001, p. 50) a necessidade de novos instrumentos de controle e participação, entre os quais inserimos a AP:

Novos e modernos instrumentos de controle e de participação no poder devem assim ser permanentemente incorporados na prática democrática, em correspondência, aliás, com a própria modernização e maior complexidade das sociedades atuais.

A AP, como espécie do gênero participação popular, constitui-se em importante vertente de prática democrática, tomada em sua plena concepção doutrinária, que é a

possibilidade de acesso e exercício da cidadania e representatividade dos poderes que compõe a sociedade. Ela se constitui em meio de obtenção de informações, que capacitam tanto o cidadão para uma participação de resultados, seja através da legitimação dos atos compartilhados com a administração, seja através de uma constante negociação democrática, como o STF para a decisão ser compreendida pela sociedade do por que de ser aquela e não outra.

Compreendemos assim que a deliberação é característica inerente do gênero AP, a qual permanece também na Jurisdição Constitucional. A deliberação é realizada por vários atos enunciativos, com conteúdos diversos, com a finalidade específica de trazer informação ao STF e à Sociedade e isso é feito em polarização da temática, ou seja, na associação de defesa ou não da norma quanto à constitucionalidade, que é acompanhada pelos expositores/oradores na AP, trazendo, então, a finalidade de incitação, buscando a persuasão dos ministros às exposições proferidas. No próximo item vamos tratar da situação de comunicação a fim de encenarmos teoricamente o mecanismo de alguns atos.

2.4 Situação de comunicação

A interação comunicativa é uma encenação para Charaudeau (2004) e é necessário para interpretá-la que saibamos quais são os sujeitos envolvidos na troca. A AP é uma dessas fases/atos processuais produzida oralmente e tomada a termo para ser inserida na ação de inconstitucionalidade. Como já dito, é uma Audiência (situação comunicacional) que antecipa a Audiência Julgadora (outra situação comunicacional), e, em cada uma dessas, haverá inúmeros atos internos, ocorrendo simultaneamente.

A institucionalização do discurso jurídico permite identificar os vários sujeitos possíveis. O locutor pode se assimilar a um dos enunciadores, representando-se por meio deste, quando toma uma atitude impositiva; ou pode simplesmente concordar com um enunciador; ou opor-se a ele, temos os vários sujeitos nas APs. Os locutores agem sobre os alocutários pelos discursos que lhes endereçam, e assumem essa função comunicativa quando tomam partido frente a diferentes representações que formam os discursos dos enunciadores, que seriam os oradores/expositores. Dessa maneira, a relação entre o locutor e o enunciador configura o sentido do enunciado. Segundo Ducrot (1980), a possibilidade de se fazerem exprimir diversas vozes pode levar a uma constituição da imagem de si e da pessoa com quem falamos (*ethos*). A identificação, mesmo que parcial, dos enunciadores (oradores/expositores, ministros, mesa - PGR, AGU, relator - e dos destinatários (ministros, mesa - PGR, AGU,

relator -, sociedade), decorre da compreensão do sentido do enunciado. A linguística fornece os meios para a compreensão através das palavras, e, conseqüentemente, das frases, significações que obrigam a reconstituir os debates que se encontram dentro do discurso, bem como os valores inseridos nele.

Para Ducrot (1990), o sentido de um enunciado resultará na possibilidade de certo número de vozes em cena (pontos de vista); assim, o autor de um enunciado não se expressa diretamente, podendo um mesmo enunciado apresentar vários sujeitos com estatutos linguísticos diferentes: seja de sujeito empírico (autor real); de locutor (autor inscrito no enunciado); de enunciador (origem do ponto de vista do enunciado).

A polifonia existente na produção do discurso jurídico, oriunda dos lugares discursivos dos sujeitos processuais e da própria constituição do discurso, é proveniente da própria sociedade.

No primeiro ato da AP, o Presidente do Tribunal e o relator da ação se intercalaram na fala, cumprindo o rito procedimental do STF, posteriormente, passam a fala para cada um dos enunciadores, determinados a falar em ordem sorteada a favor e contra a norma no sentido da constitucionalidade dela. O público alvo serão os presentes no auditório onde se dá a AP, bem como a audiência possível pelos mecanismos tecnológicos de difusão (TV, internet, etc.).

Os enunciadores se dirigem aos destinatários ao produzir seu texto, pensando no público alvo (considerando aqui o conhecimento de mundo que deveria possuir, conhecimento enciclopédico, valores a serem acionados) para escolher os valores que fundamentam a enunciação, mas, temos que frisar, inicialmente, o público alvo seria os 11 ministros. Os enunciadores somente terão sucesso na comunicação realizada se os valores dos destinatários coincidirem com os propostos na enunciação, ou seja, se os conhecimentos articulados forem reconhecidos entre os interlocutores.

Quando o enunciador profere um enunciado vem carregado de valores, de características próprias do enunciador, tais como: o segmento social a que pertence, a faixa etária, ou mesmo o grupo profissional do qual é porta-voz. É por isso que identificamos dois discursos polarizados nas APs, um discurso pró-vida e outro discurso pró-escolha. Existe ainda uma “voz do povo” que permeia a produção do texto, como expressões como “Todos sabem, vou apenas lembrar [...]” (STF, 2008b, p. 03) ou “todos nós esperamos, o que todos nós desejamos.” (STF, 2008b, p. 06), “que todos conhecemos” (STF, 2008a, p. 10) para envolver o destinatário e fazê-lo cúmplice das ideias veiculadas nas exposições, buscando persuadir, reduzir as distâncias entre o enunciador e o destinatário. Nessa voz, temos a *endoxa*

ou a *doxa* sendo construída pelos valores compartilhados, os “lugares comuns”¹¹⁰. Como “voz do povo”, nesse sentido, temos a exemplificação na exposição da socióloga¹¹¹ na ADPF n° 54, com as palavras “ainda que contemos”; “100 anos de tradição”:

Ainda que contemos em nosso País com mais de 100 anos de tradição republicana [*fragmento 01*], a reafirmação da laicidade do Estado brasileiro é necessária dadas as possibilidades de pressão política, **especialmente de uma religião que se acostumou, por quase quatro séculos, a identificar-se com a nação e com o Estado: a Igreja Católica** [*fragmento 02*] (STF, 2008a, p. 37) (Grifos nossos).

Nos fragmentos apresentados temos *doxas* que subsidiam argumentos desenvolvidos nas APs analisadas: os princípios republicanos, fundamentadores da nossa Ordem Jurídica (igualdade, liberdades – escolha, etc.) (pró-escolha) e a moral religiosa (pró-vida), que teimosa fala da expositora, em permanecer interferindo nas decisões do Estado. A expressão linguística “ainda que” nos diz os princípios republicanos, mesmos com uma laicidade expressa, precisam ser reforçados, quando em confronto com o conservadorismo da moral religiosa, que permanece comandando uma parte do palco social, sendo uma *doxa* muito atuante, o que podemos apontar pelo Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n° 181/2015, por exemplo. Nessa, quando a *doxa* republicana de isonomia esta sendo utilizada para tratar situações diferentes de forma diferenciada em atenção às garantias fundamentais, cujo fundamento inicialmente beneficiaria à mulher e a sua prole, ou seja, à família, é alterada para uma *doxa* de moral religiosa em que todas as conquistas da mulher sobre o seu próprio corpo são retiradas do universo jurídico, esquecendo-se da impossibilidade de retrocesso social para os direitos humanos, direitos fundamentais. Assim, as orações grifadas fazem com que as alegações pareçam uma verdade indiscutível, e, apesar dos princípios republicanos regerem o Ordenamento Jurídico a mais de 100 anos, é necessário o reforço dele como argumento, devido “as possibilidades de pressão política” da moral religiosa, que se identifica como nação.

¹¹⁰Tais perspectivas serão tratadas melhor no próximo Capítulo 4, quando tratarmos da *doxa* e da *endoxa*, mas serão exploradas em toda a tese.

¹¹¹“[...] doutora pela École des Hautesen Sciences Sociales, Paris (1991); Mestra em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1984) e pela Université Catholique de Louvain-la-Neuve, Bélgica (1986). É Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e membro dos Conselhos do Núcleo de Estudos da Mulher e Relações Sociais de Gênero da Universidade de São Paulo - NEMGE/USP e da Revista de Estudos Feministas, entre vários outros. É autora de artigos e capítulos de livros em obras nacionais e internacionais, algumas das quais receberam prêmios, como o da Organização da Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO (1995), Jabuti e Casa Grande & Senzala (1998). Seu campo de interesse é o cruzamento das questões de gênero e religião. Fundou e dirige a Organização Não-Governamental Católica pelo Direito de Decidir. Em 2005, foi indicada pela Associação Mil Mulheres pela Paz, juntamente com outras 51 brasileiras, para receber coletivamente o prêmio Nobel da Paz.” (STF, 2008a, p. p. 37).

Em um primeiro momento, nos casos retratados, temos a interposição da ação de inconstitucionalidade, realizada pelo enunciador – peticionário da ação de inconstitucionalidade, dirigida à instância julgadora – STF. Será determinado um julgador, por sorteio no sistema de distribuição, um ministro relator, que conduzirá o procedimento e receberá a peça produzida (leitor empírico – público alvo), e personagem institucional representante da Democracia e da Justiça, que, como mediador no discurso, deverá emitir julgamento, além de conduzir a AP. Devemos ainda lembrar que nas ações de inconstitucionalidade, qualquer que seja a modalidade, será julgada pelo Pleno, ou seja, todos os ministros participaram da Audiência de Julgamento. Porém, a participação dos coadjuvantes torna-se principal no ato da AP.

Seguindo na análise do gênero AP, estabeleceremos no próximo item os elementos quanto às personagens da situação comunicativa.

2.4.1 – As personagens da Audiência Pública: a identidade dos parceiros, o propósito e sua estruturação temática e as circunstâncias materiais

A identidade dos interlocutores é que vai instruir as formas de dizer e orientar a expectativa da situação comunicativa em nome da posição dos protagonistas que participam dela. No presente caso, temos a instância jurídica, na qual os expositores foram admitidos pelo ministro relator para participarem do ato devido ao interesse no assunto tratado, bem como a autoridade no assunto pelo conhecimento científico, prático ou dogmático. As regras para exposição foram estabelecidas no início das Aps antes das exposições. Assim, na AP há uma instância informativa por parte dos oradores/expositores, responsáveis por informar a todos os presentes na AP, como também à sociedade (virtualmente), sobre o assunto definido no despacho de instauração da AP, conhecendo que a outra parte do contrato (ministros, componentes da mesa - AGU, PGR, relator - e a sociedade) não possui as informações ali apresentadas. Há também uma instância julgadora e uma instância cidadã construídas no outro lado incumbidas de receber as informações, as quais buscam sanar as dúvidas por questionamento e avaliar as informações quanto à pertinência, à relevância, à novidade, à proximidade e à veracidade dos fatos.

Os ministros fazem parte de uma instância preocupada com o bem-estar social de um lado e uma instância, em tese, sem informação (eles, a mesa - PGR, AGU e relator - e os outros – a sociedade), além da instância julgadora. Nessa perspectiva, no domínio de comunicação política, pois, apesar da instância jurídica, a situação de comunicação (AP) tem

também características políticas, deliberativas. Os representantes da sociedade têm propósito geral de cuidar da integridade e bem-estar da população, entre os quais podemos inserir os ministros julgadores, cada qual com suas estratégias, pois o sujeito político poderá convocar uma ou várias visadas¹¹² para atingir o propósito geral e/ou seu objetivo específico (que às vezes não condiz com a visada principal desse contrato que seria promover o bem social). Caberá ao público principal para o qual o discurso for direcionado, inicialmente, a mesa: composta pelo relator, PGR e PGU, e, às vezes, ao peticionário, reconhecer a visada escolhida pelo locutor para então aderir, ou não, a seu projeto de fala.

A *estruturação temática* representa uma unidade de análise mais fina, um esforço psicossocial do proponente do ato em atingir seu objetivo específico, objetivo este que estará sob a influência de uma configuração maior que é o *propósito*, podendo, portanto, condizer com ele, ou não. O *propósito* representa uma finalidade ampla do ato, visto que é a partir desse propósito geral que podem ser suscitadas várias intenções e levantadas várias visadas, assim, a intenção está condicionada pelo papel que o sujeito ocupa na troca verbal. No nosso caso, haverá as questões a serem discutidas e também a polarização dos oradores e interlocutores favoráveis e contrários à norma, mas a AP foi constituída para informar e como consequência o fará a partir da *visada de legitimação* para a decisão a ser produzida pelo STF, e da *visada de incitação* para alcançar o convencimento por cada um dos oradores expositores em relação aos ministros. Assim, a AP serve de *ágora* para se estabelecer o útil e o nocivo, como pano de fundo, o qual será utilizado para se definir o justo e o injusto, ou seja, se a norma é ou não constitucional, porém se concretizará em outro ato comunicacional (Audiência de Julgamento).

As circunstâncias materiais dizem respeito ao processo de materialização do discurso via instruções da situação de comunicação no ambiente das restrições discursivas. Tem a ver com os instrumentos convocados no ato de comunicação para a manifestação deste. A AP é realizada no Plenário do STF, lugar determinado para os julgamentos dos processos, composto pelos 11 ministros, que constituem o STF, espaço semelhante às reuniões gregas de tomadas de decisão, sendo um dos lugares possíveis de identificarmos como *àgora*, como já dissemos. Como estamos na instância jurídica, há normas que condicionam a realização

¹¹²Para Charaudeau (2004, n.d) “as visadas correspondem a uma intencionalidade psico-sócio-discursiva que determina a expectativa (*enjeu*) do ato de linguagem do sujeito falante e por conseguinte da própria troca linguageira. As visadas devem ser consideradas do ponto de vista da instância de produção que tem em perspectiva um sujeito destinatário ideal, mas evidentemente elas devem ser reconhecidas como tais pela instância de recepção; é necessário que o locutor e o interlocutor possam recorrer a elas. As visadas correspondem, assim, à atitudes enunciativas de base que encontraríamos em um grande *corpus* de atos comunicativos reagrupados em nome de sua orientação pragmática, mas além de sua ancoragem situacional.”

da AP, principalmente porque se produz um discurso com características políticas, cuja finalidade é propiciar uma democracia participativa. Essas normas de funcionamento são chamadas de secundárias, segundo Habermas (1992, p. 32) e existem, pois,

Os sistemas jurídicos modernos não consistem apenas de normas de comportamento e de sanções, mas também de normas secundárias [...], **que servem para institucionalizar procedimentos de legislação, de jurisdição e administração. Esses procedimentos ligam as decisões com obrigações de fundamentações** (Grifo nosso).

As normas que institucionalizam a utilização da AP no STF fazem parte desse conjunto e são as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que prescrevem em seus artigos 9º, parágrafos primeiro e terceiro, e 6º, parágrafo primeiro, o seu funcionamento:

[...] §1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[...]

§3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator (BRASIL, 1999).

[...] §1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (BRASIL, 1999).

Depreende-se das normas em questão, o que já dissemos: que o ministro relator é a pessoa que definirá a necessidade de se instaurar a AP, a qual é um dos meios disponíveis para solucionar questões pertinentes à matéria ou circunstâncias de fato, ou mesmo insuficiência de informações sobre determinado assunto. Novamente afirmamos que aqui não se discute apenas o justo e o injusto, mas também o útil e o nocivo através da deliberação. É claro que o meio de difusão estará condicionado também pelo *propósito do ato* (instruir), pela *finalidade da troca* (dar conhecimento) e a *visada* selecionada de acordo com o sujeito (gerar legitimidade ou gerar convencimento).

No caso das interações em destaque nas APs selecionadas para a tese, podemos pensá-las a partir de uma perspectiva retórica, uma vez que se busca a persuasão, e também sob o viés semântico e argumentativo, o que nos possibilitará analisar a questão da legitimidade buscada pelo STF na instauração da AP, sob o viés deliberativo.

Nas APs, temos uma comunicação unilateral, e, em acórdância com o que propõe Grácio (2009, p. 14), “as partes em jogo estão numa situação desigual no que diz respeito à

iniciativa discursiva, competindo ao orador um papel activo e diretor e ao auditório um papel mais passivo e de receptor.”¹¹³. Nessa circunstância, é necessário dividir auditórios, uma vez que é possível mais de um na AP. O público que irá assistir à AP, seja de forma presencial ou por meios de comunicação, será um receptor passivo. Já o auditório composto pela mesa (AGU, PGR, relator e peticionário, esse último quando existente) terá um papel mais ativo, pois ocupará o papel de interlocutor juntamente com o orador/expositor/interlocutor, podendo realizar perguntas e interagir após a exposição para elucidar questões apresentadas. Assim, entre os interlocutores e os oradores/expositores haverá uma comunicação multilateral, quando os participantes têm paridade para participar efetivamente do diálogo.

Assim, a interação presencial, entre relator, PGR, AGU e peticionário (mesa), será oral e interlocutiva, mas, para o público que não poderá intervir, haverá uma interação monolocutiva, sendo que os ministros deverão apresentar seus votos para a decisão final.

Agradeço muitíssimo a **disponibilidade dos Senhores representantes da comunidade científica, que nos trazem esse aporte valiosíssimo** [fragmento 01], a presença de todos os Senhores que aqui estão, a audiência daqueles que nos ouvem por intermédio da TV Justiça, e gostaria de esclarecer que **o conteúdo desta reunião será integralmente registrado** [fragmento 02]. Embora não tenhamos a presença de todos os Ministros da Casa, **todos eles receberão, para exame da controvérsia, cópia dos depoimentos que serão produzidos, aqui, hoje** [fragmento 03](Grifos nossos).

No fragmento 01, estabelece que os expositores sejam representantes da comunidade científica. Fica demarcada que a oralidade e a necessidade de tomar a termo o que foi produzido verbalmente para compor os autos processuais (fragmento 03), além da obrigatoriedade de divulgação aos outros ministros não presentes (fragmento 02) da integralidade do ato enunciativo produzido por dia nas APs, que, no caso da ADI n° 3.510, consubstanciou em um dia apenas e na ADPF n° 54 importou em 04 dias de exposições. Além disso, as exposições seriam ‘aporte valiosíssimo’, identificadas como ‘depoimentos’ (fragmento 03), que seria uma das formas de “argumento de autoridade” identificadas por Angenot (2013)¹¹⁴.

Os expositores permitidos ficam determinados pela expressão “pessoas com experiência ou autoridade na matéria”. Busca-se, assim, uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, mas fundada em discurso de autoridade, especialistas, como verificamos da exposição feita pela ministra Ellen Gracie, como presidente do STF, na abertura da primeira AP em 2007:

¹¹³ Compreendemos que isso não exclui o caráter democrático, tendo em vista que estamos no âmbito judiciário.

¹¹⁴ O assunto será tratado no Capítulo 4.

As minhas palavras iniciais são apenas para saldar os participantes, **agradecer a presença da comunidade científica que vem trazer a este Tribunal o aporte do seu conhecimento** [fragmento 01], acumulado ao longo do tempo, **sobre uma matéria tão difícil** [fragmento 02], quanto esta que constitui o objeto da ação direta de inconstitucionalidade, e dizer-lhes que o ato de julgar é, antes de mais nada, um grande exercício de humildade intelectual. Por isso, o Supremo Tribunal Federal se reúne **para ouvir a opinião dos especialistas, acrescentar e aprofundar conhecimento, para que possa, ciente das limitações que são próprias ao ser humano, tentar encontrar a melhor solução** [fragmento 03] neste, como nos outros casos (STF, 2007, p. 910) (Grifos nossos).

De forma semelhante, o relator da ADPF n° 54, ministro Marco Aurélio de Mello, no primeiro dia da AP, em 26 de agosto de 2008, determinou a finalidade da AP “**objetivando ouvir segmentos da sociedade brasileira** sobre o que foi tratado nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, sobre interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico” (Grifo nosso).

Percebemos um alargamento de sentidos nos termos utilizados pela ministra presidente Helen Gracie e pelo ministro relator Marco Aurélio, já que “comunidade científica” e “especialistas” foram substituídas por “segmentos da sociedade”, e, conseqüentemente, na perspectiva de representatividade, resta saber se realmente ocorreu o anunciado ou se o uso da expressão “segmentos da sociedade” apenas funcionou como desencadeador de uma legitimidade formal discursiva. Na pesquisa, observamos que os próprios expositores/oradores introduziram na discussão o cidadão comum, como, por exemplo, o representado pelo casal que passou pela situação de anencefalia antecipando terapeuticamente o parto.

Assim, tanto no início da AP quanto nas trocas de expositores, haverá rituais de abordagem a serem atendidos, pois, ao passar para cada expositor, faz-se primeiro a apresentação de um minicurrículo a fim de estabelecer a autoridade para a fala, requisito jurídico do ato, funcionando como um *ethos* prévio. Os interlocutores ou oradores da AP são especialistas em questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, religiosas, econômicas e até jurídicas, com experiência e autoridade na matéria submetida ao Tribunal¹¹⁵, composto por 11 ministros, cujos votos comporão a decisão judicial pela maioria, a favor ou contra a proposta efetuada pelo peticionário na Petição Inicial.

Observamos que nas duas APs, os ministros relatores determinam a oitiva dos especialistas, definindo-se para a ADI n° 3510 a emissão de 17 convites: Mayana Zats, Lygia V. Pereira, Rosalia Mendes Otero, Steves Rehen; Antônio Carlos Campos de Carvalho, Luiz Eugenio Araújo de Moraes Mello, Drauzio Varella, Oscar Vilhena Vieira, Milena Botelho

¹¹⁵Segundo os artigos 13, XVII e 21, XVII, do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Pereira Soares, Ricardo Ribeiro Santos, Esper Abrão Cavalheiro, Marco Antonio Zago, Moises Godbaum, Patrícia Helena Lucas Pranke, Radovan Borjevic, Tarcisio Eloy Pessoa de Barros Filho, Debora Diniz; e para a ADPF n° 54 a seguinte determinação:

Então, tenho por oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil [CNBB], Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidade: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal Jose Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP (STF, 2007, p. 241).

Na decisão interlocutória determinante da AP, incluiu ainda no rol “a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC”. Observamos que para o Sr. José Aristademo Pinotti, o ministro relator apresenta justificativa para a oitiva, tendo em vista que, naquela época, a função ocupada pelo orador/interlocutor era no Poder Legislativo, mas que não era em decorrência dela que seria chamado para apresentar a exposição e sim de suas habilidades médicas e de pesquisa. Ao final, foram ouvidos 22 especialistas, sendo metade contrária à constitucionalidade da lei, que se designavam como “defensores da vida” (pró-vida) e metade favorável, ou seja, 11 expositores para cada lado (pró-escolha).

Além dessa peculiaridade, dos dois grupos, todos os integrantes estavam ligados às ciências biológicas ou à medicina, temos apenas uma expositora/oradora, não ligada às áreas biomédicas, que falará nos dois procedimentos: Débora Diniz, cuja habilitação é apresentada pela expositora, formando o *ethos* prévio da oradora, da seguinte forma:

Sou formada em Antropologia, pós-doutora em Bioética pela Universidade de Leeds, no Reino Unido, pesquisadora das implicações éticas, sociais e legais do Projeto Genoma Humano dos Estados Unidos, diretora da Associação Internacional de Bioética e da diretoria da ONG Anis – Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero.

Antes, friso o marco em que me situo. A minha apresentação será a partir das questões éticas envolvidas na pergunta proposta pela ADI (STF, 2007, p. 1116).

Sobre a noção de *ethos* prévio cabe ressaltar que se trata de um importante recurso usado na construção argumentativa, uma vez que se relaciona à legitimidade e colabora para a construção da credibilidade dos sujeitos, como percebemos acima, além disso, na ADPF n° 54, o relator apresenta a oradora/expositora nos seguintes termos:

Vamos ouvir agora, falando pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, a Doutora Débora Diniz, antropóloga, doutora em Antropologia e pós-doutora em Bioética. Atualmente é professora da nossa Universidade de Brasília, pesquisadora da organização não governamental ANIS e membro da Diretoria da Associação Internacional de Bioética (STF, 2008, p. 102, vol II).

Observamos o argumento de autoridade conduzindo as apresentações seja pelo próprio expositor ou pelo relator, promovendo a construção da imagem de si e do outro¹¹⁶. Importante ressaltar que a Instituição que a expositora representa foi auxiliar técnica do peticionário, conforme declarado expressamente na Petição Inicial.

Ainda sobre o *ethos* prévio, na autoapresentação dos especialistas nas exposições da ADI nº 3.510, 11 depoentes do bloco favorável ao uso de embriões em pesquisa, discurso pró-escolha, declararam sua formação acadêmica, inserção em instituições científicas e experiência de pesquisa. No bloco defensor da ação, pró-vida, um deles definiu-se apenas como professor de medicina, enquanto outros dois não mencionaram formação e inserção profissional.

Pesquisando os Currículos *Lattes* dos peritos convocados, verificamos no bloco favorável à pesquisa com células-tronco embrionárias (pró-escolha), que os intimados das áreas de biologia e medicina tinham envolvimento na área de pesquisa com células-tronco e possuíam título acadêmico (doutorado), além de serem professores ativos ou aposentados de universidades públicas, membros de associações de pesquisa científica, e publicaram artigos científicos, sendo que 06 especialistas recebiam bolsa de produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Nesse sentido, esse bloco tem representantes de destaque na comunidade científica, com grande produtividade, além de possuírem bastante crédito, alguns deles dominantes no campo científico (no sentido de BOURDIEU, 2011). Esse grupo dominante defende os valores constitucionais da liberdade de pesquisa científica e do afastamento de ciência e religião no Estado laico, promovendo um discurso pró-escolha.

No grupo contrário, ou seja, defensor da ADI, temos um expositor, professor emérito da UFF, o qual não tinha Currículo *Lattes*. Outra expositora, declarada médica ginecologista-obstetra, especialista em logoterapia, e professora de bioética, possuía apenas o cadastro na Plataforma *Lattes*. Os outros nove ficaram assim distribuídos: 07 doutores e 02 mestres, desses somente 04 estavam envolvidos em pesquisa com células-tronco e não tinham bolsa de produtividade em pesquisa. A produção acadêmica e a publicação também não é pareada, pois

¹¹⁶Para Amossy (2005, p. 10), *ethos* seria “a construção de uma imagem de si destinada a garantir o sucesso do empreendimento oratório”. Isso porque o currículo funciona como uma imagem projetada de qualidades daquele que irá enunciar, o qual pode ou não corresponder ao que foi produzido.

04 Currículos *Lattes* mencionavam atividades ligadas à Igreja Católica; 01 dos especialistas era membro da Pontifícia Academia Pro Vita do Vaticano e participou de eventos ligados à Igreja Católica ou às pastorais, teve três artigos em periódicos de divulgação católicos, sendo também assessor de bioética da CNBB. Outra especialista orientou como cientista a abertura da ADI nº 3510, a pedido do procurador Cláudio Fonteles, possuía carta da CNBB de reconhecimento pelos serviços prestados em defesa da vida humana e ganhou o prêmio da CNBB no tema Biologia Molecular, cujo artigo foi publicado em periódico católico de divulgação. Outra cientista publicou cinco artigos em revistas católicas; outro integrante desse grupo de 11 participou de dois eventos para médicos católicos. O professor emérito da UFF foi palestrante no seminário “Vida: primeiro direito da cidadania”, promovido pela Pastoral Universitária da CNBB. Dos onze convocados, cinco eram autores do livro de mesmo título que o seminário, que foi usado para fundamentar os argumentos da petição inicial da ADI nº 3.510, como argumentos de autoridade. Uma das cientistas tornou-se, em 2008, presidente do movimento “Brasil sem Aborto”. Essa sequência soma 08 cientistas engajados com instituições católicas ou movimentos a elas relacionados. Desses cientistas, 07 foram sugeridos na petição Inicial para participar da AP pelo PGR (Cláudio Fonteles). Pelas inferências apresentadas temos que a cientificidade se divide em duas vertentes, uma laica e outra vinculada sob os dogmas religiosos, com uma maioria de base católica na ADI nº 3.510, promovendo um discurso pró-vida.

Verificamos na ADPF nº 54 que foram ouvidos 27 expositores/oradores, nas quatro sessões, 11 pró-vida e 16 pró-escolha. Entre os pró-vida, havia 3 especialistas e os demais representavam entidades e associações, entre elas duas entidades religiosas CNBB (cujos representantes dividiram o tempo) e Associação Médico-Espírita do Brasil (cujos representantes dividiram o tempo); Associação Pró-vida e Pró-família, da Frente Parlamentar e Defesa da Vida, do Movimento Nacional em defesa da Vida – Brasil sem aborto, e da Associação para o desenvolvimento da Família. Os 16 representantes que se manifestaram pró-escolha assim se dividiram: 02 autoridades públicas, 01 como autoridade pública e especialista, 05 representantes de ONGs: Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Escola de Gente – Comunicação em Inclusão, Rede Feminista de Saúde, CEPIA, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos; como representantes de associações científicas e conselhos profissionais: Conselho Federal de Medicina – CFM, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Sociedade Brasileira de Genética Médica, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência: SBPC, Associação Brasileira de Psiquiatria; além de 02

representantes de entidade religiosa, a Igreja Universal do Reino de Deus e Católicas pelo Direito de Decidir. Conseguimos perceber uma nítida oposição entre expositores de linha pró-escolha, com respeito à gestação de anencefálico, e o grupo pró-vida. Ambos os lados acionaram tópicos oriundos do discurso dos direitos humanos, cada qual escolhendo a dignidade de quem seria promovida: da mulher ou do feto. A maioria dos oradores/expositores, como percebemos, é da área médica, compondo 16 expositores ao todo. Tal composição fica diferenciada da AP na ADI nº 3.510, quando compareceram como peritos, quase todos da área biomédica com presença marcada de especialistas em bioética e não representante de instituições ou associações. Podemos indicar como especialistas presentes nas duas APs, do lado favorável à ADPF nº 54 e à pesquisa com embriões: Débora Diniz da ONG Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e, do lado oposto, Lenise Aparecida Martins Garcia presidente do “Movimento Nacional de Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem Aborto”, Rodolfo Acatauassú Nunes presidente da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, e a médica Elizabeth Kipman Cerqueira, os três últimos integrantes do discurso pró-vida. Fato marcado é que dos que compareceram às duas AP’s, somente a Débora Diniz não é da área biomédica.

Nas duas APs, os núcleos temáticos abordados nas diversas exposições podem ser divididos em valores semelhantes para falar a respeito do caráter de ser humano do feto anencefálico e de ser ele dotado ou não de direitos. As exposições se dividiram em pró-vida e pró-escolha. Assim, passaremos a análise sobre o rito da AP.

2.4.2 – O rito na AP

Apesar de todo discurso ser regulamentado por regras com mais formalidades ou não, as peculiaridades do Discurso Jurídico decorrem do fato de ser este um discurso produzido em rituais específicos, com maior formalidade, determinados por regras procedimentais, que buscam controlar as falas como requisito para constituição em que há sempre um mediador promovendo esta regulamentação, pois “Em lugares institucionais, como os tribunais, os turnos de palavra estão sujeitos a formas protocolares controladas pelo juiz” (GRÁCIO, 2013, p. 131). Nas APs haverá os rituais e regras definidas no contexto do Discurso Jurídico Constitucional, ainda que regido, na presente pesquisa, pelo RICD, já que não existia definição de sua realização no RISTF¹¹⁷. Dessa forma, o controle é exercido pelo relator; o

¹¹⁷Somente regulamentou a Audiência Pública a partir de 11 de fevereiro de 2011 com a Emenda Regimental nº 29, pela inserção do inciso XVII, com o seguinte teor: “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de

ministro que conduz a ação constitucional, e percebemos claramente a função dele sendo exercida, ao observarmos os passos a serem seguidos na ADPF nº 54:

[...] abriremos, após cada audição, o questionamento, o lançamento de perguntas que deverão ser dirigidas pela requerente, pela autora da ação e também pelo Ministério Público à Mesa para que, então, aquele que haja procedido à exposição esclareça possíveis dúvidas existentes.

Temos nesse trecho o como a AP será regulamentada ritualisticamente. Assim, as exposições que permitiram o embate de ideias na AP não são diferentes de outros processos argumentativos em que há controle da interação em outros âmbitos. O que se modificaria seriam os assuntos e a possibilidade de utilizar argumentos normativos, legais, o que, na AP, inclusive, fugiria à regra e à regulamentação normativa utilizada. Isso ocorre, porque, em primeiro lugar, a AP é um instituto peculiar do Discurso Político democrático e, em segundo lugar, pela própria função dela, definida normativamente na Jurisdição Constitucional e também na fala dos relatores que sempre a colocam como um procedimento instrumental introdutório para a Audiência de Julgamento, essa sim uma audiência jurídica no sentido estrito.

Como já dito, quanto ao rito a ser utilizado na ADI nº. 3510, ainda não havia norma regimental no STF para seguir, por isso o relator determinou como parâmetro para o procedimento de oitiva dos *experts*: “[...] o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no qual se encontram dispositivos que tratam de sua realização, justamente, de audiências públicas (arts. 255 *usque* 258 do RI/CD)” (STF, 2007, p. 896). Assim, a abertura da AP se deu nos seguintes termos:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Bom-dia a todos. **Registro o comparecimento do Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, Chefe do Poder Judiciário Nacional, a quem passo a Presidência dos trabalhos para a abertura da Audiência Pública**, objetivando ouvir segmentos da sociedade brasileira sobre o que tratado nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, sobre a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo (STF, 2008a, p. 01) (Grifos nossos).

Após a praxe de abertura em que o relator inicia a fala e passa a palavra para o representante da função de Presidente do Tribunal. Logo em seguida ao registro, a palavra é dada ao Presidente do STF:

Bom-dia a todos. **Gostaria de apenas fazer o registro, eminente** [*fragmento 01*] Ministro-Relator, Ministro Marco Aurélio, senhoras e senhores presentes, da

peçoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.”.

importância deste instrumento previsto nas Leis nºs 9.868 e 9.882, que permite este diálogo particular e esta abertura na interlocução do Supremo Tribunal Federal com a comunidade científica e com a sociedade como um todo. Esta é a terceira Audiência Pública que o Supremo Tribunal Federal realiza no contexto das Leis nºs 9.868 e 9.882. A primeira delas deu-se no âmbito da Lei de Biossegurança, naquela referida ação direta de inconstitucionalidade de todos conhecida. Agora, estamos a realizar a segunda Audiência Pública neste tema de magna relevância para dirimir sensíveis dúvidas, controvérsias do ponto de vista científico, ético e religioso.

Passo a Presidência dos trabalhos ao eminente Relator desta ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental [fragmento 02], um outro instrumento também cuja relevância não cansamos de destacar e que vem servindo de instrumento subsidiário para trazer ao Supremo Tribunal Federal questões que de outro modo não chegariam à Corte.

Neste caso específico, o Ministro Marco Aurélio há de se lembrar o tema inicialmente foi agitado no Supremo Tribunal Federal em um habeas corpus, mas, por razões específicas, era impossível de o Tribunal nele se manifestar por conta das limitações já temporais que o tema aqui envolve [fragmento 03]. De modo que somente este instrumento possibilitou à Corte se debruçar com o cuidado, com a serenidade e com a necessária cautela, que permite esta prova, e que somente esta ação de arguição de descumprimento permitiu esse desenvolvimento necessário e cauteloso que estamos tendo, graças também às **mãos seguras do eminente Relator Ministro Marco Aurélio. Passo a Presidência dos trabalhos a Sua Excelência e me despeço [fragmento 04]**(STF, 2008a, p. 01).

Nos trechos marcados, percebemos questões ritualísticas e também a formalidade da AP, como no pronome de tratamento utilizado (eminente), no fragmento 01, e palavras de apreciação à ação do relator (mãos seguras), fragmento 04. No fragmento 02, o presidente acena que irá passar a palavra ao relator, demarcando que daria sequência aos trabalhos e abre, então, uma série de informações a fim de relacionar as condições de determinações de fala. No fragmento 03, reforça que o tema já foi abordado outras vezes no STF de forma incidental, mas, “por razões específicas”, subentendesse: decurso de tempo, que proporcionou a perda do objeto, não foi possível realizar a análise do caso pelo Tribunal, as limitações temporais são evidentes pelo período de gestação.

Assim, as regras ritualísticas quanto às falas são fixadas pelo relator, em despacho anterior, o qual é retomado para definir o comportamento de todos os interlocutores e formas de participação. Dessa forma, não deveria haver surpresa no desenvolvimento da situação comunicacional, cujo contrato comunicacional foi devidamente fixado, como podemos perceber abaixo:

Vamos à sequência dos trabalhos com alguns esclarecimentos quanto à dinâmica que será adotada. Conforme consignado na decisão, ouviremos certo grupo, na data de hoje, cada qual durante quinze minutos. Também ficou assentado que teremos a possibilidade de juntada de memoriais. A par da observância dessas formalidades, abriremos, após cada audição, o questionamento, o lançamento de perguntas que deverão ser dirigidas pela requerente, pela autora da ação e também pelo Ministério Público à Mesa para que, então, aquele que haja procedido à exposição esclareça possíveis dúvidas existentes. O que formalizado nesta audiência pública formará apenso que estará junto ao processo revelador da arguição de descumprimento de preceito

fundamental, para consulta pelos integrantes da Corte. É nossa idéia também, lançando mão do serviço técnico do Tribunal, **encaminhar a cada integrante do Supremo Tribunal Federal**, para domínio maior da matéria, **um DVD contendo as exposições que teremos a satisfação de ouvir, de presenciar**. Neste primeiro grupo, registro o comparecimento da **Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, representada pelo Padre Luiz Antônio Bento (Doutor em Bioética pela Universidade Lateranense e Academia Alfonsiana de Roma, Assessor Nacional da Comissão Episcopal para a Vida e a Família da CNBB, e autor do livro Bioética)**. Participará também – **faço um apelo no sentido de dividirem o tempo de quinze minutos -, falando pela CNBB, o Doutor Paulo Silveira Martins Leão Júnior (Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Presidente da União dos Juristas Católicos da Arquidiocese do Rio de Janeiro)**. Costumo dizer que, **sem fato, não há julgamento e aquele que personifica o Estado-Juiz há de defrontar-se com conjunto de elementos objetivando formar o respectivo convencimento sobre a controvérsia. Visamos, com esta Audiência Pública, que se desdobrará de início em três dias, colher esses dados de convicção** (STF, 2008a, p. 03).

Apesar de existir mais de um expositor, o tempo foi determinado à entidade que indicou quem iria participar: o ministro manteve o turno de fala de 15 minutos para a instituição e não para cada um da instituição que falaria. Esta é uma forma de controlar o tempo necessário para que a AP não se estenda na programação temporal¹¹⁸.

Da mesma forma, o ministro relator da ADI n° 3510 também define como ocorrerá a AP, mas, nesse caso, como era a primeira, fixou-se apenas um dia, o dia 20 de abril de 2007, dividindo os turnos entre manhã e tarde:

Quero dizer que há dois blocos de opinião bem caracterizados: um, a favor da Lei de Biossegurança no dispositivo questionado; outro, que se contrapõe, contrario ao artigo 5° da Lei n° 11.124, de março d 2005. Esses dois blocos terão oportunidade de falar nesta manhã e durante a tarde.

Pela manhã, vamos disponibilizar três horas para a exposição dos especialistas que já estão credenciados, ficando uma hora e meia para cada bloco. Os próprios especialistas, os próprios estudiosos disporão desse tempo à sua vontade, a seu critério

Faremos um sorteio para o primeiro bloco. O bloco n° 1 (esse n°1 para efeitos de sorteio) é que foi indicado pela Procuradoria-Geral da Republica e pela CNBB; e o bloco de n° 2 (esse n° 2 para efeito de sorteio) é dos *experts* indicados pelos requeridos na ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, Congresso Nacional, Presidente da República e pelos **amici curiae** (pelos amigos da Corte). No turno da tarde, o tempo será mais dilatado, teremos duas horas para cada bloco de expositores. Quem ficar por último para a exposição do turno matutino iniciará a exposição no turno vespertino (STF, 2007, p. 914).

[...]

Na parte da tarde, já ficou assentado que falarão os especialistas, as autoridades científicas indicadas pela Procuradoria-Geral da República e pela CNBB (STF, 2007, p. 1011).

Como percebemos, inicialmente, o rito estabelecido foi dividir o tempo de forma equânime e deixar que os especialistas que se dividissem quanto ao tempo, tendo em vista que nos dois lados há a mesma quantidade de oradores/expositores. Posteriormente, quanto ao

¹¹⁸ A única exceção foi abordada no Capítulo 4, quando ouviram duas representantes separadas em dias diferentes.

rito, foi editada a Emenda Regimental nº. 28, de 18 de fevereiro de 2009, regulamentando o procedimento das APs realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a qual alterou o parágrafo único do artigo 154 do Regimento Interno do STF (RISTF) que passou a ter a seguinte disposição:

Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

É aqui que os ritos a serem seguidos na AP estão determinados, outra norma secundária, conforme Habermas (1992), e que nos permitirá analisar os elementos estruturais do processo argumentativo. Ainda que as APs analisadas tenham ocorrido antes da modificação do RISTF, não se modificam no conteúdo do que foi definido na regra posteriormente. Isso porque a primeira AP realizada pelo STF, em 2007, ocorreu após decisão monocrática proferida pelo relator da ADI nº. 3.510, objeto de nossa pesquisa, que discutiu a constitucionalidade da Lei Federal nº 11.105/05, a chamada “Lei de Biossegurança”. Para esse procedimento foram convidados 17 especialistas indicados pelos requeridos e pelos *amicus curiae*, além dos arrolados pelo Procurador-Geral da República¹¹⁹, com a finalidade de esclarecer aspectos sobre a matéria questionada. Assim, essa AP foi um marco na história do controle de constitucionalidade brasileiro e representou o primeiro passo para a efetiva realização desse instrumento democrático e participativo, oito anos após ser disponibilizado para uso de forma legal.

Segundo Perelman (1993, p. 30):

O ritual, os programas de ensino, as tradições parlamentares e as regras de procedimento fixam, com maior ou menor precisão, as matérias que serão objecto das comunicações. O desvio será considerado ilegal ou inconveniente, uma insolência, alvo de riso ou de escândalo.

¹¹⁹Cláudio Fonteles, segundo a biografia publicada no site do MPU, “Atuou politicamente como secundarista e universitário, tendo sido membro da AP (Ação Popular), movimento estudantil ligado à esquerda católica que comandou a UNE na década de 60” (MPU, Biografia, disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/galeria-dos-ex-pgrs/galeria/biografia-de-claudio-fonteles>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2015).

Percebemos o controle sendo exercido pelo relator, na ADI n° 3510, após aplausos da plateia em acórdância à expositora (Lenise Aparecida Martins Garcia), quando se questiona sobre a natureza do embrião “Podemos até mesmo perguntar – eu pergunto aos que querem negá-lo: se o embrião humano não é *homo sapiens*, a que espécie, então, ele pertence?” (STF, 2007, p. 974), em contrapartida foi dito:

Mais uma vez peço a platéia não se manifeste, porque, no âmbito das sessões jurisdicionais, **não existe a possibilidade de participação**. Embora se trate de uma audiência pública – já expliquei -, **esta que estamos a promover tem um caráter instrutório de uma outra que será realizada para o julgamento do mérito da causa** (STF, 2007, p. 974) (Grifos nossos).

Outro exemplo se dá quando o próprio ministro relator reafirma o caráter expositivo da AP, o debate de ideias é possível, mas o confronto não seria possível, por ser contra os princípios do diálogo como princípio da AP. Tal fato é observado após a exposição de Antônio José Eça:

Vamos gastar dinheiro público em aventuras éticas e tecnicamente discutíveis? A técnica falada aqui: só se falou bem da técnica usada na célula adulta e não de célula embrionária. Por que não se pensa, num país como o nosso, em melhorar as condições de vida do povo, dando-lhe saneamento básico, atendimento médico, exatamente o que falta para essas pobres e coitadas mulheres, isso se estiverem preocupados com a mulher brasileira; dando-lhe comida com qualidade, que simplesmente melhora a condição do aparecimento de uma desgraça brasileira, que é o anencéfalo, porque bastaria ter vitaminas, ácido fólico na comida dessa mulher. Esse problema diminuiria muito. Isto, sim, é saúde pública, que deveria preocupar quem está querendo fazer alguma coisa de bem para a mulher brasileira.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Quero lembrar ao expositor que **a ênfase é sempre elogiável, significa que o Senhor acredita no que diz. Mas é preciso não confundir conflito com confronto. Conflito de opinião é sempre saudável, ate por que pode haver uma composição**, e confronto é uma batalha, um quer destruir o outro (STF, 2007, p. 1016) (Grifos nossos).

Compreendemos que o relator permite o embate de ideias, mas não a desconstrução do argumento, isso porque estaria em desacordo com o que se pretende com a AP que seria o diálogo, no qual os posicionamentos fossem apresentados e o público fizesse suas considerações sob os diversos pontos de vista.

No recorte abaixo é possível observar tanto o controle realizado pelo relator como a subversão do gênero:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – **Evitei versar este pedido, mas solicito aos assistentes que não se manifestem. A Audiência é pública, mas é uma Audiência judicial. Não devemos ter, portanto, manifestações, nem pró nem contra, aos expositores.** [fragmento 01] Doutor Luís Roberto Barroso, com a palavra.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Ministro Marco Aurélio, **gostaria apenas de assinalar um ponto de consenso** [fragmento 02] entre a posição Pró-Vida e a nossa. Embora haja uma divergência se há ou não vida cerebral, há

consenso de que se trata de uma doença congênita letal, fatal em cem por cento dos casos. Portanto, penso que seja um ponto importante. **Não gostaria de antecipar um debate, mas, apenas para registrar, a autora sustentará com demonstração médica que a hipótese de Marcela de Jesus não era uma hipótese de anencefalia** [fragmento 03] e, por fim, de que nunca houve nenhuma experiência bem-sucedida de transplante de órgãos de anencéfalos no Brasil.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – **Não podemos partir para um debate propriamente dito. A oportunidade não é essa. Talvez tenhamos espaço para fazê-lo quando da submissão do processo devidamente aparelhado ao Colegiado. Pediria, também, em apelo ao Doutor Luís Roberto Barroso, que evite colocações que possam sugerir o debate, a réplica, a tréplica e, portanto, a projeção no tempo destes trabalhos.** [fragmento 04]. Numa visão flexível, dou a palavra a Sua Senhoria, Doutor Paulo.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Muito obrigado, Ministro Marco Aurélio. Só pediria que o Doutor Rodolfo, ao acatar o assunto, pudesse responder à pergunta feita.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Não há a menor dúvida. Vou passar a palavra a Sua Senhoria. A colocação foi feita. Tem a palavra o nosso Professor.

O SR. RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES – Doutor Barroso, Doutora Débora Diniz, é um prazer conhecê-los mais de perto, **mas mantemos as nossas divergências em relação à parte da criança Marcela.** [fragmento 05] Nós também temos de posse os laudos radiológicos, laudos da tomografia e da ressonância magnética, em relação ao caso, mostrando ausência da formação óssea da dobra do crânio; fotos clínicas da paciente mostrando um tecido acima da região da testa – vamos dizer assim -, um tecido esponjoso. Então, temos seguramente essa opinião, firmada por vários colegas que examinaram a ressonância e a tomografia. Isso vai ter que ser objeto de alguma discussão. Posteriormente, reiteraremos a nossa posição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – **Muito bem. As colocações diversificadas confirmam que a balança da vida tem dois pratos.** [fragmento 06] Ouviremos o Subprocurador-Geral da República. Alguma colocação, Excelência?

O SR. MÁRIO JOSÉ GISI – Excelência, apenas uma pequena indagação. O expositor disse – ao que entendi – que esses fetos anencéfalos possivelmente teriam uma consciência primitiva equivalente à dos mamíferos. Portanto, eu perguntaria se ele defende que, em se constatando a existência de uma consciência primitiva também nos mamíferos, o tratamento diferenciado entre o feto e outros seres, que não humanos, se justificaria por que razões?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Doutor Rodolfo, com a palavra.

O SR. RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES – Esse assunto da anencefalia – como disse antes e explicito a Vossa Senhoria – é extremamente complexo e falta um estudo de tecnologia de ponta. Como essa anomalia se dá bastante cedo na vida embrionária, um certo grau de neuroplasticidade pode ocorrer e, a partir também de outras localizações – como é o caso em que Merker faz a sua hipótese -, por uma lógica filogenética desse núcleo da consciência estar situado nas partes mais inferiores, sendo o encéfalo a córtex que enriquece esse “núcleo básico”, então não se pode aquilatar com toda certeza o grau de relação dela com a parte mais complexa do mundo exterior, que possivelmente não exista. Mas existe um certo grau de consciência primitiva, já que as mães, muitas vezes, percebem uma interação com essas crianças, que não é somente explicada a partir de reflexos. Então, existe ainda algo a estudar e a partilhar. Essa mãe, que talvez esteja presente aqui, poderia até mesmo dar – mas não é o caso – depoimentos a respeito desse grau de interação, e isso foi testemunhado pela própria médica pediatra que viu essa interação entre a mãe e a sua filha. Na realidade, nós não temos ainda estudos com tecnologia apropriada para poder discernir esse tão complexo ponto, o nível de consciência dessa criança, obviamente uma consciência primitiva, oriunda da neuroplasticidade e também de alguma localização um pouco mais baixa do núcleo primitivo de É um

assunto extremamente complexo. É por isso que se faz o benefício da dúvida: quando não se esclarece, por prudência se respeita aquela vida.

O SR. MÁRIO JOSÉ GISI – **Excelência, ainda insisto, pois tenho uma dúvida que persiste com relação a essa questão [fragmento 07]:** constata-se, por exemplo, da mesma forma como os elefantes quando perdem um bebê, que há uma manifestação muito forte por parte de um mamífero superior, assim como ocorre com o golfinho e o chimpanzé. Portanto, parece-me que fica uma zona um pouco cinzenta dessa distinção que ele pretende fazer nessas circunstâncias.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Para considerações finais, o Doutor Rodolfo.

O SR. RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES – Merker faz a sua ilação por meio de uma lógica filogenética. Ele usa outros argumentos comparativos e – tenho no meu *pen-drive* – faz um esquema dessa relação com o mundo exterior. É um assunto polêmico, mas seguramente muitos autores também polemizaram com ele. Sem dúvida nenhuma é uma hipótese colocada em consideração. **A criança, pela encefalia, é da espécie humana; então, a que ponto está o nível molecular, o nível exato da interação dela com a mãe, nós não temos capacidade de observar porque isso não foi medido tecnologicamente. Por isso tenho dificuldade de dar a resposta, por conta da falta das ferramentas técnicas em relação a esse assunto.** [fragmento 08]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Cumprimento o ilustre Professor Doutor Rodolfo Acatauassú Nunes pela fidelidade intelectual. **Passamos do campo religioso para o campo técnico-científico [fragmento 09].** Agradeço o comparecimento de Sua Senhoria e os esclarecimentos prestados visando a chegar-se a uma conclusão sobre o tema de fundo desta arguição de descumprimento de preceito fundamental (STF, 2008, p. 31/35) (Grifos nossos).

Embora não seja ao que se predestina com a AP, o debate direto entre as partes com a desconstrução de argumentos foi recorrente através de algumas técnicas que revelam subversão ao gênero. Identificamos a necessidade do ministro relator em manter a ordem na AP em relação ao público que está assistindo à audiência presencialmente, o que observamos no fragmento 01, quando, novamente, reforça-se na expectativa de que o receptor seja passivo (interlocutor passivo).

No fragmento 02 e 03, verificamos uma nova tentativa de o peticionário subverter o processo dialogal proposto em debate com afirmações e não com esclarecimento de dúvidas, reafirmando a polarização do procedimento da ação constitucional, reafirmando o posicionamento adotado. Além disso, no fragmento 02, fica escamoteada na palavra “observação” a intenção de argumentar refutando o que foi apresentado pelo expositor, contrapondo-se ao seu ponto de vista. O peticionário usa o mesmo recurso no fragmento 03. O fragmento 05 apresenta a réplica, contraposição aos argumentos do peticionário, que se torna necessária em decorrência do princípio do discurso jurídico da “paridade de armas”. Tal ação gera a reação do ministro relator, determinada pelo fragmento 04, quando novamente reforça a definição do que se espera do espaço discursivo previsto para a AP, enquanto gênero, reforçando o contrato, inserindo-o como deliberativo, debativo de ideias, mas não dialogal. Assim, ele solicita a cooperação do interlocutor que quebrou uma das regras do discurso, mas o faz ampliando o pedido como se fosse para todos os interlocutores, aqui há

uma modalização, pois, em outras circunstâncias, o descumprimento do determinado levou à ameaça de se caçar a palavra, quando a subversão ocorreu por ação do orador/expositor/interlocutor.

No fragmento 05, há um reforço dos posicionamentos, utilizando-se o mesmo argumento para subsidiar teses opostas. Isso acontece especificamente no caso Marcela, como pode ser observado, citada também no fragmento 08. O fragmento 07 reforça a função da AP, já que, enquanto houver dúvida quanto ao que está sendo exposto, o interlocutor interpelará o orador/interlocutor para dirimir as dúvidas sobre os aspectos técnicos científicos ou experienciais.

Ao analisar cada exposição realizada pelos oradores/interlocutores, cada momento de questionamento posterior à exposição, verificamos um discurso dialógico, em que cada orador utiliza das diversas vozes em sua palavra para expor sua perspectiva – já que diversos argumentos refletem os posicionamentos ideológicos dos participantes –, e, com o fim secundário, para persuadir o auditório de que sua perspectiva é a melhor. Ao mesmo tempo, tomando-se a AP como um evento comunicacional, os oradores/interlocutores retomam ou indicam expositores que antecedem ou precedem as suas exposições, construindo posicionamentos que polarizam o discurso em prós ou contras à constitucionalidade da norma, (discurso dialogal representado pela ação de inconstitucionalidade e pela arguição de preceito fundamental).

As interações nas APS são ritualísticas, decorrem do próprio gênero, e as partes se manifestam em tempo determinado pelos ministros. Além disso, mesmo valendo-se da voz de cidadãos comuns, estes são sujeitos especializados nas áreas de conhecimento em destaque e que isso por si só já confere mais poder e, portanto, legitimidade às suas falas.

CAPÍTULO 3 – ARGUMENTAÇÃO NAS APS

Tendo em vista um novo modelo de razão na modernidade, baseado na faculdade humana plural, a qual permite outras formas de racionalidade, diferente da noção de evidência, apresentaremos uma exposição sobre argumentação. Com a Nova Retórica, nasce um **novo modelo de razão**, uma razão que não é mais entendida como faculdade humana que, *a priori*, é capaz de conhecimentos verdadeiros e unívocos, mas como faculdade humana plural, portadora, *a posteriori*, de conhecimentos plurívocos. Emerge, assim, uma nova concepção da racionalidade – uma **racionalidade argumentativa** (GRÁCIO, 1993), e junto com essa vem também uma nova maneira de conceber a tematização de uma nova racionalidade intrinsecamente pluralista.

Nesse sentido, a nova retórica perelmaniana parte de Aristóteles, mas reformula sobretudo as questões relacionadas à racionalidade argumentativa e, com isso, trata do provável e não do calculável. Assim, a perspectiva se configura como uma teoria da argumentação proveniente de discursos dirigidos a qualquer espécie de auditório, já que considera diferentes lógicas, como a jurídica, por exemplo. As múltiplas lógicas ficam evidentes quando observamos a argumentação nas APs analisadas, já que tanto os representantes do grupo pró-vida quanto os do grupo pró-escolha, na defesa de seus pontos de vista, lançarão mão de certos argumentos a fim de persuadir o auditório.

Entretanto, ao contrário do que se esperaria dos representantes dos setores sociais que participam das APs enquanto depoentes/expositores, nem sempre estes se utilizam dos discursos de seu campo, ou seja, nem todos os representantes religiosos utilizam discursos religiosos; nem todo representante social lança mão de um discurso social. Isso é a própria retórica, conceituada por Aristóteles como a arte de descobrir o que é persuasivo em cada caso particular. Assim, buscando compreender a argumentação nas APs ADI n° 3510 e ADPF n° 54, neste capítulo, observaremos primeiramente as características gerais das argumentações dos grupos pró-vida e pró-escolha na esfera jurídica na qual se dá a AP, além de observar os discursos extrajurídicos que constituem tais argumentações, controladas pelos operadores jurídicos, e a questão dos valores nas APs. Depois disso, observaremos como se dá a argumentação, a partir das operações retóricas e também das dimensões do *ethos*, do *pathos* e do *logos*, até chegar na ideia de argumentação consequencialista, que é a observada nos discursos que constituem o gênero Audiência Pública.

3.1 A argumentação na esfera jurídica das APs

É importante destacar que, além da dialética, a argumentação, tradicionalmente, também esteve atrelada à lógica, principalmente no discurso jurídico, quando se desenvolveu o processo de codificação e a Dogmática Jurídica, assentada na Escola da Exegese, o que afastava do Direito seu componente histórico, ideológico e valorativo. Assim,

O texto normativo é *o ponto de partida* e, a partir dos dados da realidade – tal qual vista pelos valores do intérprete –, chega-se à norma interpretada. A interpretação, então, é uma atividade de cunho constitutivo (e não meramente declaratório), que *constrói* a norma a ser aplicada ao caso concreto, a partir do *amalgama* entre o *texto normativo* e os *dados da realidade social* que incidem sobre esse texto (RAMOS, 2016, p. 116).

Podemos dizer que os componentes histórico, ideológico e valorativo, elementos ou raciocínios dóxicos, retornam ao Direito pelo *amalgama* do texto normativo com os dados da realidade social. Esse procedimento se dá pelo processo de aplicação e interpretação do Direito. Tal fato ocorre principalmente com aplicação do Direito que pode se dar pela subsunção legal (silogismo jurídico) e por outros meios de aplicação. Acreditamos que, no silogismo jurídico, o viés hermenêutico e argumentativo fecha-se para conectar a situação concreta ao elemento normativo. Assim, haverá o sujeito interpretando a norma e o fato, e existirá um juízo de valor para justificar o silogismo, o que apresentará uma forma de argumentação.

Nesse contexto, compreendemos que o Positivismo havia permitido um estreitamento dos laços entre legitimidade e legalidade, excluindo qualquer consideração de ordem moral. Dessa forma, com a legitimidade confundindo-se com a legalidade, não havia lugar para indagações de conteúdo sobre as ordens jurídicas, inserindo o Direito e a moral em esferas diferentes de atuação. A partir da Segunda Guerra Mundial, essa equação anteriormente aceita torna-se insustentável. No contexto do Estado Democrático de Direito, há necessidade de legitimação dos regimes jurídicos em moldes não positivistas, interferindo diretamente na argumentação e na interpretação das normas. Assim, o reconhecimento do regime democrático, como organizador da vida pública, colocou o Direito como primordial para sua realização, dando-lhe um lugar de destaque.

A virada pragmática, reabilitadora da razão prática, permite também uma revisitação à Aristóteles na busca de sua *práxis*, buscando outras formas de lógicas não equacionadas pelo Positivismo e desvalorizadas pelo cientificismo, até então. É nesse momento que Perelman e

Olbrechts-Tyteca (2000) buscam desenvolver uma teoria sobre a lógica dos juízos de valor, que estaria relacionada a uma racionalidade não demonstrativa.

É na condição de adesão que Perelman reconhece os princípios gerais do Direito que remontam a Aristóteles, possibilitando uma argumentação jurídica inclusiva de princípios e valores reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos das sociedades democráticas ocidentais, tendo em vista que o Direito deve refletir aquilo que a sociedade almeja. A problemática é equacionada em termos de uma nova relação entre Direito e moral capaz de dar conta do aspecto complementar entre ambos os sistemas.

Habermas (2003), por meio de uma teoria discursiva procedimental em que o discurso deve ser fundamentado em uma ampla participação social devido ao Estado Constitucional e à ética do discurso, propõe uma teoria de justificação, que pode ser analisada conjuntamente com a perspectiva de Häberle (1997), quanto à ampliação dos intérpretes da Constituição¹²⁰ e à questão procedimental, abarcadas atualmente pelo STF. Aqui, então, discute-se, pelo processo argumentativo procedimental, uma justificação, a qual haveria de legitimar o procedimento em conformidade com a soberania popular¹²¹. Essa perspectiva de justificação também ocorre em MacCormick, segundo Atienza (2006, p. 119), para quem a argumentação prática, em geral, e a jurídica, em especial, cumpre, essencialmente, uma função justificadora, “pois só se pode persuadir se os argumentos estão justificados, isto é – no caso da argumentação jurídica – se estão de acordo com os fatos estabelecidos e com as normas vigentes”.

Sobre o conceito de justificação, MacCormick (2006) define ser o ato de demonstrar que algo está certo e explica que justificar seria demonstrar que o ato deveria ter sido praticado da forma e com o conteúdo com o qual foi praticado, devido às circunstâncias do caso analisado. Nesse sentido, afirmam Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p. 556) que a motivação das sentenças “já não se contenta em mostrar a correção formal, mas se esforça em torná-las convincentes”, ou seja, não basta apenas que o procedimento seja cumprido adequadamente, o conteúdo deve proporcionar a adesão do auditório.

Nesse contexto, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p. 03) afirmam que a estrutura da argumentação que motiva uma decisão judicial difere da estrutura do silogismo, apesar de confirmar que ambos necessitam de um processo argumentativo, pois:

¹²⁰Os dois autores recorrem a procedimentabilidade, sem considerar uma filosofia do sujeito, para pensar a soberania popular.

¹²¹Compreendemos que no Direito há um grupo que combate a procedimentalidade, gerando divergência, pois para Habermas a aplicação seria secundária em relação à fundamentação, e para a hermenêutica não haveria cisão/distinção entre fundamentação e aplicação (STRECK, 2006).

Enquanto no silogismo a passagem das premissas a uma conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum.

O silogismo não é o suficiente para determinar toda e qualquer situação, e, além disso, existem, na própria aplicação silogística, processos argumentativos também, pois,

Não é o silogismo jurídico sozinho que determina o resultado de um caso. **Alguns ou todos os termos da lei terão que ser interpretados, e os fatos do caso deverão ser interpretados e avaliados para verificar o que realmente conta, se eles realmente se enquadram no termo da lei.** Razões podem e devem ser dadas para preferir uma interpretação em relação à outra quando isso for decisivo no caso. [...] As razões para ler o silogismo de uma certa maneira são, é preciso que se diga, as reais razões para decidir um caso. **Elas pertencem à lógica das probabilidades, não à das certezas, de maneira que é essa, no final das contas, a lógica decisiva para esse tipo de questão** (MACCORMICK, 2006, p. 56).

MacCormick (2006, p. 06) acredita que, em alguns casos (fáceis), há possibilidade de dedução silogística, já que “nossas premissas normativas fundamentais não são derivadas da razão, não são produto de uma cadeia de raciocínio”. Assim, a passagem das premissas à conclusão não é necessária, mas provável, reafirmando o caráter argumentativo¹²². Ou seja, a interpretação e a aplicação do Direito necessitam da argumentação para sua aplicação, não sendo, na verdade, tão previsível quando se desejava, mas cheia de probabilidades. As APs ampliam essas questões ao inserir elementos de outra ordem para permitir a interpretação dos fatos e da norma questionada em sua constitucionalidade, servindo de subsídio para a constituição dos votos dos ministros (decisões).

Para Alexy (2008, p. 29),

Em discursos práticos não se trata somente da comprovação de interesses comuns, mas, essencialmente, também da solução correta de conflito de interesses. Uma solução correta de conflito de interesses é, no núcleo, uma matéria de determinação correta dos pesos relativos dos interesses que se encontram em jogo.

A própria circunstância de instauração da AP poderia se justificar por essa necessidade de intervenção em um primeiro momento, no direito à vida, em um segundo momento, nos direitos fundamentais das mulheres, entre eles o direito de escolha, de direcionamento da vida privada e da intimidade.

Diferente do que ocorre em um processo judicial, quando os interesses das partes estão em voga, na Jurisdição Constitucional discute-se o interesse social, a vontade da sociedade e a

¹²² Aqui podemos compreender inclusive a questão da metáfora, por exemplo, que permite o reconhecimento sem ter todas as informações, mas pela transposição da circunstância apresentada (PEREIRA, 2016).

defesa do Ordenamento Jurídico, enquanto elemento que representa essa vontade social, popular, assim, não há interesses específicos de alguém, mesmo que de certa forma eles existam¹²³. Porém, o que percebemos é que o embate acontece devido à polarização decorrente da defesa ou não da norma no processo de inconstitucionalidade, que é seguido pelos expositores, normalmente formando dois blocos de ideias, geralmente incompatíveis, configurando dois discursos: um pró-vida e outro pró-escolha. Além disso, o auditório modifica-se de um auditório para um único interlocutor para um auditório multifacetário.

Na AP, como já dito, ainda que os interlocutores/oradores não debatam diretamente, há a polarização decorrente da própria discussão inicial a respeito da constitucionalidade ou não da norma proposta pelos interlocutores da ação de inconstitucional. Isto promove uma das características da argumentação, também presente na retórica clássica, que é a existência inicial de teses conflituosas a serem discutidas.

Nessas circunstâncias, no STF, o ministro relator, na AP, faz dos ministros a primeira “comunidade intelectual” interessada em discutir o assunto, promovendo a entrega do material articulado nas AP para cada um deles¹²⁴, juntamente com a PGR e a AGU, que participam da AP. Os *amicus curiae* são também parte dessa comunidade intelectual que deseja participar do processo por informações a serem transmitidas aos ministros documentalmente, por petição, e também como oradores da AP no processo deliberativo, se esse for instaurado. A polemicidade dos assuntos tratados nas AP já demonstra o interesse no assunto, mesmo que seja afirmado pelos relatores que nas AP não seriam o momento adequado para o embate, reafirmando o caráter expositivo, o embate deveria ocorrer na Audiência de Julgamento, definida para este fim.

Os outros requisitos necessários apontados são a necessidade de o interlocutor/orador ter autoridade ou legitimidade para desempenhar esse papel e que o público alvo, aqueles a quem se dirige, esteja disposto a formar uma opinião, ou modificar a que já tem, ou ainda a avaliar os prós e os contras a respeito de determinado tema. Caso a questão seja definida como “fora de discussão”, o relator buscará impedir que a argumentação continue sobre aquela temática, exercendo o controle decorrente de sua autoridade e função na AP. No caso dos argumentos jurídicos, a AP não é o lugar para os contrapontos, assim, serão considerados

¹²³O cientista que trabalhava com pessoas cuja pesquisa poderia inferir em outra metodologia de tratamento, outra possibilidade estaria pessoalmente envolvida no dilema.

¹²⁴Isso foi apresentado no Capítulo 2.

“fora de discussão”¹²⁵, podendo, inclusive, ocorrer a cassação da palavra do orador/expositor que não seguir as regras¹²⁶. Em várias passagens das APs, o ministro relator adverte aos oradores/interlocutores a respeito da função do espaço deliberativo aberto, buscando conter tanto as interações do público presente, como as próprias exposições dos oradores e questionamentos dos componentes da mesa, que devem ater-se a dúvidas e não a contraposições entre as exposições.

A AP envolve a argumentação, tendo em vista as questões propostas pelo ministro relator para buscar as opiniões, porque, frente aos ministros, apesar de ser uma exposição considerada científica, a função dos oradores/interlocutores é apresentar dados que permitam aos ministros balizar o conhecimento existente com o recebido para analisar a questão de forma mais técnica, fornecendo respostas às questões propostas inicialmente. Vemos que a adesão é não apenas a uma tese, “mas também de modos de pensar, de ver, de sentir” (AMOSSY, 2011, p. 04). Além disso, Amossy (2006, 2010, 2018), amplia a noção de argumentação no sentido de modificar, reorientar ou mesmo reforçar pela linguagem e seus recursos à visão do alocatário, é por isso que defende que a discordância somente ocorre quando há uma forma alternativa de ver as coisas. Por isso, interessa-nos pesquisar o argumento consequencialista e o argumento de autoridade nas APs.

Na Política, no Direito, na Gestão Pública, etc. haverá sempre a necessidade de se expor os argumentos a fim de possibilitar o embate, as divergências ou diferenças, as convergências ou similaridades, buscando, em segunda ordem, conquistar a adesão e a composição do princípio democrático e da soberania popular, possibilitando a discordância. É nesse sentido que os argumentos são construídos através de valores (um dos elementos dóxicos possíveis), os quais sustentam a argumentação, que é por eles permeada, “[...] Deste ponto de vista, o uso dos argumentos é visto como algo que reforça *perspectivas* sobre um assunto em questão numa situação circunstanciada de interdependência discursiva” (GRÁCIO, 2013, p. 95).

A interdependência discursiva fixará que a decisão do Plenário do STF determine os comportamentos sociais após a decisão, mas, antes, a fim de ter a adesão ao cumprimento da decisão, promoverá, pela deliberação, a possibilidade de modificação nos modos de pensar da

¹²⁵Os debates envolvendo os argumentos jurídicos deverão ocorrer para os legitimados processuais no momento oportuno, ou seja, na Audiência de Julgamento, quando se discutirá os argumentos jurídicos envolvidos no tema da ação de inconstitucionalidade, subsidiados pelos argumentos não jurídicos produzidos nas APs.

¹²⁶Como ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103, cuja temática vincula-se a constitucionalidade ou não de dispositivos da Lei conhecida como "Lei Seca", na qual se proíbe a venda de bebidas alcoólicas à beira das rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia.

sociedade, alterando valores arraigados na norma, como fatos e que, na verdade, eram crenças, não do universo jurídico, mas nele inserido como os valores religiosos (*doxa*), que interferem na composição do Direito (discurso religioso, por exemplo). Nesse ponto é que teremos a *endoxa* produzida na AP sendo transformada em *doxa* buscando legitimar a decisão judicial e constituir uma *doxa* cujos valores sejam constituídos por um discurso democrático.

Amossy (2010, p. 99) considera que o discurso argumentativo é construído sobre os pontos de acordo estabelecidos entre orador e auditório. Daí a afirmação de que “é sempre em um espaço de opiniões e crenças coletivas que se tenta resolver uma diferença ou consolidar um ponto de vista. O saber partilhado e as representações sociais constituem, portanto, o fundamento de toda argumentação”.¹²⁷ Esse saber partilhado e as representações sociais permitem tanto a adesão à tese ou sua refutação, mesmo sendo reconhecidos os pontos de acordo, que podem, inclusive, ser reconstruídos, reformulados durante o processo argumentativo. É por isto que para Meyer (2007), as diferenças entre os indivíduos podem ser mediadas pela questão dada, que permite o reconhecimento ou não dos valores pessoais ou do grupo social.

Temos as identidades sociais representadas nas exposições pela utilidade de sua discussão, perpassando o político e a constituição moral e psicossocial dessa mesma sociedade. Nesse sentido, ao buscar resolver a questão proposta, a AP pode ser vista como uma forma de consulta pública, no seu papel político que a legitima e no papel moral em que se funda, e, por sua relação com a argumentação.

Como se trata de uma consulta ou um conselho, um antecedente da Audiência de Julgamento, na AP, o viés argumentativo prevalece, já que conquistar a adesão dos ministros é uma expectativa, apesar de que se olharmos pelas exposições haverá a visada de argumentação, pois os oradores/expositores buscaram fazer prevalecer seus pontos de vista, ainda que o objetivo específico de cada orador/interlocutor fosse trazer subsídios para a prolação da decisão. AP leva a pensar, por exemplo, se a realização de pesquisa com células tronco é constitucional no nosso universo jurídico, bem como se a antecipação terapêutica do parto é constitucional no nosso universo jurídico, o que se dará quando se estabelece parâmetros para definir o que é dignidade e vida em valores condizentes com o universo jurídico, ético, biomédico, religioso, sociológico etc.

¹²⁷Tradução nossa do original em francês: “c’est toujours dans un espace d’opinions et de croyances collectives qu’il tente de résoudre un différend ou de consolider un point de vue. Le savoir partagé et les représentations sociales constituent donc le fondement de toute argumentation”.

Nessas condições, a decisão do ministro relator define os pontos a serem debatidos na AP, suscita um procedimento deliberativo público em um assunto particular, definido no despacho em que ele determina a realização da AP.

Percebemos que a instauração da AP vem exatamente da não evidência a respeito dos assuntos a serem deliberados, como assuntos particulares, nas exposições realizadas. Podemos dizer que AP é uma construção deliberativo-argumentativa. É por isso que o relator abre possibilidade de participação aos interessados que se habilitam no processo judicial, bem como emite convites para os especialistas que julga possuírem notório saber sobre o assunto a ser discutido, fundado na autoridade. Segundo Rais (2012, p. 52),

Os legitimados para depor são pessoas com experiência e autoridade na matéria, [...] quando ocorrer a necessidade de esclarecimentos sobre a matéria. [...] Assim, percebe-se que a Lei n. 9.868/99 adota como finalidade da audiência pública a revelação instrutória, ou seja, cabe a audiência pública trazer substrato acerca da matéria abordada, servindo de veículo para audição daqueles que conhecem a fundo a matéria a fim de esclarecê-la aos ministros do Supremo Tribunal Federal para posterior decisão (Grifos nossos).

Como afirmamos no Capítulo anterior, em relação à composição dos oradores/expositores nas APs, percebemos que há uma acentuada visão cientificista, fundada em teorias biomédicas e o procedimento foca-se em teorias, por argumentos técnicos, em que se busca definir conceitos, características. Tal fato não impede que qualquer um compreenda o discurso científico desenvolvido na AP, porque a didática é utilizada como suporte, tornando o discurso educativo também. Mesmo permitindo a participação de outras esferas como a religiosa, ainda que essa se misture ao cientificismo pela perspectiva ideológica, pois tal fato não pode ser negado a partir da análise dos currículos na Plataforma *Lattes* dos expositores contrários à antecipação terapêutica do parto e à utilização dos embriões para experiência com células-tronco, representantes do discurso pró-vida. Nesse sentido,

O argumento técnico requer conhecimentos específicos, base científica, objetividade, e domínio de uma linguagem não dominada por todos os atores sociais. É assim, algo difícil de contrapor a argumentos pragmáticos, do senso comum, ligados a valores culturais, religiosos ou políticos, que transparecem como carregados de subjetivismo e de irracionalidade. **Os órgãos de deliberação com composição plural buscam a participação ampla da “sociedade civil” e por isso, em tese, se abrem para formas distintas de saber, não sempre racionalizadas ou organizadas, e que lançam mão dessas formas argumentativas. Ao mesmo tempo, esses órgãos têm representantes que diferem dos outros por sua *expertise* técnica, pelo domínio da linguagem e dos temas científicos que permeiam a deliberação pública (REPÔLES; JÚNIOR, 2012, p. 185) (Grifos nossos).**

É exatamente por essa complexidade de participantes, que observamos sim a AP como elemento democrático. Além disso, em relação às APs, na Jurisdição Constitucional,

percebemos pelos métodos expositivos a busca para que o assunto técnico, tratado pelos oradores/expositores, marcado por uma fala especialista, torne-se de fácil acesso e compreensão a fim de que os auditórios (interlocutores – composição da mesa – e ouvintes – sociedade), que não são cientistas, ainda que os incorporassem também, compreendessem as exposições, através de metodologias como slides, filmes, fotos, entre outros, ou seja, são utilizadas didáticas a fim de facilitar o acesso à informação, ao conhecimento.

Além disso, a divisão do tempo para cada expositor, que oscila entre 15 a 20 minutos para a exposição, dependendo da AP observada, permite a inserção de interessados participantes da comunidade e que experimentaram a situação discutida, mas esse fato pode ser considerado como uma forma de subversão, já que o tempo foi dado à entidade ou ao expositor ali definido. Percebemos também que cada expositor trará perspectivas semelhantes de polarização ao que foi apresentado na ação de inconstitucionalidade, podendo articular sua fala à fala dos expositores anteriores para subsidiar a sua própria exposição ou mesmo fazer alusão a algum expositor que ainda não se apresentou, mas consta no rol autorizativo. Em várias exposições das APs, há referência a falas anteriores ou até a posicionamentos que ocorreram posteriormente, como no seguinte exemplo “O SR. PAULO SILVEIRA MARTINS [...] O que me parece fundamental deixar claro, o Doutor Rodolfo Acatauassú talvez poderá ...” (STF, 2008a, p. 16), na qual o expositor faz alusão ao expositor que falará logo em seguida.

Percebemos a sofisticação na forma de subversão da AP após a exposição, ou mesmo durante a exposição ao realizar a interligação entre as falas de outros expositores. Na possibilidade de sanar dúvidas, após a exposição, buscando-se o esclarecimento de algum ponto que não ficou muito claro, esses esclarecimentos são subvertidos em debate como no caso do peticionário da ADPF nº 54, que, ao receber o direito à fala para solicitar esclarecimento em relação ao que o orador/expositor/interlocutor, apresentou, na verdade, uma contraposição. Isso acabou por gerar a intervenção do ministro relator, o qual reforça a necessidade de não ocasionar a polêmica, o embate, que será realizado em momento posterior, na Audiência de Julgamento:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Agradeço a participação do Padre Luiz Antônio Bento, Doutor em Bioética, e especialmente a disciplina de Sua Reverência quanto ao tempo. Passemos à fase subsequente **que não é, propriamente, de debates. Não é uma fase propícia a polemizar-se o que veiculado, as voltada a esclarecimento de alguma dúvida que tenha permanecido quanto ao que versado.** (STF, 2008a, p. 11)

Assim, ainda que o relator busque o respeito aos momentos de fala, aos acordos estabelecidos, a polêmica, por ser inerente ao gênero, movimenta os interlocutores, que subvertem o gênero, através do não respeito à questão de ordem, que passa a ser utilizada com o fito de promover a adesão aos seus próprios interesses propostos, e não apenas para servir como processo informativo.

Assim, não há como a AP realizada na Jurisdição Constitucional ser apenas deliberativa, devido à instância de produção em que é desenvolvida. Compreendemos que a AP é em si mesma argumentativa e polêmica, mas antes de fazer parte de um ato do procedimento judicial, é também uma consulta que o STF faz sobre determinados assuntos não jurídicos, ou seja, extrajurídicos, quando o órgão convoca ou convida os interessados a se habilitarem e participarem do procedimento. Nesse ponto, o caráter político e a natureza democrática do instituto se evidenciam.

Ao pensarmos em como as APs se constituem, temos o posicionamento explícito e a necessidade de evidenciar o ponto de vista dos interlocutores, em uma tentativa de alcançar a adesão, com o objetivo de agenciar o auditório (interlocutores ou não) com estratégias persuasivas. Observamos tal posicionamento nas interlocuções feitas pelo peticionário na ADPF n° 54:

[...] gostaria apenas de assinalar um ponto de consenso [fragmento 01] entre a posição Pró-Vida e a nossa. Embora haja uma divergência se há ou não vida cerebral [fragmento 02], há consenso de que se trata de uma doença congênita letal, fatal em cem por cento dos casos [fragmento 03]. Portanto, penso que seja um ponto importante

[...]

Não gostaria de antecipar um debate, mas, apenas para registrar, a autora sustentará com demonstração médica que a hipótese de Marcela de Jesus não era uma hipótese de anencefalia [fragmento 04] e, por fim, de que nunca houve nenhuma experiência bem sucedida de transplante de órgãos de anencéfalos no Brasil [fragmento 05] (STF, 2008a, p. 32) (Grifos nossos).

Nesse caso, o peticionário da ação busca criar uma proximidade com a exposição contrária ao que propôs na petição inicial com o objetivo de conquistar a adesão dos auditórios possíveis [fragmentos 01 e 03] e aproveita para fazer o contraponto [fragmento 02, 04 e 05] de forma explícita. Já pela fala do ministro relator, verificamos a expectativa de que o gênero AP fosse desenvolvido de outro modo:

Não podemos partir para um debate propriamente dito [fragmento 01]. A oportunidade não é essa. **Talvez tenhamos espaço para fazê-lo quando da submissão do processo devidamente aparelhado ao Colegiado [fragmento 02].** Pediria, também, em um apelo ao Doutor Luís Roberto Barroso, **que evite colocações que possam sugerir o debate, a réplica, a tréplica [fragmento 03] e, portanto, a projeção no tempo destes trabalhos. Numa visão flexível, dou a palavra a Sua Senhoria [fragmento 04],** Doutor Paulo (STF, 2008a, p. 33) (Grifos nossos).

A fala do relator evidencia o controle desempenhado por ele, que busca que o discurso argumentativo dos depoentes nas APs, embora seja dialógico, uma vez que, como já dissemos, pode retomar e antecipar os discursos de outros depoentes, não deve busca ser dialogal, no sentido de que a orientação é para que evite “o debate, a réplica, a tréplica”. Fica claro nesse trecho que as exposições seriam para dirimir dúvidas, trazer conhecimento, informação, no sentido de consulta pública.

A posição de autoridade do relator em relação à tentativa de manter o contrato comunicacional do gênero AP é visto tanto no trecho anterior, como no seguinte fragmento: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – **Pediria apenas que a fala de Vossa Senhoria seja conclusiva quanto ao questionamento feito.**” (STF, 2008a, p. 16) (Grifo nosso). O expositor citaria um dos expositores que ainda falaria, quando é interrompido pelo ministro relator, porque estaria divagando na resposta de esclarecimento solicitada por um interlocutor. Esses exemplos demonstram a atuação dos operadores jurídicos na AP, que é sobretudo de controle, já que, como vimos, não há discussões de âmbito jurídico neste ato. No tópico a seguir trataremos dos discursos extrajurídicos que constituem a argumentação nas APs.

3.2 Os discursos extrajurídicos na Audiência Pública

Os depoentes, enquanto representantes de setores sociais, argumentam no campo extrajurídico, lançando mão dos discursos dos campos que representam, ou, como veremos, de outros discursos que acreditam serem mais adequados para a argumentação em questão.

Na nossa perspectiva, como a argumentação jurídica decisória será a finalidade da ação de inconstitucionalidade, que necessitará de justificação para tecer razões de justiça, a AP como ato judicial propício a gerar conhecimento, também seguirá o mesmo movimento, ainda que os argumentos sejam extrajurídicos, tendo em vista que será utilizada para subsidiar a decisão, a qual procurará demonstrar o que deve ser considerado certo e justo para o Ordenamento Jurídico que regulará o sistema social também. Nesse sentido, as razões que são divulgadas ao público nas decisões judiciais devem ser razões, as quais permitam ao público considerar que representam o que a sociedade espera de uma decisão naquele julgamento para aquela situação, mesmo discordando dela. Em suma, que seja conforme os princípios do Ordenamento Jurídico, tendo em vista sua função de defesa da Constituição, mas que também

seja conforme os valores sociais que foram expressos nela através da Assembleia Constituinte, ou seja, de interesses comuns. Para Alexy (2008, p. 29),

Em discursos práticos não se trata somente da comprovação de interesses comuns, mas, essencialmente, também da solução correta de conflito de interesses. Uma solução correta de conflito de interesses é, no núcleo, uma matéria de determinação correta dos pesos relativos dos interesses que se encontram em jogo.

Então, a prática jurídica, e a AP nela inserida, pode ser apresentada como uma atividade de persuasão e de justificação, em que há sim conflitos de interesse em jogo, em que essa atividade persuasiva se molde pela intervenção necessária em direitos fundamentais, ou seja, “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam” (ALEXY, 2008, p. 68).

Nesse sentido, a própria circunstância de instauração da AP poderia se justificar por essa necessidade de intervenção, em um primeiro momento, no direito à vida, e, em um segundo momento, nos direitos fundamentais das mulheres, entre esses: o direito de escolha, de direcionamento da vida privada, de intimidade, entre outros.

Segundo MacCormick (2006, p. 21), “o direito é aquilo que se esconde por de trás de pleitos jurídicos ou das acusações e das defesas, ele é algo sujeito à argumentação, às vezes, mas nem sempre conclusiva, mas sempre ao menos persuasiva”. Os assuntos debatidos nas AP poderiam ser incluídos nessa forma de argumentação, assim, o direito por trás do pleito, o qual permitiria a construção do saber jurídico, da justiça, da equidade, da razoabilidade, deve ser persuasivo por se identificar com as *doxas*, as quais poderão implicar na aceitabilidade das decisões judiciais, que poderiam corresponder à legitimidade buscada pelo STF na utilização da AP fundada em valores que fundamentam todo o Ordenamento Jurídico por questões sociais, políticas, etc.

Mesmo subsidiado pelos valores sociais, políticos, econômicos, o Discurso Jurídico fundamenta-se em peculiaridades ritualísticas, determinadas por regras procedimentais em que se busca controlar os momentos de palavra, Além disso, o Discurso Jurídico trata do justo e do injusto, da justiça e da injustiça, como valores abstratos, que ao serem aplicados ao caso concreto, tornam-se concretos. As APs trazem para esse universo do Discurso Jurídico os argumentos extrajurídicos, definidos pela outras esferas de produção com Discursos Médicos, Sociológicos, Religiosos, entre outros. Percebemos que as exposições que permitiram o embate de ideias e de teses nas APs não são diferentes de outros processos argumentativos em que há controle dos momentos de fala. O que se modifica são os assuntos e a possibilidade de utilizar argumentos normativos, legais, o que, na AP, inclusive, fugiria à regra e à

regulamentação normativa utilizada, tendo em vista que os elementos a serem analisados são de universo extrajurídico. O lugar dos argumentos jurídicos será demarcado posteriormente, na Audiência de Julgamento, quando as partes processuais, devidamente habilitadas, poderão emitir opinião jurídica.

3.3 Os valores nas APs

Perelman, no *Império Retórico*, buscou uma lógica do juízo de valores, a fim de responder a esses questionamentos. Esses questionamentos, também foram associados à Olbrechts-Tyteca, quando Perelman continuou buscando outro paradigma que não as normas jurídicas, no *Tratado da Argumentação*, para dar legitimidade ao sistema jurídico, estabelecendo os valores compartilhados por membros de determinada comunidade histórica como seu fundamento. Os autores do *Tratado* não tomam como ponto de partida problemas linguísticos ou literários, mas um problema filosófico relacionado à fundamentação dos juízos de valor. Podemos inserir nos juízos de valor representações mútuas que se fazem uns dos outros, os estereótipos, assim como os valores culturais, em que se dão as trocas comunicativas. Isso porque a partilha de valores é fundamental para se obter o retrato de uma comunidade¹²⁸, de um auditório. O Direito também é constituído de valores, segundo Déborah Duprat (Procuradora-Geral da República):

Então, o Direito anterior à Constituição [...] trabalhava com classificações binárias. Era de um lado homem, de outro, mulher. Homem heterossexual, mulher de um lado; de um lado, branco, do outro lado, negros, índios; de um lado, adulto, de outro lado, criança, adolescente, idosos; de um lado, são, de outro, doente; de um lado proprietário, de outro, despossuído. A esse primeiro grupo, ele deu um valor positivo e a esse segundo grupo, um valor negativo (STF, 2010, n.d).

Esses valores continuam sendo propagados no interior de nossa sociedade, mesmo havendo novos valores inseridos pela Constituição de 1988. Nesse sentido, dispõe Luis Inácio Lucena Adams (Advogado-Geral Da União):

A Constituição Federal de 88, preambularmente, exaltou a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Logo adiante, estabeleceu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais como três das vontades fundamentais que deverão inspirar a atuação do Estado brasileiro. Inevitável a constatação de que, ao se apoiar nos valores de fraternidade, pluralismo, igualdade e justiça e elencar os objetivos fundamentais a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil, o Constituinte verbalizou, de maneira contundente, o inconformismo da Nação com a perpetuação das desigualdades derivadas da cultura do preconceito racial. A Constituição Federal exigiu, pois, que evoluíssemos

¹²⁸Tal perspectiva será tratada mais especificamente no Capítulo 4 quando tratarmos da *doxa*.

de uma realidade estática, marcada pela ineficácia das garantias da igualdade formal, em direção de um estado de coisas mais dinâmico, democrático e plural, diferente daquele ideal que se usou chamar de igualdade material - e acredito que a vice-Procuradora, Doutora Deborah Duprat, levantou muito bem o debate sobre isso.

Nesse sentido, percebemos que há valores ainda na nossa *doxa*, valores tradicionais, que não representam os valores democráticos. Nesse sentido, a partilha de valores permite, assim, a adesão ou não a uma perspectiva proposta em argumentação ou deliberação pelas trocas comunicativas, que permitem o reconhecimento ou não desses valores entre os oradores/interlocutores e a identificação com os valores antes e pós Constituição. No nosso caso, temos dois pólos de valores possibilitando dois discursos: pró-vida e pró-escolha, identificando-se com os valores inseridos no Direito.

Compreendemos que a necessidade de atualização dos valores, modificação da *doxa*, se faz também por este prisma e pode ser mobilizada pela AP. É por isso que Bohman (2009) afirma que é um diálogo com objetivo particular, tendo em vista os objetivos de cada expositor, que na AP busca-se produzir justificativas e informações para a demanda que o relator define na decisão de instaurar a AP.

Portanto, ao inserir esses valores nas exposições, constituem valores concretos, que buscam apresentar como se abstratos fossem com a intenção de conquistar os auditórios possíveis. Por isso, os elementos dóxicos (estereótipos, clichês, lugares comuns etc..) são tomados pelos sujeitos (oradores e interlocutores) como valores que consolidam suas perspectivas e que fundamentam suas razões transformando-os em valores concretos, representando os posicionamentos dos oradores/expositores e também dos interlocutores.

Compreendemos que em uma comunidade menor, como um bairro em uma cidade grande, é mais fácil para os seus habitantes reconhecer os assuntos que precisam ser levados à discussão pública a fim de se propor respostas, mudanças. Os valores compartilhados pela comunidade estabelecem os assuntos mais urgentes, necessários e úteis a serem discutidos, determinando uma ordem para votação e decisão. Os valores, assim, fundamentam as escolhas, pois, segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p. 84),

Os valores intervêm, num dado momento, em todas as argumentações [...]. Mas, nos campos jurídico, político, filosófico os valores intervêm como base de argumentação ao longo de todo o desenvolvimento. Recorre-se a eles para motivar o ouvinte a fazer certas escolhas em vez de outras e, sobretudo, para justificar estas, de modo que se tornem aceitáveis e aprovadas por outrem.

A argumentação, durante a deliberação, permite o conhecimento das razões propostas em cada um dos problemas a serem solucionados e para a escolha permite a justificação ao se definir por um ou por outro projeto apresentado e a identificação dos valores que a subsidiam.

Ainda que a justificação não seja o fim da deliberação, a sua existência não elimina o caráter deliberativo. Nesse ponto, a questão dos juízos de valor passa a ser de suma importância, conforme prevê Meyer (2010), pois fazem a ponte entre as esferas da atividade com o direito, a economia, a política ou a religião. “Os valores reportam a ação individual, com muitas motivações implícitas, algumas vezes inconscientes, mas ainda determinantes” (MEYER, 2010, p. 215)¹²⁹.

A missão dos valores para estabelecer a ligação entre as esferas somente poderá ocorrer se houver interlocutores representando determinadas perspectivas divergentes ou convergentes, mas cuja finalidade é permitir o diálogo e as alterações de perspectivas ou tomadas de posição. Por isso, as motivações são importantes dentro de uma democracia participativa, que deve ser garantida pelo princípio da participação popular. Nesse sentido, a participação das pessoas, associações, através de audiências e consultas públicas tem se multiplicado fruto de uma demanda da sociedade em se organizar e participar nas questões de saúde, educação, moradia e segurança.

Várias leis seguiram o mesmo caminho, prevendo que para a legitimidade, moralidade e transparência deveria constar o princípio da participação popular. Tal fato decorre da democracia tal como explicitada por Bobbio (1998, p. 24): “sistema de poder no qual as decisões que interessam a todos [...] são tomadas por todos os membros que integram uma coletividade.”

Não podemos esquecer que são previstas várias formas de atuação do cidadão na condução política e administrativa do Estado, como no caso do nosso objeto de pesquisa, tanto no âmbito da participação legislativa, como da participação na Jurisdição Constitucional. Essa prática resultou na abertura dos processos formais de controle de constitucionalidade, amplificando a participação da sociedade civil, com o objetivo de subsidiar informações acerca de matéria ou circunstâncias de fato aos ministros julgadores, ou seja, elementos extrajurídicos.

A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é a do verossímil, do plausível, do provável, na medida que este último escapa às certezas do cálculo (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p. 1).

Os assuntos discutidos nas AP escapam às certezas do cálculo; disso não temos dúvidas. Percebemos que a AP se enquadra tanto nos conceitos de deliberação como no de

¹²⁹Tradução nossa do original em francês: “Les valeurs rendent compte de l’action individuelle, como autant de motivation simplicités, parfois inconscientes, mais toujours agissantes”.

argumentação e sua necessidade vem exatamente da não evidência a respeito dos assuntos a serem deliberados, como assuntos particulares, nas exposições realizadas. Os valores movimentam a constituição da argumentação na AP, bem como as dimensões argumentativas com o fito de alcançar adesão, como veremos nos próximos itens

3.4 Operações retóricas e dimensões argumentativas na Audiência Pública

Inicialmente, ressaltamos que a divisão utilizada, também entendida como atos, é apenas didática, pois as operações retóricas, que construíram as dimensões da argumentação ou vice e versa, estão envolvidas na produção da argumentação, pois, segundo Barthes “há que se insistir na natureza ativa, transitiva, programática, operatória dessas divisões” (2001, p. 49), pois se tratam de atos de uma estruturação retórica progressiva, indicadas linguisticamente por formas verbais, o que também reforça a referência à ação/atos.

Desses atos retóricos, os três primeiros são considerados os mais importantes (*Inventio*, *Dispositio*, *Elocutio*), cada qual suporta uma rede ampla e sutil de noções e os três alimentaram a retórica para além da antiguidade. Os dois últimos (*Actio* e *Memoria*) tornaram-se menos significativos quando a deliberação, a partir de quando a oratória, o discurso falado, deixou de ser o único objeto da retórica, que passou a focar, quase exclusivamente, os textos escritos. Atualmente, essa perspectiva está se alterando, dependendo do gênero analisado, como na presente pesquisa, pois na AP a situação discursiva passa pela oralidade. Nesse sentido, a importância do *Actio* e da *Memoria* são indiscutíveis para nosso objeto de análise. A *Actio* remete à dramaturgia das palavras, a um ritual, bastante evidente na AP, inclusive decorrente do lugar discursivo o próprio discurso jurídico e de suas *praxis*; a *Memoria* postula níveis dos estereótipos, um intertextual fixo, transmitido mecanicamente (BARTHES, 2001). Os estereótipos, um dos elementos dóxicos destacados por Amossy (2006; 2010), cristalizados no seio social, são constantemente significados metaforicamente pelos indivíduos daquela sociedade, sem os “lugares comuns” impossível significar, faz parte do *construto* da *doxa* no discurso.

Segundo Barthes (2001, p. 51), “a *inventio* remete menos a uma invenção (dos argumentos) do que a uma descoberta: tudo já existe, basta reencontrá-lo: é uma noção mais ‘extrativa’ do que ‘criativa’. Isso é corroborado pela designação de um ‘lugar’ (a Tópica), de onde se podem extrair os argumentos e aonde se deve levá-los”. Essa definição de *Inventio* coaduna com o que observamos nas APs, cuja extração de argumentos transpõe do mundo jurídico para o cotidiano, construído por argumentos do mundo científico (biomédico),

dogmático (religioso), fundados no fato real vivenciado pelos médicos, pacientes, familiares dos pacientes etc., sujeitos reais envolvidos na problemática que as APs trazem através do despacho inicial para a sua realização.

Na questão da temática, *o lugar comum*, inicialmente indicado pela definição do que seria vida e qual seria protegida juridicamente, encontrou vazão no universo dos direitos fundamentais da mulher, cujo papel jurídico de igualdade e isonomia fixou-se a partir da Constituição, a qual mudou o paradigma jurídico, refletindo e refratando o paradigma social já existente, dessa forma, trazendo novos elementos a serem utilizados como fundamentadores na argumentação jurídica. Assim, os atos ou peças se constituirão como *inventio* na situação comunicativa e para cada uma delas teremos *topoi* específicos. A *stasis* é o fundamento das APs, cujo papel seria o de realizar perguntas, buscando esclarecer os principais pontos de um assunto. O procedimento da heurística retórica consistia na prática de fazer perguntas relevantes para esclarecer os principais pontos de um assunto e reconhecer o ponto de decisão (*judicatio*) da causa (CROWLEY; HAWHEE, 2008). Inserimos, então, a decisão inicial para realização da audiência no mecanismo da *inventio*. Para Grácio (2010, p. 108), a *stasis*: “relaciona-se com a elaboração das questões através das quais um assunto em questão pode ser argumentativamente instituído e estreitado de forma a focar-se em aspectos específicos e atingir um determinado cerne.”

A elaboração dessas questões visa permitir o discurso e o contradiscurso, o que, para Grácio (2010, p. 24), não pode se afastar da noção de *stasis* devido à interação argumentativa:

A noção de *stasis* torna-se, aqui, central: uma argumentação não se define pela existência de uma iniciativa discursiva (que, no entanto, pressupõe), mas pelo facto do confronto de um discurso por um contra-discurso polarizar a interação numa questão, ou ponto de desacordo tematicamente circunscrito, a debater.

Nesses termos, o processo discursivo estará embasado em questões propostas pelo ministro relator ou Presidente do STF, fixadas no despacho inicial em que se instaura a AP, que serão utilizadas para definir o questionamento. A AP é um instrumento que negocia a diferença de valores através dos proferimentos realizados na AP. Nesse ponto, passamos para a *dispositio*.

A *dispositio* ou *taxis* é o segundo elemento observado para a construção da arte retórica. Ficaria entre a *res* (*inventio*) e a *verba* (*elocutio*), pois diz respeito tanto ao material como às formas discursivas. Para Meyer (2014), a função seria a de expor a investigação proporcionada pela invenção, que seria “[...] o arranjo e a hierarquização desse material [repertório temático em que se há de buscar as provas e o material, necessário à consecução

dos propósitos do produtor – *inventio*]” (MEYER, 2007, p. 11). Reconhecemos que as ideias a serem defendidas por cada expositor estariam inseridas na *dispositio*, mas o modo como foi realizado o entrelaçamento das informações ocorre na *elocutio*

A *elocutio* tem a função de transformar os argumentos em palavras e, por isso, erroneamente, essa operação foi reduzida, muitas vezes, apenas às figuras de retórica. Essa operação surgiu quando Górgias quis aplicar critérios estéticos, vindos da poesia, à prosa, conforme relata Barthes (2001, p. 88),

[...] define um campo que abrange toda a linguagem: inclui ao mesmo tempo a nossa gramática (até o âmago da Idade Média) e aquilo a que chamamos a dicção, o teatro da voz. A melhor tradução de *Elocutio* talvez seja, não *elocução* (demasiado restrita), mas *enunciação*, ou, mais estritamente, *locução* (atividade locutória).

As classificações internas da *Elocutio* foram numerosas, tanto por causa das várias traduções e adaptações para o grego, latim e outras línguas românicas, quanto pelas reinvenções terminológicas. Barthes (2001; 2002) sintetiza a grade de classificação da *Elocutio* e a define como a oposição entre o paradigma e o sintagma: 1) escolher as palavras (*electio, eglogè*); 2) reuni-las (*synthesis, compositio*). Além dessa questão, nos estudos sobre a retórica, os ornamentos foram definidos em grupos binários. No entanto, essa classificação se mostra contraditória quando se comparam estudiosos do assunto. Por exemplo, a hipérbole é um *tropo* para Lamy e uma figura de pensamento para Cícero, como coloca Barthes (2001; 2002). Insta esclarecer que a *Elocutio* não deve ser vista apenas como relacionada às figuras, apesar de elas estarem inseridas nela e servirem como argumentos. Para Barthes (1975, p. 89), “A melhor tradução de *Elocutio* talvez não seja *elocução* (demasiado restrita), mas *enunciação*, ou, mais estritamente, *locução* (atividade locutória)”.

Representa, assim, a etapa linguística, quando se elabora a construção do discurso, a argumentação através de palavras, frases e orações. Em sentido técnico, é a redação do discurso, segundo Reboul (2004, p. 61; 2004, p. 247), e que permite as escolhas lexicais, gramaticais e semânticas para sua construção. Ela nos permite também analisar as estratégias realizadas pelos expositores nas APs, como por exemplo, na utilização de *tropos*, como a metáfora e a metonímia. Os *tropos* ou “lugares comuns” eram uma lista em que se buscavam os elementos para a construção do discurso. Além de permitir a análise de reconhecimento e identificação entre os expositores dos discursos: pró-vida e pró-escolha.

Como podemos observar, desde a antiguidade, as figuras se estabelecem como primordiais ao discurso com o objetivo de alcançar o auditório. Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000) compreendiam que o objetivo das figuras, em geral, era trazer para o discurso um

elemento que seria atenuado ou reforçado, fazendo-o mais essencial do que em situações nas quais não se utilizasse tal estratégia e destacam o papel da função argumentativa existente nas figuras, sendo importante “[...] mostrar em que e como o emprego de algumas figuras determinadas se explica pelas necessidades da argumentação” (PERELMAN; OLBRECHTYS-TYTECA, 2000, p. 190).

A quarta operação da antiga retórica – a *actio* (*agereetpronuntiare*) – é a etapa que compreende o trabalho de exposição e manifestação do discurso que, segundo Barthes (2002, p. 562), significa: “representar o discurso como um ator: gestos e dicção”¹³⁰.

Ainda conforme Barthes (2001, p. 50), a *Actio*, assim como a *Memoria*, mesmo tendo sido deixada de lado durante um tempo, mostra-se essencial para as APs em que a oralidade conduz os procedimentos “porque [no caso da *actio*] remete a uma dramaturgia da palavra (isto é, a uma histeria e a um ritual)”. Já para Reboul (2004, p. 44), *Actio* “é a proferição efetiva do discurso, com tudo que ele pode implicar em termos de efeito de voz, mímicas e gestos”. Podemos considerar os slides, as fotos, apresentados como performativo do *logos* e atuando como *actio*, inclusive o tom de voz, porque, segundo Meyer (2007, p. 120),

A força de uma imagem deve-se a esse fenômeno de atração e repulsão que ela desperta de modo quase instantâneo, mecânico. Um jogo sobre identidade e diferença, portanto uma manipulação daquilo que somos, que queremos e podemos ser. É esse o segredo de seu poder retórico: ela influencia por força de sugestão, cria ou anula valores que são nossos, ou os quais nos pomos. Mas também consegue fazer agir, induzindo a conclusões, como comprar aquilo que nos querem vender, acreditar naquilo que querem nos induzir a pensar, e assim por diante.

E decidindo da forma, como acreditamos ser a melhor forma, já na composição do discurso, a *memoria* é trabalhada com base na escrita do discurso como preparação do ato de proferir o texto discursivo. E, para Barthes (2002, p. 562), *memoria* significa, especificamente, “*recourir à la mémoire*”.

Como afirmado, na atualidade, a democracia em desenvolvimento no Brasil, está ampliando os espaços discursivos, promovendo a necessidade da produção oral, o que reforça a *actio* e *memoria* como necessárias para a pesquisa discursiva.

O ato inicial somente ocorre com a fixação da *stasis*, pois, segundo Meyer (2007, p. 25):

[...] o orador e o auditório negociam sua diferença ou sua distancia, se preferirmos, comunicando-a reciprocamente. O que constitui a diferença, e mesmo o seu diferencial, é certamente múltiplo, e pode ser social, político, ético, ideológico, intelectual – sabe-se lá o que mais – mas uma coisa é certa: **se não houvesse um**

¹³⁰Nossa tradução do original francês: “jouer le discours comme un acteur: gestes et diction”.

problema, uma pergunta que os separasse, não haveria debate entre eles, nem mesmo discussão (Grifos nossos).

Ou seja, apenas se ocorrer o problema, a pergunta, o debate seria instaurado, temos, assim, na AP, a construção de identificações ou distâncias para o público, mas, com certeza, apresentando diferenças segundo a polaridade do discurso e as perspectivas apresentadas. Por exemplo, quando o direito busca fixar o início da vida, precisa recorrer a outras áreas, como a biológica, e surgem também questões religiosas. Cada uma dessas áreas produziu e produz saberes que poderiam ser utilizadas com o fim argumentativo, permitindo o embate¹³¹.

Sabemos que, inicialmente, em relação ao processo do qual emergem as APs, a participação efetiva dos sujeitos na interação verbal por meio dos proferimentos de cada parte somente seria possível em momento posterior, e os participantes seriam apenas as partes processuais habilitadas para apresentar seus memoriais. A AP surge como procedimento em que se dá voz aos interessados, pois o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que regulou as primeiras audiências no STF, até regulamentação do RISTF, definia que os procedimentos deveriam ser orais. Segundo Rais (2012, p. 56)

[...] a própria [AP] já limitar os participantes dessa audiência às pessoas com experiência e autoridade na matéria, aqui a legislação descarta a manifestação de meros interessados, como consta na rotina de outros diplomas legais que tratam da audiência pública, dessa forma é possível concluir que nas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 os mecanismos de informação do Supremo Tribunal Federal possuem a finalidade de instruir os julgadores e, ao menos nessa previsão, não é possível constatar a participação da sociedade no exercício da democracia, mas, sim, no exercício de auxiliares da Corte.

Nesse ponto, compreendemos que a AP é um ato processual, com construção deliberativa regulamentada, a qual permite a participação de parcelas da sociedade que representa grupos sociais interessados, não sendo possível uma abertura ampla e irrestrita de participantes pelo próprio lugar discursivo – esfera jurídica, e, mesmo no exercício de auxiliares da Corte, as exposições realizadas fundamentam e fomentam a *doxa* na decisão jurídica, bem como permite a visibilidade para toda a sociedade, mesmo não dando voz a todos na sociedade.

¹³¹ Tal perspectiva pode ser percebida quando da fala do Presidente e Relator “Muito embora creia que esse tema será melhor esclarecido quando ouvirmos o segmento técnico, dou a palavra, no caso, ao Doutor Paulo Silveira Martins Leão Júnior ou ao Padre Luiz Antônio Bento para, querendo, esclarecer o que versado pelo Subprocurador-Geral da República” (STF, 2008, p. 15), percebido posteriormente pela sua fala também “Cumprimento o ilustre Professor Doutor Rodolfo Acatauassú Nunes pela fidelidade intelectual. Passamos do campo religioso para o campo técnico-científico. Agradeço o comparecimento de Sua Senhoria e os esclarecimentos prestados visando a chegar-se a uma conclusão sobre o tema de fundo desta argüição de descumprimento de preceito fundamental” (STF, 2008, p. 35).

É nesse ponto que ressaltamos as características do gênero deliberativo, o qual reside em um ambiente tipo assembleia, que aconselha ou desaconselha em todas as questões referentes à cidade, ao interesse do povo, o qual consiste em uma dissuasão de modo a tomar uma decisão política futura, ou seja, esse tipo de discurso refere-se ao futuro, pois inspira decisões e projetos a serem realizados. Esse discurso, dirigindo-se a um público mais móvel e menos culto, prefere argumentar pelo exemplo, que, aliás, permite conjecturar o futuro a partir dos fatos passados; esse discurso diz respeito ao útil e ao nocivo¹³².

Na Jurisdição Constitucional, o papel político do Poder Judiciário fica em evidência, principalmente na AP, quando fica palpável a busca por uma construção democrática, associando a esfera jurídica à política. Compreendemos, ainda, que o gênero *epidíctico*¹³³ amplifica os valores utilizados no discurso deliberativo, como o fundador da AP, associado às características do discurso jurídico que busca o justo. Segundo Perelman (1993), o papel do gênero *epidíctico* na argumentação e na persuasão racional seria exatamente conseguir ampliar a adesão do auditório através de sua característica de ser um gênero educativo voltado para a criação de uma disposição para a ação, o que coincide com o gênero AP que teria como função proporcionar conhecimento, informação, sobre determinada temática. Fato observado na AP, que coaduna a definição abaixo de discurso *epidíctico* que seria:

[...] é aquele empregado pelo orador, **com requintes estilísticos para ressaltar qualidades ou defeitos do que ou de quem lhe interessar**. Muito utilizado pelos retóricos gregos, anteriores a Aristóteles (sec. IV a.C.), **em debates políticos e judiciários que aconteciam em praças públicas, nas Ágoras, o discurso epidíctico era praticado com furor, como se fosse um espetáculo público**, uma obra de artista. **Nesse período, sem o objetivo de convencer, era um ato banhado de altruísmo, pois, com frequência, a intenção do orador era trazer ao conhecimento público matérias que ele julgava serem de interesse social, provocando a reflexão, e não a discussão** (GUEDES, 2014, p. 69) (Grifos nossos).

Movimentando o *elocutio* a fim de conseguir ampliar qualidades ou ressaltar defeitos na contra-argumentação, essa era a intenção das APs na Jurisdição Constitucional, ou seja, trazer conhecimento público de matérias discutidas na Jurisdição Constitucional, a respeito de valores concretos, que preenchem lacunas de valores abstratos, provocando a reflexão e não o debate, mas, como verificamos, há sempre uma transgressão do contrato pelos atos dos interlocutores, como apresentado anteriormente.

¹³²A temática sobre a deliberação foi desenvolvida no Capítulo 2.

¹³³ Para Aristóteles haveria três gêneros: o judicial, o deliberativo e o *epidíctico*. Compreendemos que a AP utiliza-se dos fundamentos de assuntos dos três gêneros.

Os valores, ou seja, os elementos dóxicos, construtores das diversas *doxas* produzidas na AP são reforçados pelo discurso *epidíctico*, por uma forma de ampliação dos pontos de partida da argumentação. Segundo Perelman (1993) e Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000), o gênero *epidíctico* em Aristóteles era utilizado apenas para situações específicas relativas ao elogio ou à censura e oscilava entre o funcional e o estético, tinha como espectadores todos aqueles que assistiam a discursos de aparato, como panegíricos, orações fúnebres e outras. O *epidíctico* censura e, na maioria das vezes, louva ora um homem ou uma categoria de homens, como os mortos na guerra, por exemplo. Esse tipo de discurso refere-se ao presente, pois o orador propõe-se à admiração dos espectadores, ainda que extraia argumentos do passado e do futuro. Por ser um discurso movido por argumentos consequencialistas, em que se discute hierarquia de valores, na AP o *epidíctico* teria função primordial.

Isso está em conformidade com o que Perelman (1993) e Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000) reformularam quanto à função do gênero *epidíctico* na modernidade, pois retiraram a obrigatoriedade de ele ser analisado apenas em discursos de homenagens e etc., inserindo a função de ampliar valores a fim de promover a adesão às teses, como o que ocorre nas APs:

[...] a argumentação do discurso epidíctico **se propõe aumentar a intensidade da adesão a certos valores, sobre os quais não pairam dúvidas quando considerados isoladamente, mas que, não obstante, poderiam não prevalecer contra outros valores que viessem a entrar em conflito com eles.** O orador procura criar uma comunhão em torno de certos valores reconhecidos pelo auditório, **valendo-se do conjunto de meios de que a retórica dispõe para amplificar e valorizar** (PERELMAN E OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p. 56) (Grifos nossos).

Ao pensarmos nos princípios constitucionais, não há dúvidas sobre os valores que os constituem, inclusive, podemos considerá-los universais quando não especificados conteúdos. Todavia, ao existir um embate entre princípios constitucionais igualmente protegidos no Ordenamento Jurídico, o discurso *epidíctico* serviria para permitir a prevalência de um sobre o outro, o qual em outra circunstância poderia ter outro fim. Nas APs, os oradores/expositores/interlocutores trazem ao conhecimento público as matérias que o ministro relator julgou serem de interesse social, as quais necessitariam de reflexão e debate. Assim, podemos citar como exemplo de valores comuns utilizados no debate: a solidariedade, a compaixão (coloque-se no papel da mulher que deverá levar a termo uma gravidez que não terá finalidade, pense naquele sujeito que ao ser portador de uma doença degenerativa somente teria como esperança a pesquisa em célula-tronco), entre outros. A consequência é identificar-se com valores depreciados no social e pelos quais ninguém quer ser reconhecido, reforçando a noção retórica de Meyer (2007, 2010) de alinhamento ou não com o que está sendo debatido.

Perelman (1993, p. 38) afirma ainda sobre a importância do gênero *epidíctico*, colocando-o como central “[...] pois seu papel é intensificar a adesão a valores sem os quais os discursos que visam a ação não poderia encontrar a alavanca para comover e mover os auditores”. Por essa afirmação, compreendemos que no gênero *epidíctico* o orador/expositor/interlocutor movimenta o *pathos*, como no fragmento abaixo, trazendo valores sociais como fundamento da tese:

Não vou falar aqui sobre a defesa em geral do direito de decidir ou da urgência da redução da mortalidade materna [fragmento 01]; venho trazer, o que apareceu pouco, até o momento, nestas Audiências Públicas: as vozes, os rostos e os sentimentos das mulheres que se defrontam com uma gravidez com diagnóstico de anencefalia fetal [fragmento 02]. Baseio-me nos depoimentos de 58 mulheres de nove Estados brasileiros que, graças à liminar do Supremo Tribunal Federal, vigente de julho a outubro de 2004, decidiram interromper a gravidez [fragmento 03]. Todas pobres, casadas ou solteiras, com e sem filhos, de diferentes idades e identidades raciais [fragmento 04] (STF, 2008d, p. 47).

Verificamos que o gênero *epidíctico* organiza-se sobre os valores, estes são fixados no âmago da sociedade e estão sujeitos a reavaliações em consequência das mudanças de costumes. Os valores são próprios não apenas a grupos sociais como também a épocas. O sentido do que é belo ou feio, do que é virtude ou vício, do que é justo ou injusto é variável no tempo e no espaço. É sobre as nuances da mudança dessas concepções que se fundamenta o discurso *epidíctico*. Exaltando os valores ou a ausência deles, este gênero penetra no inconsciente de seu auditório, estimulando o *pathos* com argumentos de caráter subjetivo, mas, nesse momento, impossível distingui-lo do *logos*, tendo em vista os meios de sua construção, seja pelos argumentos ou pelos raciocínios dóxicos.

As dimensões argumentativas ancorariam a argumentação e parece-nos fundamental para compreender o movimento argumentativo na AP:

Entendemos que a dimensão *patêmica* relaciona-se à mobilização das emoções com fins persuasivos, mas também à expressão das emoções. Isto porque, embora o analista do discurso não disponha de instrumental para lidar com a emoção sentida, defendemos que, a partir da contribuição de autores como Wierzbicka (1999), Kerbrat-Orecchioni (2000), Plantin (2003, 2011), é possível analisar elementos concernentes à *expressão das emoções no discurso* ou, melhor dizendo, à *atribuição de emoções no discurso*.

A dimensão da *construção das imagens (de si e do outro)*, por sua vez, relaciona-se à ideia do *ethos* retórico, embora não se restrinja à construção da imagem de si no discurso. O outro – e a imagem que se constrói acerca dele – não se faz presente apenas como um destinatário ideal, mas, também, e, sobretudo, como um sujeito também construído no discurso. **Trata-se de colocar em destaque a subjetividade, ou melhor, a intersubjetividade e a alteridade.** Tal relação aponta para a própria definição de Retórica, defendida por Meyer (2008), como sendo negociação da distância entre os homens.

A terceira e última dimensão, nomeada em trabalhos anteriores, por falta de um termo melhor, de *demonstrativa* e agora denominada de *dimensão da construção discursiva*, foi pensada inicialmente como tendo como eixo o funcionamento da

argumentação no Tribunal do Júri brasileiro, e como sendo relativa a um uso da linguagem sob as bases de uma racionalidade mais calculada. Isto não quer dizer que não haja racionalidade nas outras duas dimensões, mas sim que ela levaria em conta o recurso às provas técnicas, tais como laudos, documentos, fotografias etc., bem como uma organização do discurso voltada para o convencimento. Contudo, ao refletir sobre outros gêneros discursivos e sobre a interrelação entre as três dimensões, acreditamos ser necessário salientar que essa dimensão diz respeito também e, sobretudo, à construção discursiva, aos elementos usados na materialidade linguístico-discursiva que amparariam a construção argumentativa (LIMA, 2017, p. 137).

Na AP, os recursos às dimensões argumentativas são sempre utilizados com o objetivo de fundamentar a exposição do orador/expositor/interlocutor, mas seu papel científico permite-lhe ser o autor daquela exposição, podendo, inclusive, ser convidado, em virtude de seu *ethos* prévio e da possibilidade de ele trazer informações e subsídios necessários aos ministros (*logos*). Além disso, durante a exposição, a atuação profissional é muitas vezes apresentada como subsídio para não apenas construir uma empatia com o auditório, mas também para mobilizar emoções (*pathos*) e não apenas para subsidiar o argumento de autoridade.

Também foi dito aqui [fragmento 01] que, até hoje, não temos nenhum teste clínico, [fragmento 02] as células embrionárias humanas não foram utilizadas para curar nenhuma doença [fragmento 03], é verdade [fragmento 04]. Espero ter convencido vocês de que a de camundongos já foi em várias doenças [fragmento 05], mas, em camundongo, talvez não comova muita gente [fragmento 06] (STF, 2007, p. 1085).

No fragmento 01, é feita uma retomada sobre o assunto que já foi tratado na AP por outros expositores contrários ao que a expositora representa naquele ato. Os fragmentos 02 e 03 evidenciam quais os assuntos foram retomados, e, com o fragmento 04, percebemos um *ethos* de sinceridade. A expositora, pelo fragmento 05, demonstra claramente sua intenção, o convencimento do público, sob a perspectiva defendida por ela. Com isso, ela pode deixar o outro mais suscetível à adesão à tese que defende.

O elemento patêmico aparece no fragmento 06, causando, inclusive, um efeito de ironia, pois, apesar de a expositora declarar expressamente que não há comoção a pesquisa em animais, espera sim que aconteça pela sinceridade expressa no item 04, tendo em vista a intenção exposta no fragmento 05. A ironia é considerada um dos *tropos* mestres da retórica¹³⁴, juntamente com a metáfora, a metonímia e a sinédoque. Ela teria a forma de

¹³⁴ “Meyer (2014) e Vico (*apud* Barthes, 1975, p. 97) consideram as figuras escolhidas como tropos-mestres, para este a Poesia era a linguagem original, “as quatro grandes figuras arquetípicas foram inventadas na ordem, não por escritores, mas pela humanidade em sua idade poética: *Metáfora*, depois a *Metonímia*, depois *Sinédoque*, depois *Ironia*; na origem elas eram empregadas *naturalmente*.” E ainda afirma Vico que a condição de “figura” surgiu apenas quando se passou a existir uma oposição paradigmática dela com outra linguagem. Já para Meyer

diálogo, pois sua essência demandaria também conhecer o contexto, a situação comunicativa, uma avaliação do sujeito acerca do que é dito, para o reconhecimento da figura. Burke (*apud* Meyer, 2007, p. 81) afirmou que: “esses quatro são pontos de vista sobre o mundo: a metáfora da uma perspectiva, a metonímia oferece uma redução, a sinédoque serve para representar e, finalmente, a ironia se pretende dialética.”.

No presente caso, a retomada do contexto das exposições realizadas naquela AP é de desconstrução, que fica visível na parte final do recorte quando a expositora afirma que pesquisas em camundongos não comoveriam pessoas, isso após a longa explanação sobre a experiência da expositora de mais de 25 anos com camundongos e dos resultados obtidos. Dessa maneira, ela constrói um *ethos* de sabedoria e sinceridade, que se sustenta em provas, dados de sua pesquisa, além de se colocar na posição de cientista que entende haver uma *doxa* que sustenta o olhar dos sujeitos sobre humanos e camundongos.

Vemos também as dimensões na seguinte situação: a expositora, com uma breve qualificação, busca ganhar autoridade para ser expositora perante o público. Ela procura justificar sua participação e, assim, identificar-se com um *ethos* de autoridade, requisito para os expositores participarem da AP:

Sou professora de Genética pela Universidade de São Paulo; dirijo o Centro de Estudos de Genoma Humano; sou membro da Academia Brasileira de Ciências e, também, Presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular (STF, 2007, p. 917).

A pergunta retórica – “Por que defendo o direito de pesquisar células-tronco embrionárias?” (STF, 2007, p. 917) –, colabora para conferir um tom professoral à construção de um *ethos* de competência:

Primeiro, porque, cientista que sou, trabalhando já há muito tempo com células-tronco [fragmento 01], percebi a importância dessas pesquisas para futuros tratamentos de inúmeras doenças degenerativas que atingem toda a nossa população. **Depois, porque trabalhamos diretamente com pacientes afetados por doenças neuromusculares muito graves que atingem crianças, jovens, muitas delas doenças letais, e vemos nessas pesquisas a única esperança de um futuro tratamento [fragmento 02].**
Também estou aqui defendendo a posição da Acadêmica Brasileira de Ciências [fragmento 03].

No fragmento 01, a expositora reafirma a experiência profissional por meio de alguns itens lexicais, como: “cientista” e “trabalhando há muito tempo”, reforçando seu *ethos*, o que também aparece no fragmento 03 quando diz “defendendo a posição da Academia”, ou seja,

(2007; 2014), são conhecidas como figuras de estilo ou tropos, um rodeio inabitual relativo ao sentido literal, que proporciona um desvio de sentido.” (PEREIRA, 2016, p. 348).

ethos de autoridade. Em outras palavras, o *ethos* de competência e, nesse caso, mais fortemente, de autoridade se formula a partir do momento que a expositora representaria não apenas a opinião dela (ainda que muito qualificada pela experiência e função), mas representaria uma instituição, funcionando como porta-voz, encabeçando aqui parcela da sociedade (representatividade social), cuja finalidade, além da autoridade, acaba por reforçar o viés democrático. A voz da expositora está permeada de autoridade e representação, podendo ser reconhecida como interlocutora, além disso, o discurso científico, que é produzido por ela, é subsidiado no argumento de autoridade, fundado na experiência da pesquisa e na experiência empírica.

Já no fragmento 02, a expositora constrói um *ethos* fundado no afeto, pois, para quem sofre de doenças degenerativas “a única esperança de um futuro tratamento”. Assim, ela busca suscitar compaixão, misericórdia, piedade em seu auditório, movimentando o *pathos*. Aristóteles (2000, p. 05) usou o termo compaixão para se referir a uma paixão humana, descrevendo as paixões como “[...] todos aqueles sentimentos que, causando mudanças nas pessoas, fazem diferir seus julgamentos [...]”. Segundo Meyer (2000, p. XLVI), no Prefácio da *Retórica das Paixões*, “Tudo o que diz respeito à desventura dos homens, forçosamente não-voluntário, excita a piedade”. E quer mais desventura do que doenças sem possibilidade de cura, como o argumento utilizado pela expositora. Além disso, Aristóteles (2000, p. 53) diz que:

[...] a compaixão certo pesar por um mal que se mostra destrutivo ou penoso, e atinge quem não o merece, mal que poderia esperar sofrer a própria pessoa ou um de seus parentes, e isso quando esse mal parece iminente, com efeito, e evidentemente necessário que aquele que vai sentir compaixão esteja em tal situação que creia poder sofrer algum mal, ou ele próprio ou um de seus parentes, e um mal tal como foi dito na definição, ou semelhante ou quase igual.

Assim, reconstrói uma imagem, uma representação, de sentimentos de solidariedade ou de temor, buscando promover compaixão no auditório, a fim de abrir caminhos para a aceitação de suas teses. No trecho abaixo, retirado de uma das exposições no APDF n° 54, verificamos várias estratégias:

Atualmente, o que acontece no caso da gestação de anencéfalos é que **um grande número de mulheres tem seu direito à autodeterminação desrespeitado e ferida a sua dignidade [fragmento 01]. Aquelas, como Cacilda, mãe de Marcela, que decidem manter a gravidez**, mesmo sabendo que geram um natimorto – viva ele alguns minutos ou, excepcionalmente, mais tempo –, **têm a sua decisão respeitada [fragmento 02], mas [fragmento 03] as mulheres que não desejam manter essa gestação vêm os seus direitos negados [fragmento 04].** Essa é uma **situação antidemocrática [fragmentos 05] e eticamente inaceitável [fragmento 06].** Em todas as pesquisas realizadas nos últimos anos e **nas discussões havidas na sociedade, em nenhum momento se cogitou a possibilidade de impedir**

mulheres, como Cacilda, de manter a sua gravidez [fragmento 07]. O que as pesquisas revelam é que a maioria da população entende o sofrimento das mulheres e consideram uma verdadeira tortura [fragmento 08] – isso está em pesquisas [fragmento 09] – obrigá-las a manter uma gravidez que terá como fruto a morte, seja ela imediata ou não. Esse é o pensamento mesmo dos segmentos religiosos da população, inclusive católicos [fragmento 10].

É interessante notar que, para grande parte das pessoas, inclusive católicas, há uma idéia equivocada de que esses casos já estão contemplados na legislação do País, tal é a certeza do respeito pela dignidade das mulheres que uma legislação assim expressaria, tal é a certeza da validade moral dessa opção, da força ética de uma tal legislação [fragmento 11]. Neste sentido se poderia dizer que o consenso ético da sociedade brasileira sobre essa questão já está estabelecido [fragmento 12].

Cacilda foi respeitada, teve sua filha, cuidou dela até sua morte, mas Severina e tantas, tantas outras mulheres que nesses casos optam por interromper o processo gestacional não gozam da mesma prerrogativa. **É, portanto, uma questão de isonomia, de realização de um princípio democrático constitucional que está em jogo, pois a dignidade dessas mulheres não é respeitada, e preceitos básicos da nossa Constituição não têm vigência para essas mulheres. Obrigar uma mulher a manter uma gestação desse tipo, não oferecer-lhe a possibilidade da interrupção desse processo, é tratá-la como coisa [fragmento 13].**

Permito-me, aqui, citar o Ministro Marco Aurélio [fragmento 14], neste processo: “Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto” [fragmento 15].

E, após recordar a alegria e a dignidade da maternidade, ele continua lembrando o contrário. [fragmento 16]. “No caso da anencefalia, a gestante convive, diuturnamente, com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo”.

É esse o sentimento da população brasileira, como registrado nas pesquisas e como eu disse anteriormente. Obrigar uma mulher a manter essa gravidez é uma tortura. Obrigá-la. Por quê? Se, por sua decisão, ela quer manter a gravidez, ela pode fazê-lo e, nesse caso, o sentimento certamente será outro. **Assim, o que se quer, fique claro, é que “Severinas” tenham o mesmo direito que teve Cacilda: o de decidir sobre o processo gestacional, que ocorre em seus corpos e que afetará toda a sua vida [fragmento 17]. Em termos religiosos, católicos, trata-se do princípio que vem da mais lúdima tradição cristã: o recurso, a própria consciência; princípio irrenunciável inscrito na mais antiga doutrina cristã - repito. Diante de situações de difícil decisão, o recurso último das e dos fiéis é a própria consciência [fragmento 18].**

A igualdade é o argumento utilizado para reunir todas as estratégias. Assim, há uma divergência ao permitir que certas mulheres exerçam seu direito de autogestão e outras não, como nos fragmentos 01, 02, 03 e 04. No fragmento 01, na escolha do léxico “desrespeitado”, bem como a expressão “ferida a sua dignidade” o expositor busca alcançar um efeito patêmico pela identificação com os valores professados, ou seja, os valores perseguidos pela Constituição não são respeitados, segundo a exposição.

Quando a expositora diz que “para grande parte das pessoas, inclusive católicas, há uma ideia equivocada de que esses casos já estão contemplados na legislação do País”, no fragmento 11, utiliza a inserção dos religiosos, ampliando o consenso social, a fim de fazer uma construção democrática do que afirma, além de tornar o valor defendido como abstrato. Aqui a expositora teria autoridade para afirmar tal construção tendo em vista ser a

representante da ONG – Católicas pelo Direito de Decidir. O consenso paira sobre a ignorância do senso comum a respeito da norma e que por isso estaria em desconformidade com o que a sociedade almeja: ignorância da norma, mas não na convicção do fato. Ainda com o argumento da maioria, no fragmento 08, fundado em conhecimento científico, dando voz para “as pesquisas”, reforça-se a compaixão do público ao afirmar-se que o sofrimento das mulheres é considerado como tortura, e que nesse ponto busca um *pathos* fundado no afeto, utilizando-se de outro tropo mestre, no terreno do *logos*, uma metáfora, a qual para Meyer (2007, p. 82) é considerada como:

[...] a figura por excelência da identidade frágil, e é por esse motivo que desde Aristóteles ela ocupa um lugar central, quase genérico, em relação a todas as outras figuras, como se dela decorressem. [...] Mas a metáfora não o diz, ela convida a concluí-lo, como o entinema.

Isso ocorre porque a passagem entre a propriedade é implicada e não dita realmente, proporcionando a eliminação das diferenças, a propriedade subentendida torna-se a base da identificação. A metáfora joga com a identidade entre conjuntos, assim, a expositora não descreve o que é tortura, mas incita o público a preencher a lacuna. Se você é contrário à antecipação terapêutica do parto, é um torturador (entinema), o público deve afastar-se dessa identificação. Além disso, associa anteriormente a manutenção da gravidez a uma situação antidemocrática (fragmento 05), com a qual a tortura pode ser também associada e, conseqüentemente, identificada. Quem não se identifica seria ditador, tirano.

Outra metáfora utilizada pela expositora encontra-se no fragmento 13, no qual se coloca a ambivalência entre humano e coisa: “Obrigando uma mulher a manter uma gestação desse tipo, não oferecer-lhe a possibilidade da interrupção desse processo, é tratá-la como coisa”. A expositora ainda se utiliza do argumento de autoridade, citando o ministro, a fim de subsidiar a contraposição: humano x coisa (fragmento 15), baseada na hierarquia dos valores. A questão da identidade e da diferença na modernidade insere a perspectiva racional de determinar o uso de uma ou outra para adequar a intenção de comunicação do orador em relação ao seu auditório. Assim, compreendemos que a “A retórica – por lidar com a identidade e a diferença – precisa das figuras pra acentuar e criar uma, deixando a outra de lado e eliminando-a.” (MEYER, 2007, p. 82). Dessa forma, o jogo da identidade e da diferença, proposto por Meyer (2007; 2014), em que é possível traçar uma linha imaginária, que vai da sinédoque à metáfora e vice-versa, sendo certo que a ironia também fará parte dessa linha, pode ser reconhecida no exemplo citado, mas representando-se como ruptura com a identidade.

Temos nesse sentido, no fragmento 17 a exposição de dois nomes Cacilda e Severinas para representar dois conjuntos de mulher, as primeiras teriam a dignidade reconhecida, as segundas não. Os conjuntos apresentados são tangentes ao todo das mulheres brasileiras. A expositora, através da metonímia, instaura uma identidade entre dois conjuntos, por uma relação, que pode ser de causa e efeito, ou efeito pela causa, ou, como no caso: entre duas mulheres que representam o todo em exercício dos direitos fundamentais. Porém, a estrutura é a mesma: “uma determinação que se transforma em um nome e o substitui, de onde o efeito de identidade da figura” (MEYER, 2007, p. 85); “[...]. Ela privilegia um nome de indivíduo ou coisa para especificar algo relativo a outro indivíduo ou outra coisa” (MEYER, 2007, p. 83). Assim, pela metonímia, a identificação é novamente buscada ao se utilizar o nome das mulheres em situações opostas, cujo direito de uma foi reconhecido e de outra não: “[...] é que “Severinas” tenham o mesmo direito que teve Cacilda: o de decidir sobre o processo gestacional, que ocorre em seus corpos e que afetará toda a sua vida” (fragmento 16).

Aqui podemos inserir uma relação interdiscursiva com a obra *Morte e vida Severina*, de João Cabral de Melo Neto, pois a escolha do nome Severina, representa a personagem da obra e sua saga, reforçando o imaginário coletivo, constituindo uma metáfora: as Severinas representariam mulheres, pobres, sem escolhas, abandonadas a sua própria sorte. Além disso, faz alusão direta ao documentário *Uma vida Severina*, dirigido por Eliane Brum e pela antropóloga Débora Diniz, que foi expositora nas duas APs estudada, representante da ANIS, o qual mostra que as mulheres Severinas existiam, diante da cassação da decisão liminar na ADPF nº 54, que permitia a antecipação terapêutica do parto por um decurso pequeno de tempo: três meses. O documentário narra a saga de Severina, uma agricultora pobre de Chã Grande, cidade do brejo pernambucano, que já era mãe e casada com Rosilvado, gestante de feto com anencefalia. Convencida do diagnóstico, Severina decidiu interromper a gestação. A liminar do STF, que autorizava a antecipação do parto em caso de anencefalia, ainda estava em vigência, era o dia 20 de outubro de 2004. Na mesma tarde em que Severina chegou ao hospital, o STF se reunia para julgar a ADPF nº 54, nesse dia, algo mudou na Corte, a liminar foi cassada, e Severina foi informada de que deveria voltar para casa e buscar uma autorização do juiz local. Durante quatro meses, Severina buscou por hospitais, por delegacias e pelo judiciário em busca de um fim para a gestação e o luto que a dominava. Antecipar o parto era sua decisão, a qual somente quatro meses depois e já com sete meses de gestação, conseguiu autorização judicial para realizá-la, não antes de enfrentar ainda a objeção de consciência dos médicos anestesistas do hospital público em que foi atendida, que se recusavam a cumprir a medida judicial por convicções religiosas. Severina foi submetida a

um parto natural, sem que cuidassem das dores que sentia, ficou entre outras mulheres que amamentavam seus recém-nascidos no pós-parto, e ela sem o filho, pois o feto nasceu morto. No documentário, o marido de Severina encerra-o convencido de que "qualquer pessoa vai sentir alguma coisa ao assistir este filme. Basta ser humano". Severina é uma pessoa concreta, representas as várias mulheres cujos direitos fundamentais são negados diariamente, cuja dignidade foi ferida a cada ato que passou durante a gestação, até no fim, quando deveria sentir alívio, pelo relato, não foi a sensação que sentiu. A escolha da expositora pelo nome "Severinas" não foi aleatória, representou a saga de Severina, como tantas outras mulheres pobres que buscavam o direito de interromper a gravidez, sem amparo. As que conseguiram se submeter à antecipação durante a liminar também foram representadas na AP da ADPF nº 54 por um documentário apresentado e a participação de uma delas e do marido presencialmente.

Enfim, para as representatividades acima, o importante é o auditório interpretá-lo, reconhecê-lo, como proposto ou não¹³⁵, e expor a figura enquanto tal, demonstrando que o auditório conhece os "lugares-comuns" partilhados pelas figuras e acionando a relação entre expositor/auditórios. Compreendemos que a figura de estilo lembra aquilo que é *comum* aos interlocutores, podendo ou não ser aceita pelo auditório, mas sendo possível o reconhecimento do dito, ou seja, mesmo respondendo à questão proposta decifrando-a, seja pela forma, seja pelo contexto.

Com esses argumentos, percebemos novamente a compaixão como movimento para conquistar a adesão do auditório, a partir de uma *doxa* vigente relativa às miseráveis mulheres brasileiras, sem acesso ao judiciário, ou quando o busca e encontra a demora e, às vezes, a impossibilidade de receberem o que buscaram, exatamente pela demora na decisão. Inclusive, a conduta que for diferente da proposta elaborada na exposição é antiética, já que no fragmento 06, descreve a possibilidade de vetar a antecipação terapêutica do parto como "eticamente inaceitável".

Como percebemos, as estratégias utilizadas buscam negociar diferenças, ou aproximando ou afastando o auditório através do *logos* com as figuras utilizadas, mobilizando todos os meios verbais relativos ao *logos*, ao *ethos* e ao *pathos*; mas também através de raciocínios dóxicos, menos visíveis, mas que orientam o discurso através de traços da linguagem (modalidades, formas axiológicas, conectores, etc.) sem que utilize, para tanto, um argumento formal, necessitando do interdiscurso para poder ser reconstruído.

¹³⁵O fato de interpretá-lo (reconhecê-lo) não quer dizer que haverá aceitabilidade, ou seja, adesão, pois poderá propiciar tanto o distanciamento (negação) quanto a proximidade (adesão).

3.6 A argumentação consequencialista nas Audiências Públicas

Para Perelman (1993), os pontos de partida da argumentação poderão incidir sobre o real: os factos, as verdades e as presunções ou sobre o preferível – os valores, as hierarquias e os lugares do preferível. Dessa forma, a linguagem e o senso comum designam por fatos e verdades elementos considerados objetivos que se impõem a todos, assim, não podemos deixar de observar o auditório e a sua atitude a respeito de certo ponto de vista argumentativo. Por isso, ao admitir que os fatos e as verdades são princípios considerados por todos como dados estáveis, não seria necessário reforçar a adesão a seu respeito. Essa condição permanece até que seja contestada pelo auditório, nesse caso, seria necessário demonstrar que não é razoável o que se alega para contestar, e isso poderia ser feito desqualificando o argumentador ou o próprio argumento. Assim, os fatos e as verdades são admitidos como opinião comum ou pela opinião dos especialistas, e para torná-los desqualificados para o *status*, basta mostrar a incompatibilidade com outros fatos ou verdades.

A AP inicia-se por discutir uma norma (fato), contestada por verdades (dogmas – religiosidade, teorias – cientificidade) e também por outro fato: a Constituição, que, hierarquicamente na condição de valor, é superior a qualquer norma no Ordenamento Jurídico. Para Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000), a argumentação não se baseia apenas em valores, abstratos e concretos, mas na hierarquia entre esses valores especificamente entre grupos (concretos x concretos e abstratos x abstratos). A dificuldade em estabelecer uma racionalidade jurídica justificatória decorre da necessidade de atender à segurança jurídica, um dos pilares de um Estado Democrático. A segurança jurídica é necessária, pois dela se regulam as formas possíveis de alteração dos esteios constitucionais, a fim de se manter os elementos que orientam o Ordenamento Jurídico. A utilização de valores na Jurisdição Constitucional é motivo de questionamento sobre a redução da segurança jurídica, tendo em vista que a hierarquia é analisada a cada caso, quando há conflito entre princípios (valores abstratos que ao ser inserido conteúdo, transforma-se em valores concretos) nos casos concretos (*hard case*)¹³⁶. Assim, “todos os elementos do real formam uma hierarquia sistematizada, devendo o que é causa e princípio ocupar posição de superioridade ao que é efeito ou consequência” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p. 91).

¹³⁶ Esse conteúdo que dá concretude ao valor é introduzido na interpretação e uso desse valor, quando ele se transforma em cogente e eficaz.

A partir do momento que se estabelecesse uma hierarquia de valores baseada na preferência, ao lado dessa, teremos uma hierarquia baseada na quantidade, e percebemos que a estrutura de uma argumentação baseada em valores é mais importante que os próprios valores, tendo em vista que os valores são comuns a vários auditórios, mas o modo como são articulados, organizados e hierarquizados é que os distingue. Assim,

a hierarquia de valores são decerto, mais importantes do ponto de vista da estrutura de uma argumentação do que os próprios valores. Com efeito, a maior parte destes são comuns a um grande número de auditórios. O que caracteriza cada auditório é menos os valores que admite do que o modo como os hierarquiza (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p. 92).

A AP é subsidiada pela questão de valores, tendo em vista que o relator considera importante colocar em discussão o conhecimento existente (a norma produzida pelo legislativo) e o interesse de sua permanência no Ordenamento Jurídico, a partir da necessidade de analisar a norma quanto à compatibilidade com a Constituição Federal, aos princípios e valores constitucionais. A hierarquia entre valores não é estática e os fundamentos que permitem a sua escolha no processo é tão múltipla quanto o universo dos valores, é isso o que Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p. 93) apontam quando dizem que as hierarquias na prática utilizam das relações “entre a certeza de um conhecimento e a importância ou interesse que ele pode apresentar”. Isso ocorre porque se criam incompatibilidades, obrigando a escolhas entre valores.

Nessas circunstâncias, precisamos dos *lugares* para fundamentar os valores e as hierarquias entre os valores, os quais pertencem à *doxa*, e são formulados na *disposito ou taxis*. Além do mais, a incompatibilidade entre valores no Ordenamento Jurídico, não gera a exclusão do valor no sistema, como ocorreria com a norma, que perde a validade e a eficácia, pois:

Enquanto o que se opõe ao real e ao verdadeiro não pode ser senão aparência, ilusão ou erro, **o conflito entre valores não acarreta necessariamente, a desqualificação do valor sacrificado**; pelo contrario **é porque nos atemos ao que sacrificamos que o sacrifício é doloroso**: um valor menor permanecer, apesar de tudo, um valor (PERELMAN, 1993, p. 49) (Grifos nossos).

Segundo MacCormick (2008, p. 26),

A questão de uma teoria da argumentação como justificação não é saber qual o argumento efetivamente convence um júri ou um juiz em particular, **mas qual deveria convencer qualquer instância decisória racional**. Nesse sentido, Perelman sugere que um ‘auditório universal’ proporcionaria um teste definitivo: qualquer argumento capaz de convencer um auditório composto por todas as pessoas inteligentes e cuidadosas disponíveis, dispostas a analisar questões apresentadas de forma desinteressadas, seria um argumento adequado (Grifo nosso).

Ainda que nosso objeto de análise não passe pela recepção, compreendemos que, ao ampliar através dos mecanismos midiáticos o alcance da AP, haveria uma possibilidade de encontrar teoricamente esse auditório universal, em que os argumentos produzidos devem alcançar a compreensão de todo e qualquer sujeito dessa comunidade fixada histórica e socialmente.

Nesse sentido, MacCormick (2008, p. 136), defende que “alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para justificação das decisões”, ainda que haja uma hierarquia para que isso ocorra no olhar de Perelman (1993). Isso, porque

As decisões não são justificadas em termos de efeitos diretos e imediatos nas partes envolvidas apenas (e é isso que os casos difíceis produzem um mau direito), mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que descubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes (satisfazendo assim a exigência de justiça de que os casos iguais sejam tratados de forma igual) (MACCORMICK, 2008, p. 136).

A igualdade é requisito do próprio Estado Democrático de Direito, como princípio e valor, e a perspectiva de que a justiça aplique os mesmos recursos a situações iguais, coloca-nos frente às decisões judiciais em Instâncias recursais, inclusive em Tribunais Superiores. Inserindo nessa condição o STF, em que essas decisões deverão ser cumpridas em geral na sociedade e não apenas para as partes litigantes, temos também que pensar na isonomia, que trata de situações desiguais, as quais devem ter tratamento específico. No STF, as questões de repercussão geral ganharam inclusive a possibilidade de se tornarem Súmula Vinculante, que é a proposta de MacCormick (2008, p. 138),

O que dá caráter distintivo das decisões judiciais em casos concretos é que, especificamente nas cortes de apelação, e em qualquer medida em que se exista em um dado sistema jurídico uma prática de seguir precedentes ou mesmo uma regra exigindo isso, **a decisão universalizada torna-se um tipo de regra que os outros juízes deveriam seguir ou modificar, salvo quando estivessem diante de um caso que pudesse ser considerado distinto do caso anteriormente julgado** (Grifos nossos).

A decisão define qual regra será recepcionada a partir da apresentação de um fato em relação à norma. No Direito, a possibilidade de se apresentar uma demanda é diretamente proporcional à possibilidade de se apresentar uma defesa, utilizando-se do mesmo Ordenamento Jurídico disponível e do mesmo fato, narrado em versões distintas. A própria aplicação da norma é um processo argumentativo-interpretativo, pois o uso das fontes pode ser visto como um processo de pré-interpretação, em conformidade com o que prevê MacCormick (2006; 2008). Segundo Bustamante (2013, p. 281),

O caráter discutível ou discursivo do direito e a concepção de fontes do direito como materiais “préinterpretativos”, ao invés de respostas definitivas à questão da validade de uma regra, são profundamente consistentes com a ambição de MacCormick de construir uma teoria normativa da argumentação jurídica.

A argumentação aqui prevista deve reconstruir a noção de justiça em conformidade com o Estado Democrático de Direito, mais do que no Estado de Direito, pois é fator intrínseco à noção de justificação, a fim de alcançar uma universalidade, requisito de toda decisão judicial. Nesse sentido, MacCormick (2005, p. 98) nos diz que “justificar é demonstrar que algo é correto” e “demonstrar que algo é correto, é demonstrar que, sob qualquer ponto de vista objetivo acerca do assunto, o ato deve ser realizado, ou pelo menos deveria ter sido realizado, em vista das características e das circunstâncias do caso”. Nesse sentido, pode existir o interesse em persuadir o auditório universal com elementos particulares, que se embasam em uma justificativa para definir os meios e os fins.

Por isso, os argumentos consequencialistas tornam-se importantes na construção argumentativa, e, nas APs, são oriundos de áreas teleológicas (finalísticas), que, normalmente, preocupam-se com a implementação de objetivos. Em nosso caso, segundo programas políticos, as projeções das possíveis consequências decorrentes da decisão serão consideradas pensando-se em juízos probabilísticos ou em dados empíricos, que foram produzidos nas APs. Como exemplo, MacCormick (2008) apresenta a história de um precedente sobre a separação de gêmeos siameses em que uma vida deveria ser sacrificada. O autor diz que o recurso embasado na santidade da vida pode proteger ambos os direitos, a escolha do direito seria pelo menor dos males, mas nenhuma separação de gêmeos que pudesse envolver inevitavelmente o sacrifício de um deles poderia jamais ser conduzida legalmente, independente da vontade dos pais a respeito da sobrevivência de uma das crianças, ou o quanto severamente ficasse comprometida a condição da outra criança.

Essas argumentações apresentadas tratam de consequências, mas consideram as implicações lógicas da decisão, ou seja, a razão para elas importarem depende do contexto em que estão inseridas. Nesse sentido, a separação dos gêmeos não poderia ser realizada sem uma regra que a justificasse, em circunstâncias raras e desagradáveis, a cirurgia, que seria capaz de salvar a vida de um irmão à custa da vida do outro (MACCORMICK, 2008).

No nosso ordenamento já há uma regra semelhante, exatamente tratando da possibilidade de aborto quando a vida da mãe esteja comprometida pela continuidade da gestação, sendo essa uma das permissões legislativas no Código Penal. Na mesma lógica, podemos entender o desenvolvimento argumentativo consequencialista na ADPF nº 54, quando os valores envolvidos também lidam com a vida: vida da gestante ou do feto. Isto,

principalmente, quando, na AP, discutiu-se também a santidade da vida, e, nesse caso, podemos ampliar a observação para a ADI nº3.510, segundo o mesmo motivo, discussão sobre a vida. A decisão consequencialista é aquela que atende ao implemento de um objetivo, estabelecendo como justificativa a eleição de um critério com um ou mais efeitos desejáveis e justificáveis, como, por exemplo, promoção social, função de utilidade, eficiência econômica. Entretanto, é necessário que se compreenda que existem elementos de fundo moral que interferem também na decisão, como no exemplo citado e nas APs em análise, quando, só não se permitiu o embasamento decisório em uma moral religiosa, tendo em vista a laicidade do Estado.

Segundo Atienza (2006, p. 119), para MacCormick, tanto a argumentação prática, em geral, quanto a argumentação jurídica, em especial, cumprem, essencialmente, uma função justificadora. No mesmo sentido, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p.556) dizem que nas sentenças “já não se contenta em mostrar a correção formal, mas se esforça em torná-las convincentes”.

Vale lembrar que a obra de MacCormick (2006; 2008) trata de análises feitas em jurisprudências britânicas, principalmente inglesas e escocesas, e que o processo decisório no Reino Unido é vantajoso por envolver a prática de cada juiz em apresentar seu parecer publicamente, engajando todos em uma discussão pública em si, o que leva a uma exposição das melhores razões decisórias. Mesmo assim, a metodologia aproxima-se e muito das decisões do STF, nas quais os ministros também apresentam, cada um, suas razões.

MacCormick (2006) noticia que seu estudo é fundado na visão do processo de argumentação como um processo de justificação, afinal, toda a decisão deve ser justificada com bons argumentos e as deliberações jurídicas – ou argumentações – fixam comportamentos, ordenam consequências face à verificação de determinadas condições e apresentam um modelo para o mundo e não do mundo (MACCORMICK, 2006). Disso, “Não pode estar em questão se as deliberações jurídicas descrevem o mundo com precisão ou sustentam previsões verdadeiras sobre acontecimentos naturais” (MACCORMICK, 2006, p. 131). Nesse processo, as deliberações ocorridas nas APs permitem o questionamento do comportamento esperado do sujeito como permissiva de ação em conformidade com a recepção ou não da constitucionalidade da norma.

Isso acontece já que a argumentação se pautará por consubstanciar decisões a respeito de temas que não apenas despertam grande interesse na sociedade, mas que são de elevada complexidade, os quais demandam a visão tanto dos interessados como também dos *experts*. Porém, deverão ser considerados os efeitos da decisão sobre a sociedade em relação à adoção

daquela decisão em qualquer situação semelhante. Frise-se que as APs acontecem, porque os assuntos tratados nas discussões sobre a constitucionalidade da norma ultrapassam os argumentos meramente jurídicos, trazendo para dentro da esfera jurídica, outras esferas necessárias para a decisão, assim comportam argumentos extrajurídicos e/ou consequenciais, de natureza às vezes moral, mas que necessitam de conformidade legal. É nesse sentido que o *epidíctico* promoveria a ampliação dos valores a fim de conseguir a adesão à tese.

Nessa condição, já sabemos que a *doxa* será parte integrante da decisão com o fito de justificar as escolhas dos ministros, mas há todo um movimento para que o lugar de destaque do STF como Supremo Tribunal não se perca enquanto guardião da Constituição e poder de autoridade. É por isso que as consequências não se restringem às implicações para as partes processuais e ao valor da utilidade, alcançando o como a aplicação da norma irá ser recepcionada pela sociedade, devido aos valores tais como: justiça, conveniência pública e senso comum. Nesse caso, ao considerar a perspectiva consequencialista, percebemos que o relator do ADPF nº 54, ministro Marco Aurélio, argumentou em sua decisão, tanto nesta ação quanto em seu voto na ADI nº 3.510, sobre o fato de que inexistente violação na utilização de células tronco embrionárias em pesquisas científicas, porque “**sob o ângulo biológico, o início da vida pressupõe não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral**” (Grifos nossos). Observamos o argumento científico-biológico sendo utilizado como fundamento da inviabilidade de vida, com um fim consequencialista, ou seja, para ter vida é necessário viabilidade para isso. Compreendemos então que o conceito de consequência não se restringe às implicações para as partes processuais e ao valor da utilidade, mas alcança as consequências da norma em que se baseia a decisão e outros valores como: justiça, conveniência pública e senso comum (MACCORMICK, 2006), ou seja, a toda a sociedade.

Percebemos, como afirma Perelman (1993), que os valores concretos são características de sociedades conservadoras e tendem a manutenção do poder e das estruturas sociais, já os valores abstratos são utilizados para críticas e são mais adequados para justificar a necessidade de mudança. Quando os direitos fundamentais passam a embasar os questionamentos sobre a escolha de certo grupo da sociedade, da autogestão da pessoa, e de quem suportaria o ônus da imposição normativa, os argumentos nas APs analisadas são de ordem abstrata. É o que vemos na ADI nº 3.510, quando o relator ministro Carlos Britto, destacou que a Constituição Federal se reporta aos “direitos da pessoa humana e até dos direitos e garantias individuais como cláusula pétreia, está falando de direitos e garantias **do**

indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (Grifos nossos). Então, somente o indivíduo-pessoa teria direitos e garantias, portanto, direito à vida.

Além disso, a participação ampla abre-se para formas distintas de saber como argumentos técnico (científicos), argumentos religiosos (dogmáticos). Vemos uma multiplicidade de argumentos e todos inserem o senso comum, seja pela *doxa* ou *endoxa*, ligados a valores socioculturais, religiosos ou políticos, que aparecem como carregados de subjetivismo. Assim, o posicionamento dos relatores é de que não haveria valor intrínseco em algo que não é compreendido como vida, que não deve ser protegido independente de qualquer situação; não bastaria apenas a sua existência, mas a possibilidade de ser indivíduo. O valor do sagrado é flexibilizado, flexibilizando dessa forma o valor concreto referente à religiosidade no imaginário brasileiro por argumentos de cunho consequencialista.

Abordaremos com mais atenção os valores envolvidos nas APs no próximo Capítulo e como os valores remetem à legitimidade, utilizando de uma *endoxa* que se transforma em *doxa*. Entretanto, os valores concretos e abstratos já nos demonstram que, para alcançar uma sociedade democrática, é necessário proteger os valores mais abstratos em detrimento dos valores concretos.

CAPÍTULO 4 – OS POLOS ARGUMENTATIVOS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA: *doxas* e *endoxas* em jogo

No modelo clássico de retórica, o orador apoia-se em um tópico – conjunto de lugares comuns – com o objetivo de adesão dos ouvintes/interlocutores à tese apresentada. Para tanto, o orador constrói seus argumentos partindo tanto de elementos do senso comum (*doxa*), como pode também se utilizar de elementos especializados, referente a outros conteúdos de disciplina específica, os quais consideramos, como parte da doutrina, como senso comum de certa especialidade mais conceituada denominado de *endoxa*.

O orador constrói seus argumentos a partir de fontes diversificadas, que incluem tanto elementos do senso comum (*doxa*), como elementos especializados de uma disciplina (*endoxa*). Esses elementos, genericamente chamados por Amossy (2002a, 2002b, 2006, 2010) de elementos dóxicos, são definidos como o conjunto de crenças e saberes coletivos, constitutivos dos pontos de acordo que fundamentam qualquer argumentação, e dos quais depende o efeito de persuasão, ou seja, seriam elementos linguísticos identificáveis, os quais permitiriam a análise de seu funcionamento nos discursos.

Para a autora, o estudo dos elementos dóxicos justifica-se na medida em que estes contribuem para a compreensão de um funcionamento discursivo cujo objetivo central é a adesão de um adversário, em uma situação de comunicação determinada. Para nós, é importante porque compreendemos como pode ocorrer a transformação da *endoxa* como argumentos científicos para a *doxa*, tornando-se legitimador da decisão judicial

4.1 *Doxa*: o construto da Audiência Pública

A doxa acaba por ser onipresente, mesmo quando ausente no nível da superfície do texto¹³⁷ (AMOSSY, 2002a, p. 378).

Proveniente da Grécia antiga, a noção de *doxa* como conhecimento comum e opiniões compartilhadas é parte integrante de todas as disciplinas contemporâneas que colocam comunicação e interação social no centro de suas discussões. Mesmo que apareça escamoteada, com vários disfarces, é possível reconhecê-la pelo papel que ocupa na construção realizada, alimentando a pesquisa contemporânea de forma geral. Assim, podemos entender como *doxa* tudo que é considerado verdade ou, no mínimo, provável, por uma

¹³⁷Tradução nossa do original em inglês: “Thus *doxa* turns out to be omnipresent, even where absent at the surface level of the text”.

maioria de pessoas ou por um grupo específico, ainda que o termo “*doxa*” não apareça ou não seja feita referência direta ao termo, teremos os elementos dóxicos.

Amossy (2002a) mapeia de forma exemplificativamente abordagens sobre a *doxa* em pesquisas contemporâneas, principalmente sobre a crítica e a linguística francófona a partir dos anos sessenta. Ela diz que a análise ideológica e o sociocriticismo tentam expor o conhecimento comum alienante que altera nossa visão de mundo e influencia nosso julgamento (focando na questão ideológica a pesquisa), enquanto a poética e a semiologia não se preocupam com a denúncia ideológica, buscam apresentar as maneiras como os textos literários e não literários podem alcançar verossimilhança ou são construídos como obras de arte (observando-se o texto em si e os valores espelhados). Os teóricos orientados para o leitor adaptaram a noção às suas próprias necessidades, investigando a capacidade de o texto conduzir o leitor e estabelecendo o papel de elementos dóxicos como congelados no processamento de texto (estereótipos), enquanto os pragmaticistas estão interessados, principalmente, em meios linguísticos de elocução de enunciados, ou na dinâmica da interação verbal (AMOSSY, 2002a). A pesquisa baseada na teoria da argumentação, por sua vez, busca compreender a eficácia do discurso e os segredos da persuasão (AMOSSY, 2002a).

Em todas essas estruturas, a *doxa* - seja ela designada por seu nome ou não - desempenha um papel central. Aparece tranvestida de vários rótulos, como discurso social, intertextualidade e interdiscurso; *topoi*, *endoxa* e lugares comuns; clichês, estereótipos e *idées reçues*; verossimilhança e plausibilidade; conhecimento comum, competência enciclopédica e opinião pública a demandar a perspectiva teórica desenvolvida. Assim, independente do termo grego ser explicitamente mencionado ou não, as funções de *doxa* na vida social e a verbalização têm sido fonte de inúmeras pesquisas (AMOSSY, 2002a).

Amossy (2002b) aponta, ainda, que mesmos os termos resgatados do grego, ao serem representados, podem não conter o mesmo sentido pela inferência. Isto se verifica nos *topoi* retóricos como estruturas vazias (*topoikoinoi*), designados por Aristóteles (1973), na obra *Tópicos*, os quais se distinguem dos *topoi* pragmáticos no sentido de Oswald Ducrot e dos lugares comuns no sentido positivo do termo. As noções de *idée reçue*, clichê e estereótipo são descritas e reinterpretadas na perspectiva de Perelman e de Olbrechts-Tyteca (2000), que enfatizando seu papel fundamental na comunicação humana de cunho argumentativo. Então, segundo Amossy (2002b), expressa através de uma série de formas implícitas e explícitas, a *doxa* aparece como uma condição de intersubjetividade e como elemento constitutivo de qualquer interação verbal, mesmo que sob nomenclaturas e apontamentos diferentes. Como percebemos, a noção de *doxa* formulada por Amossy (2010) a aproxima da noção de

representações sociais, pois esta considera que o saber partilhado e as representações sociais constituem o fundamento de toda argumentação. É o olhar adotado na presente pesquisa.

A nova retórica perelmaniana abriu um novo paradigma, reencontrando elementos na teoria aristotélica, para o qual não há vida social, comunicação verbal, persuasão mútua sem opiniões e crenças compartilhadas e consolidadas (AMOSSY, 2002b). Assim, “Em um século obcecado pela originalidade e singularidade, ansioso por denunciar o menor indício de ideologia, o vigoroso ressurgimento da antiga retórica de Perelman [Olbrechts-Tyteca] iluminou as funções construtivas da *doxa*”¹³⁸ (AMOSSY, 2002b; p. 465). O objeto de análise dos autores amplia e aprofunda os lugares comuns subjacentes ao discurso, não apenas nas conversas cotidianas e nos discursos políticos, mas também nos textos filosóficos e literários. Além disso, os autores romperam com a análise sobre o viés estético baseado nas figuras e *tropos*, pois retornam à arte de persuasão de Aristóteles. Na perspectiva retórica, as decisões tomadas pelos cidadãos da *pólis* são tomadas com base na deliberação comum, fundamentando sua teoria em um viés filosófico.

Podemos afirmar que nos domínios em que não pode haver verdade absoluta, tais como assuntos sociais e vida política, só podemos recorrer ao que parece plausível e razoável. Assim, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000) utilizam a verossimilhança, em vez da Verdade, e baseiam-se na *doxa* (opinião comum) e não na episteme (conhecimento científico), reacendendo o pensamento aristotélico, no qual a *doxa* é o fundamento da racionalidade na vida social. Os autores demonstram que atitudes e comportamentos coletivos, bem como comunicação eficaz são construídos em premissas aceitas, valores compartilhados e lugares comuns.

Nesta perspectiva, o auditório tem papel principal, pois, Perelman Olbrechts-Tyteca (2000) enfatizam a necessidade de o orador concentrar-se no público alvo "o conjunto daqueles a quem o orador quer influenciar com sua argumentação" (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p.22). Para fazer isso, o orador, que não tem acesso direto às mentes de seus parceiros, precisa construir uma representação de seu público. Dessa forma, terá que imaginar as opiniões e crenças comuns mantidas pela audiência se quiser fundamentar seu discurso em pontos preliminares de acordos (as premissas). Para os autores, as premissas são visões do público sobre o real (visto como fatos e verdades) e sobre o que é do universo do preferível em termos de valores, hierarquias e *topoi*.

¹³⁸Tradução nossa do original em inglês: “In a century obsessed with originality and singularity, anxious to denounce the faintest trace of ideology, Perelman’s vigorous revival of ancient rhetoric illuminated the constructive functions of *doxa*.”.

Para Amossy (2002a), a abordagem de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000) é muito próxima do tratamento dado ao ‘leitor modelo’ sob o viés semiótico de Umberto Eco. Como o público alvo na Nova Retórica, o leitor é para Eco uma construção textual. Nesse sentido, necessariamente deve ser direcionado a alguém capaz de ativá-lo, o texto precisa construir seu próprio ‘leitor modelo’. Para conseguir garantir a cooperação, o orador/expoente/escritor deve confiar no conhecimento enciclopédico¹³⁹ que esse leitor supostamente tem, bem como em *scripts* familiares e estereotipados emprestados da vida comum ou de padrões intertextuais. Seja retórica ou semiótica, todas as abordagens enfatizando a importância do destinatário em um processo dinâmico de comunicação colocam a *doxa* em primeiro plano. É somente confiando nas opiniões, crenças e representações do público que uma interação (virtual) que permita significado e eficácia pode ser construída.

É impossível compreender os usos contemporâneos da noção de *doxa* sem examinar como os termos gregos *doxa* e *endoxa* são interpretados e explicados pelos críticos e filósofos modernos. Também é interessante ver como as referências à *doxa* estão explicitamente ligadas a outras noções retóricas (como verossimilhança e *topoi*), que são frequentemente tratadas em si mesmas, sem mencionar diretamente a *doxa* como tal¹⁴⁰. (AMOSSY, 2002a, p, 370)

Segundo Amossy (2002a, p 371)

Endoxa foram, e ainda são, opiniões que têm autoridade na medida em que fazem parte do consenso geral. Na Grécia antiga, esse *consensus omnium* não teve, no entanto, o alcance que adquiriu nos regimes democráticos modernos¹⁴¹.

Assim, tanto a *doxa* quanto a *endoxa* são conceitos retirados da Grécia antiga, sendo que a última representa uma opinião, um conhecimento comum, porém, apenas de uma parcela da sociedade. Na sociedade grega isso era visível, tendo em vista a exclusão de mulher e escravos do processo democrático, por exemplo. Dessa forma, na perspectiva aristotélica, segundo Amossy (2002a), o corpo de cidadãos atenienses pode ser substituído por uma elite de sábios ou especialistas que os representam e também pelo julgamento de autoridades indiscutíveis como os deuses, o pai ou os senhores. Podemos afirmar que a autoridade era o centro do exercício do poder, automaticamente a opinião deles era digna e

¹³⁹Postula-se a necessidade de competência enciclopédica por parte do destinatário, o qual tem que dominar dados culturais socialmente reconhecidos.

¹⁴⁰Tradução nossa do original em inglês: “It is impossible to understand the contemporary uses of the notion of *doxa* without examining how the Greek terms *doxa* and *endoxa* are interpreted and explained by modern critics and philosophers. It is also interesting to see how references to *doxa* are explicitly linked together rhetorical notions (like verisimilitude and *topoi*) that are often deal twithin them selves, with no direct mention of *doxa* as such.”.

¹⁴¹Tradução nossa do original em inglês: “*Endoxa* were, and still are, opinions that have authority insofar as they are part of the general consensus. In ancient Greece, this positive consensus omnium did not, however, have the scope it acquired in modern democratic regimes.”.

respeitável, aceita como ‘verdade’, por que eles próprios eram dignos e respeitáveis. A figura da opinião se confundia com conduta ética do cidadão, com seu comportamento social. Nesse contexto, o *ethos* confundia-se com o *logos*. Assim, [...] a *endoxa* seria tanto o que é reconhecido como razoável quanto respeitável por qualquer pessoa e o que é dotado de poder porque é acreditado e circulado pelo legítimo representante do poder.”¹⁴² (AMOSSY, 2002a, p. 371)

Nesse mesmo sentido, para Berti (2002), a *endoxa* refere-se a uma opinião diferenciada pela autoridade criada pelo *ethos* do enunciador, incluindo-se essas opiniões, por exemplo, às teses dos filósofos, constituídas por aquela ou aquelas opiniões que têm “fama”, “reputação”, “glória”, isto é, as opiniões dos mais sábios ou eminentes na sociedade grega. As questões partiam dessas opiniões aceitas ou para reforçar ou para modificar o pensamento através da dialética (*endoxon* ou *endoxa*). Ainda segundo Aristóteles (1973, p. 248), as opiniões dos peritos ou especialistas são pautadas no que consideramos *endoxas*, pois:

É evidente que todas as opiniões que estão de acordo com as técnicas em vigor são proposições dialéticas, **porque qualquer pessoa deverá conformar-se com o parecer dos especialistas em cada matéria: por exemplo, no que respeita à medicina deve assumir-se o parecer do médico, no que respeita à geometria deve repetir-se o parecer do geômetra, e o mesmo em relação às outras artes** (Tópicos10, 104 a33-37) (Grifos nossos).

O geômetra e o médico são autoridades em suas especialidades e suas opiniões formam-se pela *práxis*; são consideradas *endoxa*, opiniões compartilhadas pela maioria daquela comunidade pelo conhecimento. Uma *endoxa* pode ser verdadeira ou falsa e deve ser compartilhada por uma maioria ou pelo menos por especialistas. Além disso, as premissas dialéticas são *endoxas*, porque devem ser compartilhadas pelo interlocutor ou pela plateia que assiste ao debate, como era comum na antiguidade grega.

Assim, enquanto a *doxa* é compreendida como uma opinião, a *endoxa* é um conhecimento comum partilhado pela maioria das pessoas que compõem uma sociedade ou pelo menos um grupo de especialistas. Segundo Aristóteles (1973), a *endoxa* (utilizada tanto na obra *Tópicos* quanto na *Retórica*) representa um conjunto de crenças comumente sustentadas e aceitas pelos sábios, que já foram efetivamente postas à prova, quando seriam apuradas inconsistências e outros vícios dos quais são suscetíveis as opiniões comuns, por isso, essas últimas pertencem ao provável.

¹⁴²Tradução nossa do original em inglês: “Thus *endoxa* would be both what is recognized as reasonable and respectable by anyone and what is endowed with power because it is believed and circulated by the legitimate representative of power.”

Atualmente, podemos inserir nesse contexto, a qualidade exigida para os expositores técnicos participarem da AP. Nesses termos, seriam argumentos produzidos por grupos específicos que detêm autoridade, poder e/ou uma identidade. Assim, a *endoxa* se refere não somente a opiniões comuns, crenças, mas teria uma credibilidade maior que a própria *doxa*, pois esta ainda não teria passado pelo crivo da purificação de inconsistências e de outros vícios. As *endoxas* seriam, na verdade, premissas, probabilidades, que buscavam consenso e estariam inseridas na dialética (*endoxon*).

Por isso, compreendemos que haveria nas AP a *endoxa* de certo meio científico apto a opinar, em razão do conhecimento, sendo esta a razão pela qual ou foram convidados a participar ou tiveram a habilitação aceita para sua participação, como autoridades a respeito daquele tema em várias áreas – médica, sociológica, técnica etc. –, cuja finalidade seria tornar aquele conhecimento de certa área uma *doxa* para a sociedade e subsidiar elementos para a *endoxa* jurídica, partindo de outra *endoxa* referente àquela temática discutida.

A *doxa* assumiu, ao longo dos tempos, várias funções. Na Antiguidade, a *doxa* servia como um processo social, no qual se criava confiança no consenso, já, na modernidade, a *doxa* marca o gregário e a opressão exercida pela opinião comum (AMOSSY, 2006; 2010). Quanto à opinião comum, nossa hipótese de pesquisa é que as interações ocorridas nas APs mantêm desacordos quanto aos oradores, criando acordos nos vários auditórios possíveis (ministros, plenário, mesa ou sociedade em geral), tendo em vista o gênero AP. Isso porque, nos moldes que foi definida sua vinculação, há possibilidade de gerar opiniões comuns, a partir da divulgação midiática e da ampliação do auditório, que, se não permite a exposição direta na AP por todos, permite uma visibilidade do assunto tratado na sociedade, gerando um espaço público discursivo pela intercorrência comunicativa por representação.

A partir dessa ideia, analisamos a noção de legitimação, buscada pelo STF, pela realização da AP, nos proferimentos/exposições dos oradores demarcados por elementos dóxicos que buscam reconstruir uma representatividade dentro da sociedade, fazendo uso de argumentos de autoridade e argumentos consequencialistas.

Segundo Meyer (2014, p. 36)

[...] uma questão pode ser duvidosa não apenas porque não conhecemos a resposta, mas sobretudo porque não dispomos dos meios para a resolver, meios comuns, partilhados pelos protagonistas e destinados a criar um acordo sobre a resposta boa ou justa. Em consequência, o *ethos* desempenha então um papel mais determinante: a credibilidade daquele que fala e propõe, a sua <autoridade>, porá ponto final nas dúvidas, teoricamente sem fim, sobre as respostas propostas. De resto, a autoridade assenta frequentemente na institucionalização: o papel social e o <lugar> que o orador ocupa (<é especialista na questão>, pergunta-se o interlocutor), operam em pleno no debate político, na tomada de decisão.

A produção de um discurso fundamentado em verdades e presunções, como as teorias científicas e as dogmáticas religiosas, buscam desconstruir um fato (norma), necessita de ser realizado por autoridades e também fundamentado em argumentos de autoridade referentes à verdade, a fim de resolver a questão proposta. Porém, as exposições necessitam ser simplificadas, didáticas, tendo em vista a necessidade de facilitar o conhecimento para que qualquer pessoa seja capaz de compreender as razões apresentadas. Inclusive, como os argumentos partem de valores, abstratos e concretos, a hierarquia entre eles obriga a fundamentação, decorrente dos lugares possíveis (quantidade, qualidade, etc.). Mesmo que para Meyer (2014), os lugares não visam apenas estabelecer hierarquias, a função essencial seria permitir recortar questões que se colocam, mas deve estabelecer vínculos que permitam o seu reconhecimento, não retira a necessidade da hierarquização. Assim, a *doxa*

tomada tanto como o saber do senso comum que conduz a linguagem e que molda o discurso, independentemente dos sujeitos falantes, quanto como o lugar comum no qual eles podem se encontrar e se identificar. Assim, a fala é concebida ao mesmo tempo como parcialmente determinada pelo discurso social da época e suas evidências, e como um instrumento de ação e de poder. (AMOSSY, 2017, n.d).

Comprendemos ainda que a AP é construída a partir de argumentos de autoridade, produzindo um discurso de autoridade, que se formaliza pela credibilidade dos oradores determinada pelo discurso social.

Segundo Amossy (2017, p. 190)

em uma sociedade democrática é importante que as decisões possam ser tomadas em comum – é o que permite o logos como palavra e como razão, ou seja, a mudança de argumentos. Esta vocação da retórica é levada adiante pelos trabalhos de Chaim Perelman, os quais centram-se sobre a importância de um discurso dirigido ao outro, o qual busca não a verdade, mas o razoável e o plausível. É importante também levar em conta o fato de que as dissensões podem ter um curso livre – considerando-se que os conflitos são inevitáveis na democracia – dentro de um conjunto vivo que designei como a coexistência no dissenso.

A AP é a caracterização das decisões sendo tomadas em comum, que possibilita a mudanças de argumentos. Embora não fosse esperada uma argumentação entre os expositores nas APs, o próprio debate de ideias promovido pela polarização dimensionada pelo próprio processo judicial permite *endoxas* para *doxas* no processo argumentativo/deliberativo. Além disso, para que as decisões sejam tomadas em conjunto em uma sociedade democrática os conflitos são inevitáveis. As várias categorias de discurso produzidas – científico-medicina, biomédico, sociológico e outros¹⁴³ – deveriam apresentar elementos probatórios para subsidiar

¹⁴³ “Também não há deliberação sobre as ciências rigorosas e autônomas [...]. O deliberar é a respeito das situações que ocorrem o mais das vezes, mas relativamente às quais é incerto qual será o seu resultado. Isto é, a

a decisão, mas o caráter persuasivo aparece exatamente porque faz parte da visada dos locutores nas exposições. Isso ocorre também porque a identidade dos valores dos oradores é perpassada pelo discurso, demonstrando uma tomada de posição, o que percebermos mesmo que esteja implícita, como na maioria dos casos do dogmático-religioso nas APs.

Para Amossy (2017, p. 190):

[...] o conjunto de crenças, de opiniões e de representações que partilham os membros de um grupo em um dado momento. É fundando-se sobre estas premissas comuns que os indivíduos podem trocar, discutir, negociar suas posições, polemizar. Desde modo, a doxa não é o espaço alienante das ideias recebidas que impede de pensar, **mas o lugar comum no qual os homens encontram-se para negociar suas visões**. Não se pode esquecer ainda que esta doxa (que não é necessariamente uma, em uma dada sociedade e pode diferenciar-se em correntes diversas) **é feita de palavras e não pode existir fora de sua materialidade linguageira** (Grifos nossos).

Partindo desse conceito final, compreendemos que os interlocutores das AP partilham *doxas* como estratégias para embasar as *endoxas* com o objetivo de alcançar a sociedade – representativa da *doxa* – e construir outra *endoxa*, a jurídica, formando uma construção elíptica com o objetivo de reforçar a *doxa*, mas não desprestigiar a *endoxa* jurídica, lugar de poder.

4.2 As *doxas* envolvidas nos discursos pró-vida e pró-escolha

Nas APs podemos delimitar núcleos temáticos a partir das diferentes exposições que revelam sua origem em uma configuração comum de valores: *doxa*. Os temas listados são: vida; a relação entre vida, anencefalia e morte encefálica; condição humana; dignidade; autonomia/escolha; deficiência física, eugenia, graus de anencefalia; descrição técnica da anencefalia; direito à vida; direito da gestante/família; outros direitos; o contraste entre aborto e antecipação terapêutica de parto; risco materno e sofrimento; laicidade do Estado. De modo geral, os questionamentos giraram em torno do caráter de ser humano vivo, do feto anencefálico e de este ser dotado ou não de direitos.

Verificamos ainda que as partilhas de valores permitem a definição de dois pólos, representando grupos sociais e seus valores. Dessa forma, temos duas ações de inconstitucionalidades, a primeira é a ADI n° 3.510, na qual o Procurador-Geral da República (PGR) requer a inconstitucionalidade de parte da Lei de Biossegurança, especificamente o

respeito de situações que ocorrem em que há indeterminação. Acolhemos, por isso, junto de nós conselheiros para as matérias de grande importância, desconfiando não nos bastarmos a nós próprios e sermos até capazes de as diagnosticarmos».” (GRÁCIO, 2010, p.31).

artigo 5º e seus parágrafos, sob a alegação de que esse trecho da norma violaria o direito à vida e à dignidade humana. As alegações da Petição Inicial (p. 02 a 14 dos autos e documentos anexos, p. 15 a 67 dos autos) fundam-se em *endoxas*, argumentos científicos da área biomédica, a seguir estabelecidos, e argumentos jurídicos:

- a) o Dr. Herbert Praxedes disse que as células de um embrião humano são todas células-tronco (CTE) pluripotenciais, tendo capacidade de se autorenovarem e de se diferenciarem em qualquer dos tecidos do corpo; já as células-tronco adultas (CTA) são multipotenciais e têm também capacidade de se auto-renovarem e se diferenciarem em vários, mas, aparente não em todos, os tecidos do organismo;
- b) a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia, disse que o zigoto, constituído por uma única célula, produz imediatamente proteínas e enzimas humanas e não de outra espécie, assim é biologicamente um indivíduo único e irrepetível, um organismos vivo que pertence à espécie humana;
- c) a Dra. Claudia M. C. Batista, Professora-Adjunta da UFRJ e pós- doutorada pela *University of Toronto* na área de células-tronco, informou que a partir da primeira divisão do zigoto, quando originam-se as duas primeiras células, estas encontram-se predestinadas;
- d) a Dra. Alice Teixeira Ferreira informou que todos os textos de Embriologia Humana consultados afirmam que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito é fertilização pelo espermatozóide e que o desenvolvimento humano é a expressão do fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo, que só para com a morte; disse também que as células tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. No tutano dos ossos, tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue;
- e) o Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos, livre-docente pela Universidade de São Paulo, Professor de Bioética da USP e Membro do Núcleo Interdisciplinar de Biotética da UNIFESP, disse que na nova vida se encontram todas as informações no "código genético", suficientes para que o embrião saiba como fazer para se desenvolver. Ninguém mais, mesmo a mãe, vai interferir nesses processos de ampliação do novo ser. **A mãe, por meio de seu corpo, vai oferecer a essa nova vida um ambiente adequado (o útero) e os nutrientes necessários [fragmento 01].** Mas é o embrião que administra a construção e executa a obra. Logo, **o embrião não é "da mãe"; ele tem**

vida própria. O embrião "está" na mãe, que o acolhe pois o ama; [fragmento 02] (Grifos nossos)

- f) o Dr. Dernival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, disse que apesar dos primeiros momentos ser somente uma "matéria germinante", e que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. **Nunca se poderá falar de embrião como de uma "pessoa em potencial"** [fragmento 03] (Grifos nossos);
- g) o Dr. Damián Garcia-Olmo, Professor Titular de Cirurgia da Universidade Autônoma de Madrid em entrevista, apresentou argumentos sobre os **avanços promissores da pesquisa científica com células-tronco adultas mais do que com células as embrionárias** [fragmento 04] (Grifos nossos).

Já na composição da Inicial, temos elementos da *doxa* como, por exemplo, o fragmento 01 e 02 que trás o universo da maternidade, ainda que no fragmento 01 atenha-se aos elementos biológicos, além de buscar um efeito patêmico pelo fragmento 02 com a oração: "pois o ama". Essa oração representa todo o mito da maternidade de que toda mãe ama e deseja seu filho, e se não é assim, você é uma anomalia na sociedade.

Os fragmentos 03 e 04 reforçam a constituição de que a pesquisa com célula-tronco embrionária não seria necessária, pois já há possibilidade da utilização da célula-tronco adulta, não sendo necessário o sacrifício de um bem valioso a vida, pois o embrião não é "uma pessoa em potencial".

A partir desses apontamentos, o PGR chegou à seguinte definição na Petição Inicial:

- que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação: o zigoto, gerado pelo encontro dos 23 cromossomos masculinos com os 23 cromossomos femininos;
- a partir da fecundação, porque a vida humana é contínuo desenvolver-se; 1 n.º
- contínuo desenvolver-se porque o zigoto, constituído por uma única célula, imediatamente produz proteínas e enzimas humanas, é totipotente, vale dizer, capacita-se, ele próprio, ser humano embrionário, a formar todos os tecidos, que se diferenciam e se auto-renovam, constituindo-se em ser humano único e irrepetível.
- a partir da fecundação, a mãe acolhe o zigoto, desde então propiciando o ambiente a seu desenvolvimento, ambientação que tem sua etapa final na chegada ao útero. Todavia, não é o útero que engravida, mas a mulher, por inteiro, no momento da fecundação.
- a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias, até porque com as primeiras resultados auspiciosos acontecem, do que não se tem registro com as segundas.

Estabelecidas tais premissas, o artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, **por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.** (STF, 2005, p. 12) (Grifos nossos).

Neste contexto, inicialmente, temos o PGR buscando uma mudança da norma, porque esta não estaria embasada na *doxa*, segunda a qual é necessário preservar a vida humana, já que o embrião é vida e que a dignidade humana desse embrião (pessoa) precisava ser defendida. Esse conjunto de argumentos é produzido por grupos denominados pró-vida.

A segunda ação é a ADPF nº 54 (p. 02 a 25 dos autos e documentos anexos p. 26 a 148 dos autos), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, representante dos trabalhadores da saúde, os médicos, enfermeiros ou outras categorias, cujo peticionário foi Luis Roberto Barroso, como advogado, o qual arguiu sobre a interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, para declarar inconstitucional a interpretação que considera crime a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico realizada por médico habilitado com o consentimento da gestante.

O peticionário diz ter apoio técnico e institucional da ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, e situa a antecipação terapêutica do parto no domínio da medicina e do senso comum, além disso a antecipação não suscitaria quaisquer das escolhas morais envolvidas na antecipação de parto de feto viável (STF, 2004, p. 06). Aqui um argumento que busca reforçar que não se pretende discutir aborto, mas sim antecipação terapêutica de feto anencefálico, por inviabilidade da vida.

Subsidia-se por *experts* jurídicos e define o que é anencefalia, segundo a literatura médica, utilizando-se nos assuntos de *endoxas*, a fim de demonstrar que a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em 100% dos casos, e que em alguns casos (65%), o feto não consegue resistir ainda no útero (STF, 2004). Expõe a forma de detectar a anomalia (ecografia), o período gestacional (segundo trimestre de gestação) e diz que a falibilidade do procedimento é praticamente nula. Explicita que “uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável” (STF, 2004, p. 07).

Em razão do alto índice de óbitos intrauterinos dos fetos anencefálicos, o risco de saúde da gestante, o perigo de vida é altíssimo, constituindo-se assim uma indicação terapêutica médica eficaz para o tratamento da gestante, pois a permanência do feto anômalo no ventre é “potencialmente perigosa”, pois poderia gerar danos a sua saúde e até riscos de vida por causa dos óbitos ainda no ventre (STF, 2004).

Diz ainda que, “de fato, a má formação fetal em exame empresta a gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal” (STF, 2004, p. 07). Coloca a antecipação terapêutica, no caso de anencefalia, como a única forma “possível e

eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução” (STF, 2004, p. 07).

Diz também que a antecipação terapêutica do parto não se compara com o aborto, faltando o suporte fático exigido pelo tipo penal: a morte do feto em decorrência da interrupção da gravidez, pois aqui a morte do feto é inevitável, decorrendo de uma má-formação congênita e não da intervenção médica. Nesse ponto, diferencia aborto e antecipação terapêutica do parto.

Além disso, a antecipação terapêutica do parto em gravidez de feto anencéfalo não está vedada em lei, devendo se sobrepor a autonomia da vontade da gestante. Assim, só não esta inserida no rol de excludente de ilicitude do aborto, juntamente com as possibilidades legais: o aborto decorrente de estupro e no caso do risco da gestante, porque não haveria meios de na época ser escrita no Código Penal, por não haver mecanismos que permitisse o conhecimento a respeito de tal situação (impossibilidade instrumental). Neste sentido, para concluir sua hipótese, fez referência ao tempo de promulgação do Código Penal, a falta de tecnologias, naquele tempo, suficientes para detectar precisamente anomalias fetais e que o “anacronismo da legislação penal” não deveria servir de impedimento, ao acolhimento a direitos fundamentais contemplados pela Constituição Federal (STF, 2004, p. 08).

Compreendemos que o peticionário requer a mudança na disposição normativa quanto a sua interpretação e para isso busca mudar a *doxa* por argumentos técnicos e científicos, jurídicos e biomédicos, (*endoxa*), fundados em um conjunto de argumentos produzidos considerados pró-escolha.

As APs realizadas como ato procedimental da ADI n° 3.510 e da ADPF n° 54 fundamentaram discursos referentes a dois pólos argumentativos: pró vida e pró escolha, considerando a vida como ponto central em discussão, além das questões envolvendo a dignidade humana, direito de escolha, de intimidade, de liberdade, e outros. Assim, os expositores/oradores para defenderem a norma na ADI n° 3.510 utilizaram argumentos do conjunto pró-escolha, os quais buscam modificar a *doxa* para defender suas posições, exatamente como os valores inseridos pelo peticionário na Petição Inicial da ADPF n° 54. Em contrapartida, para defender a aplicação da norma na ADPF n° 54 utilizam argumentos pró-vida, como os utilizados pelo PGR na interposição da ADI n° 3.510, com o fim de manter a *doxa* já aceita pela maioria. Como verificamos, os objetos das ações são opostos, mas compreendem os mesmos valores discutidos, mantendo, assim a mesma temática.

Nesse contexto, buscaremos compreender qual a estratégia utilizada pelos expositores/oradores em suas posições pró-vida e pró-escolha nas APs com o fito de

respectivamente manter ou modificar a *doxa*, quais os discursos são promovidos a fim de conquistar o público, sendo isso o importante para a nossa pesquisa no gênero AP.

4.2.1 Os Discursos pró-vida e pró-escolha na ADI n° 3.510

De forma sucinta, os pró-vida, contrários à pesquisa com embriões humanos, tinham dois argumentos: primeiro, mostrar que o embrião constituía uma vida humana a partir da fertilização e segundo demonstrar que a pesquisa com células embrionárias não era necessária pelo avanço dos “tratamentos” com células-tronco adultas, o que não implicava ferir vida nem riscos.

A posição de defender o uso de embriões em pesquisa conduziu os expositores/oradores (cientistas) fundados no discurso pró-escolha a diversos elementos fundamentais: a) há várias concepções de vida em religiões e culturas distintas; b) a identificação de outros marcos biológicos que não a fecundação, ou a definição da vida como processo contínuo (espermatozóide e óvulo seriam vida também); da queda da viabilidade dos embriões; a prioridade aos enfermos possíveis beneficiários; e) o risco de atraso científico do país.

Os expositores omitiram em suas exposições aspectos da crença e da fé que envolviam a questão das células-tronco aqui, até mesmo por aqueles indicados pela CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), como estratégia para que suas argumentações não fossem refutadas de imediato ou rotuladas como estranhas à proposta “científica” do caso, ou, para não serem reconhecidos pelos seus argumentos dogmáticos. Compreendemos que o silenciamento¹⁴⁴ do discurso religioso deixou uma vacância para os participantes desse grupo social nessa ação, considerados importantes para participar das APs por ser parte da *doxa* pelo relator.

Apesar do silenciamento, entendemos que a perspectiva da vida ser sagrada, é proveniente de ter sua origem em Deus e Nele o seu fim, como vontade divina, além de não ser apenas evolução física, nem fruto do acaso. Soma-se a isso que a vida seria inviolável e pertencente a Deus. Isso conforme Sgrecia (2007, n.d), “O primeiro dos valores sociais postos na base da própria sociedade é o da defesa da vida e do direito à vida para cada ser humano, durante a sua existência terrena, desde o momento da concepção até à morte natural”. Esse fato é repassado nas teorias científicas apresentadas pelo grupo pró-vida. Então, não foram

¹⁴⁴ Não era objeto de pesquisa, mas apareceu como marca possível de ser analisada futuramente.

representados em suas crenças explicitamente, mas implicitamente as teorias fundamentadoras desse bloco discursivo eram compatíveis com os dogmas religiosos protegidos: vida humana como algo sagrado. Apenas uma citação faz alusão à questão religiosa, mas serve para distinguir áreas em diálogo na AP “Não estamos discutindo teologia, mas dados de biologia” (STF, 2007, p. 1031). Há uma necessidade expressa em apresentar fatos científicos e não dogmáticos no grupo pró-vida, excluindo os valores religiosos diretamente, negando-os inclusive, acreditamos que com o objetivo de serem os argumentos considerados válidos, por reconhecer a instância jurídica como lugar do discurso.

Compreendemos que o sagrado, representado pela religião, exprime a distância que o grupo adota a respeito das diferenças constitutivas de sua própria identidade e o respeito que as deve envolver, visto que são as diferenças existentes poderiam ser recepcionadas ou rejeitadas, o silenciamento seria decorrente da necessidade de conquistar a adesão e não reforçar a diferença.

Da mesma forma que não se fala em religião ou dogma religioso no bloco pró-vida, também há um esvaziamento do conteúdo moral como temática, enfatizando o posicionamento científico, principalmente dos que eram contra a pesquisa com células-tronco. Os expositores buscaram igualmente descaracterizar seu discurso de qualquer conteúdo moral, com exceção do expositor abaixo (médico hematologista, professor emérito e coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense – UFF), o qual, inclusive, referiu-se aos expositores que o antecederam como não representantes da “voz” da ciência, ou seja, utilizando-se da desconstrução do *ethos* para ancorar o seu argumento: “No caso há uma premissa moral que deve ser usada para todos os atos humanos. ‘Nem tudo o que se pode fazer deve ser feito’. A moral é o denominador comum de todos aos atos humanos (STF, 2007, p. 1.050)”. Percebemos na premissa utilizada o conteúdo da premissa religiosa *que tudo posso, mas nem tudo me convém*, reforçando o implícito religioso, muito próximo da moral religiosa. Nesse sentido, o próprio expoente se posiciona “O tema do debate moral sobre reprodução humana é objeto de intensa controvérsia religiosa em nossa sociedade” (STF, 2007, p. 1125). O aspecto moral apareceu também na forma de uma responsabilidade partilhada pela comunidade científica: “[...] a responsabilidade moral está naquele que reconhece o potencial terapêutico das células tronco embrionária mas impede ou não incentiva seu estudo” (STF, 2007, p. 945). E como questionamento da ciência anunciada pelo grupo pró-escolha, “[...] a verdadeira ciência não é aquela que promete curas milagrosas com provas inconsistentes. **Não agem como a voz da ciência**” (STF, 2007, p. 1.051) (Grifo nosso).

No bloco pró-escolha, a expositora Mayana Zatz utilizou exemplificativamente os pais evangélicos de duas meninas com atrofia espinhal, que defendiam as pesquisas com células-tronco embrionárias “Apesar de serem extremamente religiosos, evangélicos, eles estavam defendendo essas pesquisas” (STF, 2007, p. 919). Como percebemos, o argumento religioso utilizado coloca dois valores em conflito: a religiosidade dos pais e o direito a saúde e vida das filhas.

Além disso, a expositora, a respeito do marco religioso, diz que:

A pergunta sobre quando a vida tem início diz respeito a debate político sobre aborto e direitos reprodutivos. Uma possível resposta do Supremo Tribunal Federal à TSE da ADI poderia trazer implicações para o debate político e sanitário sobre aborto, com repercussões imediatas para a garantia de direitos reprodutivos e promoção de saúde das mulheres (STF, 2007, p. 1125).

Nesse trecho, faz menção direta da interferência da decisão do STF como marco para os direitos fundamentais da mulher (direitos reprodutivos e saúde). Verificamos que o discurso pró-escolha utiliza a religiosidade para mobilizar os saberes compartilhados e as opiniões comuns. Os valores religiosos que são reunidos pelos oradores/expositores anulam o efeito de distância com o auditório pelo efeito patêmico.

Sob o ponto de vista científico, utilizando a biologia como fundamento, temos, como exemplo: “Começarei falando do ciclo da vida do *homo sapiens*, que é a espécie humana” (STF, 2007, p. 968). Esse tipo de argumento são os que ocorrem em maior quantidade.

4.2.2 Os Discursos pró-vida e pró-escolha na ADPF nº 54

Nessa AP, 27 pessoas foram ouvidas e divididas em 4 Sessões. A CNBB contou com a participação de um padre e de um jurista e a Associação Médico Espírita do Brasil contou com a participação de duas médicas. Ambas as entidades tiveram o tempo dividido entre seus representantes. O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) foi a única entidade que teve duas participações distintas com participações integrais em cada uma delas. Tivemos 05 entidades religiosas que participaram das AP: a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (com 02 representantes: um padre e um jurista); a Igreja Universal (bispo); a Associação Nacional Pró Vida e Pró Família (um médico e um professor); as Católicas pelo Direito de Decidir (socióloga) e a Associação Médico Espírita do Brasil (dois representantes: uma médica e uma médica veterinária), todos com discursos pró-vida. Dentro desse grupo, tivemos as Católicas pelo Direito de Decidir e a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD) representantes do grupo pró-escolha. No segmento científico, tivemos 09 entidades

científicas, sendo que 07 expositores foram do bloco pró-escolha (Conselho Federal de Medicina (médico); a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (professor); a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal (ginecologista); a Sociedade Brasileira de Genética Médica (médico); o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti – assessor da OMS – saúde da mulher e presidente da Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC - médico) e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS-antropóloga) e apenas 02 expositores do bloco pró-vida (Deputado Luiz Bassuma - Presidente da frente Parlamentar em Defesa da Vida – contra o Aborto; e o professor do Movimento Brasil sem Aborto). Quanto aos representantes da sociedade civil, tivemos 11 expositores, dos quais 03, Dr. Dernival Brandão - especialista em Ginecologia e Obstetrícia; Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF – médica; e Dra. Elizabeth Kipmann Cerqueira - médica e professora, construíram suas exposições como pró-vida e 07 foram pró-escolha: Ministério da Saúde (médico e Ministro); Escola de Gente (jornalista); Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos (socióloga); Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (socióloga e cientista política); Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (socióloga e professora); a 2ª Representante do CNDM (a Secretária Especial de Política para as Mulheres) e a Associação Brasileira de Psiquiatria (Especialista em Psiquiatria Forense). Nesse grupo, a pediatra Cinthia Specian não se posicionou nem contra, nem a favor da interrupção do parto.

Pensando em análise semelhante ao que fizemos na ADI n° 54, observamos que temos várias definições sobre a vida:

A vida de cada indivíduo não é apenas um **bem** pessoal inalienável, mas também um **bem** social. Portanto, é um **bem** social que pertence a todos, e a sociedade tem a obrigação de promover e de defender esses direitos da pessoa humana, do feto que está comum a anomalia (STF, 2008a, p.4) (Grifo nosso).

Através do vocabulário “bem” determina que a vida não pertence ao sujeito mas é um bem social. A questão do Estado e do social ainda é um argumento utilizado no ADPF n° 54 pelos religiosos para sustentar a impossibilidade da antecipação terapêutica do parto:

A vida de cada indivíduo não é apenas um bem pessoal inalienável, mas também um bem social. Portanto, é um bem social que pertence a todos, e a sociedade tem a obrigação de promover e de defender esses direitos da pessoa humana, do feto que está com uma anomalia [fragmento 01] (STF, 2008a, p.07) (Grifo nosso).

Percebemos uma disposição, por parte da sociedade moderna, **em discutir esse assunto que, sem dúvida, exige responsabilidade e bom senso por se estar tratando do bem comum que, em nossa visão, passa, primeiro, pelo bem individual de cada pessoa [fragmento 02]** (STF, 2008a, p.21) (Grifo nosso).

Nos dois fragmentos, a vida do nascituro é visto como direito social, um “bem social”, faz parte do “bem comum”, e cabe à sociedade a obrigação de defender a vida do feto, da “pessoa humana”. Porém, notamos uma ressalva que diverge do primeiro posicionamento no segundo, pois a expressão “em nossa visão, passa, primeiro, pelo bem individual de cada pessoa” permite inserir a noção de escolha, fato inexistente na primeira perspectiva.

No mesmo sentido, colocando a responsabilidade do desenvolvimento social nas mãos da sociedade, no trecho abaixo, o orador/expositor utiliza o argumento *ad baculum* para provocar o auditório, buscando conquistá-lo pela repulsa do exemplo dado, afinal, ninguém deseja ser identificado como violentador dos direitos dos mais fracos: doentes, fetos indefesos e inocentes:

Ademais, **uma sociedade que quer se desenvolver não pode fazê-lo livremente, não pode crescer à custa do sangue de pessoas inocentes. Não se constrói uma sociedade com violência, uma violência contra os doentes, contra os fetos indefesos e inocentes.** As pretensões de desqualificação da pessoa humana ferem a dignidade intrínseca e inviolável da pessoa. Só pelo fato de pertencer à espécie humana, esse indivíduo tem uma dignidade; e é essa dignidade que queremos reafirmar, que precisa ser tutelada, que precisa ser respeitada (STF, 2008, p. 06)¹⁴⁵ (Grifo nosso).

Definimos a utilização desse argumento como:

uma forma de comunicação persuasiva assente no constrangimento do outro de modo a anular, sob as consequências da violência prometida, a possibilidade de ele assumir o papel de argumentador, dando-lhe como única hipótese a obediência (GRÁCIO, 2015, p. 39).

A obediência, no presente caso, é descartar a antecipação terapêutica do feto por ser algo “bárbaro”, “às custas do sangue de pessoas inocentes”. Segundo Meyer (2010), para que a sociedade funcione, é necessária uma ponte entre os valores que exprimem o essencial dentro das diferentes esferas da atividade social, o que exigiria uma mediação tanto dos meios quanto dos mediadores, dizendo ainda que os mediadores se modificam na história podendo ser identificados como feiticeiros, sacerdotes, filósofos, especialistas, jornalistas.

Há também a constituição de outro argumento, fundado sob o olhar da proteção do Estado, pois o feto com anomalia precisa ser defendido. Podemos reconhecer nesse viés um discurso religioso de “vida”: “O fato de uma deficiência, de uma anomalia, não diminui ou nega a dignidade de uma pessoa” (STF, 2008a, p. 4). Aqui, a vida como valor sagrado também se afirma e, dessa forma, por ser a vida um valor intrínseco, não poderia ser julgado por sua deficiência, nas duas exposições temos argumentos pró-vida. Outro expositor,

¹⁴⁵ Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – Padre Luiz Antônio Bento – Doutor em Bioética (orador).

defensor do discurso pró-vida, distinguiu a morte encefálica pela variedade de condições da primeira que vai de formas menos graves às mais graves. “Esse é um dado estabilizado na ciência e não há de ser retrucado” (STF, 2008a, p. 10). Fica clara a tentativa de transformar o valor concreto em valor abstrato, além de buscar fundamentos na ciência e não em dogmas religiosos. Esses dois expositores articulam a anencefalia à condição de deficiência física e negando a tese da anomalia incompatível com a vida, argumentos pró-escolha fundamentador da ADPF n° 54.

Diferentemente do que ocorre na ADI n° 3.510, na ADPF n° 54 há a utilização de um discurso religioso expresso, como na voz do Padre, Doutor em Bioética, que expôs por representação à CNBB argumentos pró-vida: “Queremos fazer a nossa consideração também a partir daquela perspectiva cristã. É óbvio que nós viemos representando esta entidade religiosa e que partiremos também de alguns princípios, elementos cristãos” (STF, 2008a, p.5). Assim, apresenta o seguinte fundamento religioso:

O Papa era um defensor da vida, contra qualquer forma de morte: “João Paulo II, cremos ter sido um dos grandes, um dos maiores defensores da vida nos últimos tempos, assim define o aborto que era a favor dessa cultura da vida, portanto, hostil a uma cultura de morte. Assim, nada e ninguém pode autorizar que se dê a morte a um ser humano inocente, seja ele embrião, feto, ou criança sem ou com malformação, adulto, velho, doente incurável ou agonizante. **Essa doutrina do magistério da Igreja Católica é assim defendida no *evangelium vitae*, o evangelho da vida.**” **A dignidade da pessoa humana: “Só pelo fato de pertencer à espécie humana, esse indivíduo tem uma dignidade; e é essa dignidade que queremos reafirmar, que precisa ser tutelada, que precisa ser respeitada”.** O feto anencéfalo é um ser humano: “Assim, o feto anencefálico é um ser humano vivente e sua reduzida expectativa de vida não nega os seus direitos, a sua identidade. O fato de ter mais ou menos tempo de existência não faz com que ele deixe de ser sempre um ser humano, que precisa de cuidado, sobretudo neste caso (STF, 2008a, p.5-7) (Grifos nossos)

O dogma fica evidente na citação do *evangelium vitae*. Divergindo dos representantes de movimentos religiosos, assumiram posições pró-escolha a ONG - Católicas pelo Direito de Decidir e a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD). A expositora representante da primeira defendeu a importância do Estado laico:

[...] muitos dos argumentos contrários à liberdade de decisão das mulheres no campo reprodutivo, **embora se apresentem como oriundos de um campo laico, científico, são, na verdade, a expressão de uma doutrina e de uma moral religiosa específica.** (STF, 2008a, p. 40) (Grifo nosso).

Fica evidente, o que percebemos quanto a ADI n° 3.510, e algumas teorias científicas também aqui utilizadas, que mesmo implicitamente, o discurso religioso e os dogmas aparecem escamoteados no discurso científico, como expressão da moral religiosa. Essa

expositora defendeu também o direito de decisão sobre a gravidez como uma questão de dignidade humana e o “recurso à própria consciência” como parte da tradição cristã. Disse ainda que a antecipação terapêutica do parto é: “[...] possibilidade de efetivação de um elemento básico de justiça social, atendendo particularmente às mulheres pobres para quem a autorização judicial é condição de possibilidade de realização do procedimento médico” (STF, 2008a, p.44). A expositora lê a carta escrita por Tiany (18 anos), moradora de Teresópolis, Rio de Janeiro, dirigida ao STF:

Eu sei o que é ter um filho deficiente. Minha primeira filha, Maria Júlia, tem dois anos e meio. Nasceu com hidrocefalia e espinha bífida. Não pode caminhar. Tem uma válvula dentro da cabeça que pode infeccionar. Às vezes, infecciona. Decidi levar a gravidez até o fim, porque meu bebê ia viver. Quando engravidei pela segunda vez, descobri no ultra-som que o feto não tinha cérebro. Fiquei desesperada. Era diferente. Meu primeiro bebê era malformado, mas ia viver; este outro, não. O médico me disse que ele viveria no máximo alguns minutos e que, depois, eu teria de enterrá-lo. Meu direito de antecipar o parto foi negado em primeira instância. O Ministério Público levou para o Tribunal de Justiça. Fiquei esperando por uma decisão, e a cada dia minha barriga crescia um pouco mais. Só quem viveu isso tem idéia do que é. **Viver uma gravidez sem esperança é acordar e dormir no desespero.** Eu não podia nem comprar uma roupinha. O berço da minha filha seria um caixão. Dois meses depois que enterrei minha filha, saiu no Diário Oficial que a Justiça arquivou meu caso por perda de objeto. **Não sei que Justiça é esta que esperou eu parir, enterrar o bebê, para dizer que não havia mais o que decidir.** Corri risco de morte. Passei por transfusões de sangue e sobrevivi para continuar cuidando da Maria Júlia. Amo Maria Júlia. Alegro-me com seus pequenos progressos. Choro com suas dores. O que quero dizer ao Supremo Tribunal Federal é que **nunca, enquanto eu viver, esquecerei do caixão com a filha que me obrigaram a enterrar. E o que quero respeitosamente pedir é que os Senhores Ministros pensem nisso quando forem decidir o destino de todas as mulheres deste País que tiveram a infelicidade de ter, dentro do seu útero, um feto condenado à morte.** Não escolhemos essa tragédia, mas gostaríamos de ter o direito de não prolongá-la (STF, 2008a, p. 44) (Grifos nossos).

O elemento patêmico fica evidente na voz de alguém, de carne e osso, que viveu as duas situações de gestação: uma má formação e uma anencefalia. Há uma aproximação, uma identificação com o outro, por compaixão, principalmente quando diz que “Viver uma gravidez sem esperança é acordar e dormir em desespero”, reforça também a noção de compaixão quando diz “nunca, enquanto viver, esquecerei do caixão com a filha que me obrigaram a enterrar”, a sensação de impotência e tristeza fica expressa nas palavras escritas; além disso questiona o que é justiça ao declarar “Não sei que Justiça é esta que, esperou eu parir, enterrar o bebê, para dizer que não havia mais o que decidir”, reforça a noção de justiça tardia, incapaz de satisfazer aos interesses sociais e que gera a injustiça e o sofrimento.

No mesmo sentido, o expositor representante da segunda instituição religiosa defendeu o “laicismo do Estado” e a liberdade de culto:

Em primeiro lugar, pontuamos que a Igreja Universal do Reino de Deus **compreende o laicismo do Estado, o respeita e o defende conforme determinado por nossa Carta Magna**, assim como a garantia da liberdade de culto. **Se fosse diferente, a promoção da justiça social ficaria comprometida** (STF, 2008a, p. 18).

É essa laicidade que se busca agregar, pois, apesar de todas as Constituições a partir da Primeira República não inserirem mais a fé religiosa, a interferência do cristianismo, influência no Direito exatamente por ser um dos pilares da construção social e das normas, sendo que o discurso religioso passa a ser reproduzido para todos os âmbitos sociais como regras de conduta.

Além disso, fez uma crítica a nossa sociedade “tradicionalmente machista” e afirmou que o aborto de anencéfalo diz respeito predominantemente à saúde e ao direito da mulher.

Deus dá a todo ser humano o livre arbítrio. Defendemos que, nesses casos, deva prevalecer o desejo da mulher que passa ou venha a passar por esse drama. São elas quem passam pelo habitual desconforto da gravidez, e, talvez, nenhum de nós consiga dimensionar os agravos de uma gravidez acometida por anencefalia e que, por força da lei, a mulher estaria ou está penalizada a carregar durante nove meses alguém que ela não terá a felicidade de ver crescer e de ter vida extra-uterina (STF, 2008a, p. 12).

Fundamenta-se na dogmática religiosa com o “livre arbítrio”, referindo-se expressamente à Deus. A expressão “livre arbítrio” não está na Bíblia, mas aparece em diversas passagens quando podemos ver que Deus dá o poder de escolha ao ser humano. O expositor traz um exemplo do Apóstolo Paulo, na Epístola de Romanos: “Um crê poder comer de tudo; outro, que é fraco, só come legumes. Quem come de tudo não despreze aquele que não come. Quem não come não julgue aquele que come, porque Deus o acolhe do mesmo modo” (STF, 2008a, p. 22). Pelo “livre arbítrio” tem-se a concepção de que a pessoa prestará conta de suas ações a Deus. Diz ainda, como pró-escolha, que ao descriminalizar esse tipo de aborto, não o torna obrigatório: “a descriminalização desse tipo de aborto não deveria esbarrar nas radicalizações conceituais ou religiosas” (STF, 2008a, p. 21).

No caso dos argumentos pró-escolha e de cunho científico, frisa-se a questão da morte certa, quando chegam a nascer, além do aumento de risco para a gestante na manutenção da gravidez:

Na grande maioria, sessenta e cinco por cento das estatísticas mostram que os anencéfalos morrem intra-útero, numa provável seleção natural. A natureza faz isso com más formações incompatíveis com a vida. **Mas alguns chegam a nascer, e a grande maioria morre poucas horas depois;** aqueles que duram mais tempo são absolutamente exceções (STF, 2008b, p. 08) (Grifo nosso)¹⁴⁶

¹⁴⁶ Dr. Roberto Luiz D’Ávila –Conselho Federal de Medicina.

A anencefalia é incompatível com a vida - isso explicamos para a mulher. **Ela é letal, multifatorial e decorre de defeitos de fechamento de tubo neural.** O feto também pode ter outras malformações associadas. Agora, **o problema é que o prosseguimento gestacional aumenta muito os riscos para as mulheres. Esses são dados da Organização Mundial da Saúde em um estudo feito em 2005, muito bem estruturado [...]** (STF, 2008b, p. 16) (Grifo nosso)¹⁴⁷.

Nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. **Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central [...]** (STF, 2008b, p.30) (Grifo nosso)¹⁴⁸.

Existem dois diagnósticos de certeza, Ministro Marco Aurélio, na ecografia obstétrica hoje. **Um é óbito fetal, o outro é anencefalia** (STF, 2008b, p. 71) (Grifo nosso).¹⁴⁹

Estudo feito em quarenta e um países em cinco continentes: **noventa por cento dos países desenvolvidos e vinte por cento daqueles em desenvolvimento permitiam a interrupção de gravidez em casos de anencefalia** (STF, 2018b, p. 96)¹⁵⁰.

Anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero. **Um feto com anencefalia não sobrevive ao parto, uma certeza médica e científica atestada pela Organização Mundial da Saúde.** No Brasil, atualmente, podemos assegurar o diagnóstico da anencefalia pela incorporação de tecnologias por imagem, como a ecografia, diferentemente de 1940, quando o Código Penal foi elaborado (STF, 2008c, p. 4) (Grifo nosso)¹⁵¹.

Em cada um desses, temos que a antecipação terapêutica do parto seria opção necessária para a sociedade, já que o feto não teria possibilidade de subsistência. Compreendemos que um discurso sobre as pessoas, sobre o interesse de todos seduzirá o auditório, o interlocutor, que o colocar em frente ao que revela a sua subjetividade de orador, a não ser que os dois se juntem. É isso o que vemos na exposição abaixo em que o orador/expositor¹⁵², representante do pró-escolha, diz no fragmento 02 sobre a posição médica da qual faz parte; no fragmento 03, trata da condição da mulher, que apesar de ter uma gestação anencefálica, ainda está no papel de mãe com seu filho (família - bens sociais e políticos), representando uma *doxa*, mas também representa a vida e a morte (bens físicos e bens do corpo) valores reconhecidos socialmente.

¹⁴⁷ Jorge Andalaf- Federação Brasileira de Ginecologia.

¹⁴⁸ Heverton Pettersen - Sociedade Brasileira de Medicina Fetal.

¹⁴⁹ Deputado Federal José Aristodemo Pinotti - Professor Titular da USP e da Unicamp - Membro da Academia Nacional de Medicina.

¹⁵⁰ Thomaz Gollop – médico SBPC – Blococientífico.

¹⁵¹ José Gomes Temporão – Ministro da Saúde.

¹⁵² O ministro relator define o expositor como: “[...] personifica o Conselho Federal de Medicina e possui currículo que o qualifica como expoente na área da própria Medicina. É Médico Cardiologista; Coordenador da Câmara sobre Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos; Conselheiro do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina e do Conselho Federal de Medicina; Ex-Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina; 1º Vice-Presidente do Conselho Federal de Medicina; Membro do Grupo de Trabalho do Ministério da Saúde sobre Morte Súbita; Mestre em Neurociências e Comportamento; Professor Adjunto da UFSC; Coordenador da Câmara Técnica de Informática em Saúde; doutorando em Medicina Bioética pela Universidade do Porto, Portugal.” (STF, 2008b, p. 01).

Entendemos que o conflito está em atender ao indivíduo ou ao coletivo, ou mobilizar a *doxa* nesse sentido. No fragmento 01, o expositor evidencia a crença religiosa (bens do mundo), que pode segregar, e a autonomia (bens físicos e bens do corpo), que deveria agregar. Já no fragmento 04, no qual expõe o sofrimento, o dever médico, e a autonomia (escolha da mulher), na situação específica como gestante, individualizando a conduta, busca alcançar redução da distância entre o auditório e a parte envolvida, causando a comoção, a compaixão pelo *pathos* e a adesão à tese: não se enquadra como possibilidade de aborto punível pelo Código Penal.

Hoje, a maioria dos médicos não consegue mais executar nenhum ato sem a anuência, sem a concordância, sem a participação dos pacientes. Oferecemos a eles sempre a possibilidade de decidir. E o novo Código Civil já diz isso: ninguém poderá ser submetido, contra a sua vontade, a nenhum tratamento do qual ele tenha sido esclarecido e que não tenha dado o seu consentimento. Hoje, na Medicina, trabalhamos com o consentimento pós-esclarecido e só assim podemos agir. No nosso Código, mesmo precisando de uma revisão, um dos deveres de conduta do médico é o de esclarecer o paciente sobre o diagnóstico, o prognóstico, a evolução da doença. É uma obrigação de conduta. **Não conseguimos fazer Medicina impondo a nossa vontade, ou a vontade pura da ciência, ou as nossas convicções religiosas que devem ser respeitadas também. Sempre que um médico encontra-se diante de um dilema, mesmo que permitido legalmente, ele poderá manifestar a sua objeção de consciência; se respeitamos a autonomia dos pacientes, também queremos ser respeitados em nossa autonomia.** [fragmento 01]. Qual é o grande problema, então, dessa questão em discussão nesta Casa? **Nós participamos, com os nossos pacientes da vida e da morte. Participamos de suas dores, dos seus sorrisos, de suas vitórias, de suas derrotas e de suas mazelas. E esse momento em que o prognóstico pré-natal é feito de uma grave de formação, uma grave anomalia incompatível com a vida - e eu não vou nem entrar nesse mérito, porque existem sociedades especializa das para aprofundarem o tema anatômico, morfológico dessa anomalia chamada anencefalia** [fragmento 02]. Quero me ater somente à grande dificuldade que os médicos têm ao estabelecerem uma relação médico/paciente, baseada na confiança, no respeito às pessoas e vice-versa, porque não há Medicina sem confiança, e não há confiança sem confiança -, **nesse momento em que nós falamos para o paciente que o seu bebê é um anencéfalo – podemos até falar tecnicamente com ele: é um anencéfalo, não tem a córtex -, não poderá jamais vir a ser o que todos nós esperamos, o que todos nós desejamos. Mesmo que falemos isso, sabemos, perfeitamente, que para aquela mãe é um filho, é um bebê.** [fragmento 03] **Compreendemos esse sofrimento e damos a eles a possibilidade de continuar a gravidez, se ela assim desejar - se respeitamos a autonomia, essa autonomia tem de ser respeitada no seu desejo de progredir a gravidez, por algum motivo, que não importa qual no momento - mas se ela diz: eu não posso carregar comigo esse bebê que não terá pensamento, não será pessoa humana como o Direito protege, no sentido de ter toda potencialidade, e por isso a sua atipicidade no enquadramento penal** [fragmento 04].

Compreendemos, assim que o valor da preservação dos bens físicos é uma norma moral e política, assim como os direitos do homem e a argumentação que se embasar nela conseguirá encontrar tal força de convicção que ninguém poderá se opor a tais argumentos por um longo tempo, como consequência poderá alcançar a modificação da *doxa* pela *endoxa* pela transformação do argumento científico para o conhecimento comum.

Nesse sentido, difícil estabelecer o que é razão e o que é paixão, pois “o *pathos* é precisamente a *razão* pela qual um indivíduo aceita ou recusa um argumento uma ideia, uma mensagem” (MEYER, 2014, p. 144). Há aqui uma lógica que rege do implícito ao implícito, e a lógica das paixões é antes uma lógica das consequências (fragmento 04), tanto das que queremos quanto das que não queremos e daquelas que ofuscamos mais ou menos intencionalmente (MEYER, 2014). Por isso, a argumentação se torna consequencialista ao abordar a decisão sobre qual posição adotar: permitir ou impedir a gestante de agir em conformidade com sua consciência, com a escolha sobre a manutenção ou não da gestação, após esclarecimento médico, ou mesmo das possibilidades científicas quanto ao desenvolvimento da medicina para conceder melhor qualidade de vida às pessoas com doenças sem cura, no caso da pesquisa com células-tronco.

Nessa AP, a moralidade e a ética são expressas como fundamentos, questionando-se os representantes do pólo pró-vida abertamente com argumentos científicos constituindo uma lógica pró-escolha:

Além de a anencefalia poder ser apenas parte do defeito de síndromes genéticas ou cromossômicas, eles morrem muito rápido, não dando tempo para a retirada dos órgãos, mas, mesmo que haja tempo, **esses órgãos já estão lesionados pela hipóxia. Manter a vida do anencéfalo artificialmente para a retirada dos órgãos é facilmente questionável eticamente** [...] (STF, 2008b, p. 61) (Grifo nosso)¹⁵³.

O conceito de morte anencefálica foi também construído na AP e pode ser observado nos trechos acima, um discurso pró-escolha. Mas quando se afirmou que uma criança com anencefalia, que está respirando, não está em morte encefálica, temos um discurso pró-vida. Nessa mesma exposição, o orador apresentou uma tese a respeito de um núcleo de consciência primitivo, o que impediria de se afirmar com certeza o grau de relação dessa criança com o mundo exterior. Contradizendo o expositor anterior, a respeito de uma consciência primitiva, mas estabelecendo uma consciência de ser humano, a expositora disse que:

A neurociência vem demonstrar, pelo seu conteúdo, que o anencéfalo tem substrato neural para desempenho de funções vitais e delegação com a consciência, o que contra-indica o aborto desse feto e a disponibilização do anencéfalo recém-nascido para transplante de órgãos (STF, 2008a, p. 29).

Outra expositora da mesma linha pró-vida utiliza-se, como argumento de autoridade, a teoria do Design inteligente, abordada no livro *A caixa preta de Darwin*: “A vida assim, como nós estamos falando, é um **bem** outorgado, é um **bem** indisponível. E isso não é a **religião** que está dizendo; é a **ciência**” (STF, 2008a, p. 30) (Grifos nossos). Ao responder

¹⁵³ Salmo Raskin - Sociedade Brasileira de Genética Médica – pró-vida

questionamento da mesa sobre a letalidade de 100% na anencefalia, respondeu “Concordo, sim, mas como coloquei: a vida do anencéfalo **sobrepõe** qualquer direito do ser já formado - no caso, a mãe. **A vida é um bem fundamental. A vida é um bem outorgado. É a ciência que nos diz**” (STF, 2008a, p.31) (Grifos nossos). Como percebemos, há necessidade de cientificar argumentos, mas o fundamento é oriundo do discurso religioso, pois quem outorga a vida? A resposta é do universo da *doxa*, do discurso religioso, do dogma, “Deus” implicitamente citado, o argumento aqui colabora com o que foi dito pelo Sgrecia (2007) e como o padre expositor da CNBB. A gestante é vista como objeto que carrega o feto, objetificação da mulher, já que a vida do feto se sobrepõe a qualquer direito, na posição pró-vida.

Na perspectiva de outro expositor, pró-vida, utiliza-se a Constituição Federal como argumento de autoridade no direito inviolável à vida, equipara a condição do anencéfalo com a convenção dos direitos das pessoas com deficiência. Assim, esse tipo de aborto seria eugênico e deve ser refutado como a eutanásia de idosos. Deve-se ressaltar que esse expositor apresentou um projeto que criminaliza o aborto em caso de estupro. Ao responder a indagação da mesa de que nenhum ente pode deixar de ser respeitado faz referência aos seres humanos ou a todos seres vivos, ele compara com o ovo de tartaruga que é protegido, assim argumenta que alguém pode ser preso pela destruição de um ovo de tartaruga porque ela sofre risco de extinção, e pede coerência quanto ao “respeito ao direito à vida de um ser humano, que, é claro, muito mais complexo e muito mais importante do que uma tartaruga por mais respeitável que ela seja” (STF, 2008b, p.30).

Na mesma sessão, outra expositora expôs a partir da variabilidade da anencefalia. Citou dados estatísticos de sobrevivência: 1% de 3 meses ou mais. Referindo-se ao caso da menina Marcela de Jesus, reputada como anencéfalo que sobreviveu por um ano e oito meses. Como articulação disse que se o diagnóstico de anencefalia de Marcela é questionável, muito mais difícil será um diagnóstico dentro do útero. Considera o anencéfalo um deficiente, para promover o discurso pró-vida. Informações distorcidas levariam gestantes a optar pelo aborto e pronuncia-se a respeito da igualdade perante a lei prevista pela Constituição, posicionando-se como pró-vida:

A partir do momento em que começamos a abrir brechas, a dizer que uma vida, porque fragilizada, não merece ser vivida, não tem o direito de ser vivida, nós entramos em um campo ético, de uma ética de oportunismo, de uma ética utilitarista, em lugar da ética da **dignidade humana**, a que embasa a nossa Constituição (STF, 2008b, p.50).

Em outra sessão, a expoente¹⁵⁴ considera o anencéfalo uma vida humana mesmo sob ameaça e usa como argumento de autoridade o juramento hipocrático de alto respeito pela vida humana. Ela identifica o feto com a mãe, não as distinguindo enquanto sujeito, utilizando para isso a expressão de “unidade feto-placentária” para designar o processo gestacional:

O acolhimento proposto pelo Sistema de Saúde tem de ser seguido por uma opção de acolhida, de fato, do nascituro, acolhida, de fato, da mãe doente, porque a **unidade feto-placentária** - que é única e tem um componente doente - tem de ser respeitada, e essa criança, se tiver uma afecção muito permanente, vai morrer no momento do parto (STF, 2008c, p. 26).

Esse fundamento argumentativo do englobamento da gestante pelo feto é utilizado como tópico comum no discurso pró-vida, e reforça a noção de objetificação da mulher.

No mesmo dia, o expositor¹⁵⁵ criticou o uso do termo antecipação de parto em vez de aborto e afirmou que esse tipo de gestação não causa mais risco que uma gestação gemelar, “A ciência técnica deve se colocar sempre a favor da vida e do bem-estar do ser humano no seu direito inquestionável de nascer e existir, princípio solenemente consagrado em todos os atos médicos” (STF, 2008c, p. 55). Compara a situação do anencéfalo com a de pessoas em estado vegetativo.

Na última Sessão, a expoente¹⁵⁶ faz os seguintes questionamentos, usando a figura da questão retórica:

o que importa na discussão da liberação do aborto em gestação de anencéfalos? Quem está importando: o feto ou a mulher? O feto - disso nós já temos certeza. Sinceramente, nós temos que ser cientistas. Já foi provado, por diversos apresentadores, mas especialmente pela Dr^a Cyntia, na última vez, que dentro do útero não é possível detectar, não é possível determinar a morte encefálica. **Quem fala isso está passando por cima de critérios científicos** (STF, 2008d, p. 1) (Grifos nossos).

O argumento tem a função de descaracteriza o discurso pró-escolha como foi feito também em outros contrapontos. Nessa exposição, considera que o aborto prejudica mais a mãe do que a continuidade da gestação de anencéfalo. Apresenta o vídeo de dois depoimentos de gestantes de anencéfalos que resolveram levar a termo o nascimento (inclusive da “mãe de Marcela”) e uma que fez o aborto e tem problemas emocionais. A expositora responsabiliza o Estado por dar oportunidade à mulher de pensar que pode fazer aborto diante de uma gestação indesejada.

¹⁵⁴Integrante da comissão de bioética da CNBB, embora não tenha declarado.

¹⁵⁵É um dos autores do livro “Vida: o primeiro direito da cidadania” que fundamentou os argumentos do Procurador Geral da República na petição para a ADI n° 3.510.

¹⁵⁶Especialista em Ginecologia e Obstetrícia, professora adjunta, Diretora do Centro Interdisciplinar de estudos Bioéticos do Hospital São Francisco.

A divergência entre os expositores, considerados de natureza religiosa, declarada ou não, além dos expositores cientistas e representantes da sociedade civil, está na defesa da autodeterminação da mulher para escolher continuar a gravidez contra os demais que defendem a vida fetal, como sagrada, associada à defesa do direito desse feto à vida, inserindo nele a humanidade plena, que atribui ao feto os valores do indivíduo, em particular o da autonomia. A mulher, gestante, é objeto, meio de subsistência do feto, englobada pelo feto com quem é “unidade feto-placentária” doente. A vida é um bem outorgado por Deus como noção metafísica da vida e tal argumento foi inserido na argumentação científica do discurso pró-vida. Ambos os lados utilizam a dignidade humana como fundamento, mas construindo perspectivas diferentes quanto ao sujeito: à mulher e seu sofrimento e ao feto anencefálico e seu direito à vida. Nesse sentido, temos, como princípio da dignidade humana e no direito de escolha ser individual, da esfera íntima, fundado no grupo pró-escolha:

Reconhecemos o direito de escolha como um ato de proteção e solidariedade à dor e ao sofrimento das mulheres que vivenciam uma gravidez de feto anencefalo, anomalia incompatível com a vida em cem por cento dos casos. O direito de escolha é uma questão de ética privada, não cabendo ao Estado à interferência em questões relacionadas a decisões sobre a saúde, quando essa é colocada em risco, e à intimidade, devendo, no entanto, respeitar a diversidade e garantir princípios fundamentais da nossa Constituição (STF, 2008c, p. 97)¹⁵⁷.

A legislação apresenta um ponto a ser revisto: “A obrigatoriedade de manter a gravidez de um feto anencefalo é uma situação limítrofe de vulnerabilidade que a atual legislação sobre a proibição na interrupção de feto anencefalo impõe às mulheres.” As mães de feto anencefalo têm direito à informação: “Segundo, as mulheres grávidas de feto anencefalo têm o direito de receber todas as informações disponíveis para que possam decidir se querem, ou não, levar essa gravidez a termo (STF, 2008d, p. 24)¹⁵⁸.”

As mulheres são sujeitos de direito: “O nosso princípio de trabalho é que, em quaisquer circunstâncias, as mulheres sejam vistas como sujeitos de direito e, portanto, respeitadas como tal” (STF, 2008d, p. 37)¹⁵⁹.

Em muitos casos, o que ocorre é uma luta desesperada contra o tempo dos tribunais e da natureza para que o feto não atinja o peso de quinhentos gramas ou de vinte semanas de gestação, para evitar o sofrimento adicional do enterro. Um feto com mais de quinhentos gramas necessita ser enterrado e ter atestado de óbito. Essa é uma das experiências mais dilacerantes para as mulheres, pois quase todas, assim como Severina, não poderão acompanhar o enterro (STF, 2008b, p. 105)¹⁶⁰.

Todas elas diferenciam o que é evitável do que é inevitável. O que é tragédia do que é tortura. De um lado, o inevitável da tragédia e, de outro, o sofrimento desnecessário e evitável da continuidade da gravidez com diagnóstico de morte fetal cerebral. Quiseram a supressão da situação torturante (STF, 2008c, p. 49)¹⁶¹.

¹⁵⁷ Jacqueline Pitanguy – socióloga e cientista- CNDM - Bloco da Sociedade Civil.

¹⁵⁸ Eleonora Menecuci de Oliveira– CONECTAS.

¹⁵⁹ Nilcéa Freire - Secretária Especial de Políticas para as Mulheres e também 2ª representante da CNDM.

¹⁶⁰ Débora Diniz, antropóloga –ANIS.

¹⁶¹ Lia Zanotta Machado - Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Bloco da Sociedade Civil.

A polarização entre pró-vida e pró-escolha foi eficaz para compreendermos as *doxa* envolvidas e verificarmos que o discurso religioso permeia as exposições dos pró-vida, mesmo de cunho científico.

4.3 O discurso religioso no discurso jurídico

A religiosidade já foi amalgama do Direito, principalmente, no Direito arcaico ou antigo, principalmente por não ter determinações escritas e as regras de regulamentação serem conservadas pela tradição, tornando-se abstratas, o que limitava a sua interpretação (CASTRO, 2007). Esse era manifestado pelas repetições de fórmulas, por atos simbólicos, palavras sagradas, gestos solenes, e era pela força dos rituais e não pelo seu conteúdo que o Direito se fixava. O discurso religioso fundamentava-se em gestos, atos e palavras, que significam, dentro de cada cultura, valores éticos-morais-jurídicos, cujos limites era impossível de ser verificado.

As manifestações mais antigas do Direito – as sanções – estavam ligadas às sanções rituais, que utilizavam uma linguagem expressiva e assumiam um caráter tanto repressivo quanto restritivo, na medida em que era aplicado um castigo ao responsável do dano, mas também uma reparação à pessoa injuriada. Portanto, os efeitos jurídicos eram determinados por atos e procedimentos, que, envolvidos pela magia e pela solenidade das palavras, transformavam-se num jogo constante de ritualismo (CASTRO, 2007).

Cada organização social possuía um Direito único, através de expressões específicas da linguagem nas suas diversas modalidades, não se confundindo com outra forma de organização, já que era relativamente diversificada. Isso porque a separação no tempo e no espaço fez com que se produzissem mais dessemelhanças que semelhanças entre os grupos.

Observamos que o Direito antigo não nasce de uma pessoa, mas nasceu espontaneamente e inteiramente de princípios. Esses eram oficialmente construídos por instituições jurídicas, sendo uma das mais antigas e até hoje conhecida, ainda que de forma diferenciada, a família, derivando então “das crenças religiosas universalmente admitidas na idade primitiva desses povos e exercendo domínio sobre as inteligências e vontades” (COULAGES, 1975, p. 68).

O Direito arcaico parecia não estabelecer diferença entre prescrições civis, religiosas e morais. Nesse período era um Direito ritualístico, posteriormente, modificou-se essa perspectiva com a difusão da técnica da escrita, somadas à compilação de costumes

tradicionais (CASTRO, 2007). O costume passa a aparecer como expressão da legalidade, de forma lenta e espontânea, instrumentalizada pela repetição dos atos, usos e práticas. Por ser objeto de veneração e respeito e assegurado por sanções sobrenaturais, dificilmente o homem primitivo questionava sua validade e aplicação, desse fato, assegurava-se a legitimidade de sua aplicabilidade.

Nessas sociedades, havia uma identidade forte e a retórica procede dessa mesma identidade. Isso porque as questões são pouco problemáticas e as respostas, convenientes, visando reforçar completamente a identidade do grupo e de cada um dentro do grupo. Há de fato o *ethos*, o *pathos* e o *logos*, mas não há lugar ainda ao diferente (MEYER, 2010). Podemos dizer que a gregriedade social se dá pela identidade e não pela diferença. O mediador, quando há necessidade de intervir, destina, por determinados ritos religiosos, a importar a diferença divina dentro da identidade comunitária que é assegurada. A religião é cosmológica, e a retórica mediadora das diferenças no seio da tribo (MEYER, 2010, p. 216).

Na antiguidade clássica, o sagrado permanecia no Direito. Segundo Ferraz Junior (2007, p. 56), em Roma “o direito, forma cultural sagrada, era o exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar”. É nessa época que surge a jurisprudência como forma de qualificação da prudência. Porém, somente quando a jurisprudência deixou de ser praticada por leigos e passou a ser exercida por juízes profissionais é que se torna possível construir um conjunto teórico capaz de preencher os claros que existiam nas fórmulas e esquemas de ação até então existentes¹⁶². Tal fato ocorre com o *Concilium* Imperial e seus jurisconsultos, no Império, cuja influência se manifesta pela forma dos *responsa*¹⁶³. Essa forma é o início de uma teoria jurídica entre os romanos, o que inicialmente é feito por argumento de autoridade, ou seja, argumentava-se pouco. Então, não há desenvolvimento lógico de premissas e conclusões, limitando-se a apoiar suas decisões no fato de já terem sido firmadas por personalidades de reconhecido mérito na sociedade romana (FERRAZ JUNIOR, 2007). O poder da autoridade, nesse momento, é aderente à competência, como prevê Charaudeau (2016), ao afirmar que não é só um saber, e sim um saber-fazer na realização e na execução de tarefas tanto manuais quanto intelectuais. Nesse sentido, podemos ter a competência de saber-fazer sem conhecimentos, como em alguns domínios de atividade,

¹⁶²Segundo Ferraz Junior (2007), o direito até então não apresentava proposições jurídicas materiais, por exemplo, o edito do pretor consistia em esquemas de ação para determinados fatos-típicos e em formulas para condução de processos, assim, pode-se dizer que não apenas faltavam certas regras para preenchimento das lacunas como também as formulas eram apenas molduras que deveriam ser preenchidas pelas questões práticas apresentadas.

¹⁶³Essas mais tarde apareceram “[...] em uma forma escrita, em termos de uma informação sobre determinadas questões jurídicas levadas aos juristas por uma das partes, apresentadas no caso de um conflito diante de um tribunal” (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 50).

tais como o esporte, os trabalhos manuais e artesanais, mesmo que a autoridade venha de uma combinação de entre saber e saber-fazer. Este pode também ser reforçado pela experiência da pessoa, um saber-fazer adquirido pela prática. A autoridade também ocorre em função da pessoa pelo seu saber como conhecimento e domínio de atividade na qual exerce sua atividade intelectual em acumular conhecimento, elaborar conceitos e dominar a palavra daquele contexto.

Com o advento do cristianismo, ocorreu uma distinção essencial entre a esfera política e a religião em si, pois nessa época o homem passou a ser um animal social e não mais um animal político como se determinava na *polis* grega. A sociabilidade diferia da gregariedade animal devido a um novo conceito que surge: dignidade humana, que será retomado em nosso discurso atual, mas com valores diferentes. Segundo esse conceito, o homem, ao ser a imagem e semelhança de Deus, era livre e possuía o livre arbítrio; porém, para ter a salvação, seu destino deveria obedecer à Ordem Divina que se estabelecia pela lei, como expressão máxima (FERRAZ JUNIOR, 2007).

Aqui, o Direito não perdeu seu caráter sagrado, mas diferia do que pensavam os romanos quanto à sacralidade, que, para eles, era imanente, ou seja, com caráter mítico da fundação, que referencia aos antepassados e aos costumes advindos dali.

Os saberes prudenciais da Idade Média deviam conhecer e interpretar a ordem de maneira peculiar, já que esses eram saberes distintos, ainda que houvesse certa subordinação; ao passo que, para os romanos, o Direito era um saber das coisas divinas e humanas.

Assim, a religião ficou lado a lado com o governo, mas de forma a controlar o poder do governante e exercer o seu poder, o que se perpetuará pelo Direito canônico, interferindo nas legislações dos países cristãos, inclusive no nosso Direito oriundo do Direito europeu, mais especificamente do Direito português, quando as normas aplicáveis no Brasil eram provenientes de Portugal, Estado católico, cuja religião veio como um dos amálgamas do nosso Direito brasileiro. Como exemplo do afirmado, observamos que a Constituição de 1824 trouxe a fé católica como religião oficial. A Constituição Imperial instituiu um Estado confessional com vínculos jurídicos entre o Poder Político e uma Religião. Somente houve mudança significativa quanto às questões religiosas pelo Estado com a Proclamação da República, pois os republicanos queriam separar a ligação oficial do Estado com a Igreja Católica, o que levou ao Decreto nº 119-A, de 07/01/1890, de autoria de Ruy Barbosa, o qual instituiu o Estado laico, transformando a relação entre Religião e Estado. A determinação de Estado laico é Estado leigo, secular em oposição a Estado eclesiástico (MICHAELIS, n.d). Lafer (2009, p. 226) define laico como “tanto o que é independente de qualquer confissão

religiosa quanto o relativo ao mundo da vida civil”. Assim, “em um Estado laico, **as normas religiosas das diversas confissões são conselhos dirigidos aos seus fiéis e não comandos para toda a sociedade**” (LAFER, 2009, p. 228) (Grifo nosso).

A laicidade é de suma importância para compreendermos o enfoque da nossa pesquisa, uma vez que iniciamos discutindo a questão da vida e de qual vida haveria a necessidade de proteção, ou seja, deveria ser protegida, mas, por ora, chegamos a questão de direitos de liberdade da mulher que envolve o direito à autonomia procriadora, como decorrência mais elementar daquele direito. Para Lafer (2009, p. 226),

Uma primeira dimensão da laicidade é de ordem filosófico-metodológica, com suas implicações para a convivência coletiva. Nesta dimensão, **o espírito laico, que caracteriza a modernidade, é um modo de pensar que confia o destino da esfera secular dos homens à razão crítica e ao debate, e não aos impulsos da fé e às asserções de verdades reveladas**. Isto não significa desconsiderar o valor e a relevância de uma fé autêntica, mas **atribui à livre consciência do indivíduo a adesão, ou não, a uma religião. O modo de pensar laico está na raiz do princípio da tolerância, base da liberdade de crença e da liberdade de opinião e de pensamento** (Grifo nosso).

Um dos exemplos que podemos citar para demonstrar tal fato é a evolução, regulamentação e instituição do divórcio, porque o tema é diretamente ligado com a questão religiosa e os dogmas, porque “A história do divórcio no Brasil traduz uma árdua e calorosa batalha legislativa e social, decorrente de longa e histórica tradição antivorcista, sustentada basicamente pela Igreja, que erige o casamento em sacramento” (VENOSA, 2007, p. 187).

Resquício do discurso religioso está no Preâmbulo da Constituição de 1988 ao trazer os dizeres “sob a proteção de Deus”, há uma grande discussão quanto a essa menção, pois alguns doutrinadores defendem que os dizeres iriam de encontro com a Liberdade Religiosa. Contudo, Mendes e Branco (2016, p. 28) dizem que há uma

crença generalizada, de resto assumida igualmente pela jurisprudência pátria, de que esse texto inaugural não faz parte da Constituição, carecendo, portanto, de força normativa, muito embora lhe sirva de fórmula política e de vetor interpretativo, na medida em que transmite a mensagem *urbi et orbi* do legislador constituinte, revelando a origem do seu mandato jurídico-político e aquilo a que ele está obrigado para bem e fielmente exercer os poderes que, nessa procuração, lhe outorga o povo — como detentor *inicial, autônomo e incondicionado* da soberania nacional —, em momentos singularmente críticos da sua história.

Percebemos que o social atravessa o Direito; ainda que não seja recepcionado diretamente como interveniente do sistema, a expressão está lá. Então, o Direito é influenciado diretamente pelo discurso religioso e os valores que ele professa. O Código Penal não é exceção. Observando-se o período de sua instituição (1942), compreendemos

valores nele inseridos que constroem a *doxa* da época na imposição do aborto como comportamento típico, ou seja, enquadrado na norma legal, situação propagada culturalmente no universo jurídico internacional também, como se demonstrará no próximo tópico.

4.4 Um rápido olhar sobre direito da mulher na história

A primeira observação que faço é que o útero é o primeiro berço de todo ser humano. Se alguém entrar numa maternidade há de ver o mesmo que veria ao se introduzir numa mansarda, a mais pobre, que setenta construir o berço como se fosse modelar de novo aquele primeiro ambiente de todo ser humano. **Quando o berço se transforma num pequeno esquife, a vida se entorta**, porque a mulher que teria que estar carregando aquele pequeno berço, para preservar aquela vida com todo cuidado, se vê às voltas com algo com o qual ele tem que lidar de uma forma muito solitárias, às vezes, e sempre com o que era o imponderável da vida: a possibilidade de morte antes mesmo da vida. **Talvez esse seja o dado que mais toca a dignidade do ser humano. Até quando eu falava que a dignidade do ser humano vai além da dignidade da pessoa não estava cogitando, nem imponho para efeito de decidir neste caso, de votar neste caso; estamos falando de um ser, mas, na verdade, estamos falando de uma relação entre seres: da mãe, que tem que lidar com isso, e daquele feto anencéfalo** (STF, Ministra Cármen Lúcia, 2012a, p. 173) (Grifo nosso).

Vamos perceber que a *doxa* do discurso pró-vida, a qual busca se afirmar como valor jurídico e social nas APs pelo discurso científico, encontra suas bases no processo histórico de nossa sociedade e das interferências do mundo, por isso um percurso histórico, ainda que simplório é importante para compreendermos a necessidade da *endoxa* ser movimentada com o interesse de modificar a *doxa*, valores arraigados a longo prazo em nossa sociedade.

Em 1942, Getúlio Vargas decretou estado de guerra, suspendeu os poucos direitos fundamentais que restavam¹⁶⁴, tais como a inviolabilidade de domicílio, a exigibilidade de mandado judicial para prender cidadãos, e, claro, o direito a *habeas corpus*. Sobre isso, Zapater (2016, n.d.) diz que

neste cenário de ilegalidade e de total privação das liberdades civis que o Código Penal de 1942, inspirado no Código Penal da Itália fascista de 1930, foi produzido e posto em vigor, e assim permanece até hoje, ressalvadas alterações pontuais e uma grande reforma na sua Parte Geral no ano de 1984 (vale lembrar, no final da ditadura militar).

A proibição do aborto ocorria por várias justificativas, no mundo todo, assim, nos anos 1940, afirmava-se que o “*coitus interruptus* defrauda a natureza, exaltando o egoísmo sexual, e o Estado, na medida em que subtrai milhares de cidadãos à nação” (ZAPATER, 2016, n.d.),

¹⁶⁴Através do Decreto n°10.358/1942.

e ainda que “O aborto era um ‘crime contra a integridade e saúde da estirpe’, como afirmavam os fascistas” (ZAPATER, 2016, n.d.). Outro argumento na França de 1942, “o aborto era uma ameaça ‘à segurança interna e externa do Estado’, pois produzia ‘danos ao povo’” (ZAPATER, 2016, n.d.).¹⁶⁵ Ressaltamos que a “legislação nazista admitia o aborto, **mas não para assegurar direitos às mulheres**: o seu objetivo era o aperfeiçoamento da raça; **era preciso impedir que as mulheres de raça inferior tivessem filhos**; e o aborto, por isso, era incentivado nos territórios ocupados” (ZAPATER, 2016, n.d.) (Grifo nosso). Os direitos da mulher só serão utilizados como argumento pró-escolha algum tempo depois.

Historicamente, o direito do homem se constitui como o determinante nos interesses sociais:

o aborto era moralmente aceito e juridicamente lícito, mas havia um limite: a tutela do interesse masculino, pois o aborto podia contrariar a expectativa do pai, do marido ou do patrão: os gregos não fizeram leis punitivas para o aborto, mas a sua prática exigia a autorização do marido ou patrão, para que não se negasse ao homem a sua descendência; e, em Roma, no século V, a mãe podia ser repudiada pelo marido por **subtração de prole** (TORRES, 2012, p. 40) (Grifo pertence ao original).

O direito do homem fica bem demarcado pelo patriarcalismo, inclusive pela formação social da época em que o desenvolvimento das atividades públicas cabia ao homem. Nessa época, havia uma dualidade entre homem e mulher, respectivamente designado como positivo e negativo. À mulher cabia apenas transmitir a nacionalidade grega, pois, para ser cidadão, era necessário que nascesse de mulher grega, posteriormente, inseriu-se que o pai também deveria ser grego.

No Renascimento, quando se admitiu a “contribuição do sangue menstrual para a concepção”, a noção da força ativa do esperma prevalece sobre a construção simbólica, funcional e social do corpo da mulher através do controle da gestação e do aborto (TORRES, 2012). Nesse ponto, já na segunda metade do século XVIII, embora o meio social e as instituições não se interessassem pelo que ocorria no corpo feminino entre a concepção e o nascimento, o aborto não era livre, sendo reprovado para preservar os interesses masculinos em face do comportamento considerado devasso das mulheres (*doxa* dominante). Assim, somente era admitido no espaço privado da pobreza, no âmbito da prostituição, ou no âmbito das relações ilícitas ou criminosas, como no adultério, no concubinato e no estupro, “praticados para violar interesses econômicos ou como vingança contra o marido, para privá-lo de sua descendência” (TORRES, 2012, p. 40).

¹⁶⁵Para Zaparte (2016, n.d.), as afirmações normativas apresentadas tinham componentes ideológicos tais como “o crescimento demográfico como condição de desenvolvimento econômico nacional; e o comportamento imperialista para o qual esse aumento é importante na óptica da conquista colonial e do alargamento territorial”.

A *doxa* dominante, marcada por um discurso patriarcal, sempre culpabiliza a mulher e a coloca não como protagonista do fato, mas apenas coadjuvante do fato de procriar, como o discurso pró-vida busca inserir a gestação. A ideia do devasso nas mulheres impulsiona uma forma de controle do corpo da mulher para que preserve interesses do homem. O que percebemos é que espaço do homem continua sendo marcando em detrimento da mulher, que continua sendo silenciado no processo de construção simbólica.

As conquistas científicas ocorridas durante os séculos XVII e XVIII lançaram novas bases sobre essa reflexão. O feto passou a ser considerado como uma entidade autônoma e as afirmações teológicas tiveram eco na legislação civil e penal. Apesar do feto não ser considerado pessoa no Brasil desde a primeira norma civil, ele tem os seus interesses resguardados desde a sua concepção. Segundo Torres (2012, p. 40),

No século XIX, tutelar o feto era uma decisão de Estado, por razões eminentemente político-ideológicas: a esperança de um futuro cidadão deveria ser preservada, pois “o aborto não lesa a pessoa do nascituro, mas o direito da sociedade ao processo de formação da vida”.¹⁶⁶.

A questão estatal fica bem clara quando há a criminalização do aborto, já que o Direito Penal, como sua função, deveria ser a *ultima ratio* (última razão) para cuidar das questões que a sociedade consideraria muito grave.

Em pleno Século XXI, temos o sacerdote funcionando como mediador na AP da ADPF n° 54, baseando seus argumentos em valores religiosos, em dogmas, representante da vida como vida social e não um apêndice de uma mulher que poderia escolher dar à luz ou não, mesmo que de um feto sem possibilidade de subsistência. Outro mediador que percebemos é o especialista, que mesmo defendendo uma teoria científica a coloca em favor de sua perspectiva religiosa ainda que o faça de forma implícita, oculta.

As modificações surgem aos poucos e essas demoram para combater os valores dominante, para desqualificar a legitimação de uma classe sobre a outra. Assim, a partir de 1960, com o fortalecimento do feminismo e da noção do Estado laico – já há muito instituída, mas cujos valores ainda se reproduzem nas normatizações, como já demonstrado –, alguns estados passaram a retirar os dogmas religiosos do Direito. Na Itália, dois referendos, um sobre o divórcio (1974) e outro sobre o aborto (1981), garantiram a prevalência das escolhas individuais em matéria de foro íntimo e sexual, reconhecendo-se o direito das mulheres à

¹⁶⁶ A exceção ao que ora é dito se deu na Rússia bolchevique, quando o aborto foi liberado em 1920, sendo posteriormente proibido no stalinismo, por causa do elevado número de infanticídios, uxoricídios e abortos. Outra exceção ocorreu na República Espanhola, em 1936, com Frederica Moseny legalizando o aborto, prevalecendo apenas 04 anos, pois no regime franquista, o aborto voltou a ser criminoso (TORRES, 2012, p. 40).

autodeterminação, quanto ao próprio corpo. Na Inglaterra, em 1967, foi aprovado o *Abortion Act*. Na França, o fato ocorreu em 1971, através de um manifesto elaborado pelas mulheres que admitiram terem praticado aborto, o que influenciou na aprovação da Lei *Veil*, em 1975, legalizando a interrupção voluntária da gestação. Da mesma forma, um manifesto realizado em 1971 na Alemanha ocasionou a legalização do aborto nos primeiros três meses de gestação ainda em 1974 (TORRES, 2012).

Nos EUA, as modificações foram acontecendo por cada Estado-parte. Por isso, em 1965, Colorado e Califórnia legalizaram o aborto em alguns casos; e, em 1970, Nova Iorque admitiu o aborto com menos de 24 semanas. É evidente que tudo isso ocorreu após inúmeras movimentações sociais pró e contra aborto; mas, apenas em 1973, no emblemático caso “*Roe versus Wade*”, a Corte Americana, semelhante ao *status* institucional do STF no Brasil, decidiu que o Estado pode proibir o aborto apenas depois da 24ª semana, quando o feto atinge a viabilidade. Em contrapartida, reconheceu o direito da mulher de escolher interromper ou não a gravidez, como um direito integrador da *privacy* (liberdade pessoal)¹⁶⁷. Na ADI nº 3.510, o ministro Marco Aurélio, relator da ADPF nº 54, utilizou-se desse precedente para fundamentar seu voto:

Houvesse a necessidade de abordar tema que não está em pauta – o aborto –, poder-se-ia citar a possibilidade de sobrevivência do feto -inconfundível com o embrião- sob o ângulo científico. Nessa perspectiva, a Suprema Corte americana, no controverso caso *Roe versus Wade*, decidido em 1973, estabeleceu que a viabilidade se dá a partir de vinte e oito semanas, podendo ocorrer até com vinte e quatro semanas. **Em síntese, para efeito de proteção da vida em potencial, a Suprema Corte americana assentou que o ponto revelador de interesse obrigatório a ser protegido surge com a capacidade do feto de sobreviver fora do útero.** Considerou, sim, a presença do interesse em garantir a saúde materna antes desse período, autorizando a realização do aborto apenas nos três primeiros meses de gravidez, pois, a partir desse momento, intervenção faz-se mais perigosa que o próprio parto. **Vale frisar que esse precedente tornou irrelevante a discussão, na América, sobre a constitucionalidade da pesquisa em células-tronco em face de suposta transgressão ao direito à vida, havendo tão-somente questionamentos sobre o financiamento público federal em tal campo** (STF, 2012, p. 06) (Grifos nosso).

No voto, evidencia-se que o STF estava abordando tal fato, tendo em vista que não havia ainda enfrentado a questão da proteção da vida em potencial, como no caso emblemático americano, a respeito do aborto. Na decisão americana, afirmou-se que o feto não é pessoa em termos constitucionais, que existe o direito fundamental ao controle pessoal da capacidade de procriação e que a lei não pode impor a ninguém o sacrifício de si próprio

¹⁶⁷ Direito garantido pela 14ª Emenda da Constituição Americana.

por outra pessoa¹⁶⁸. Mesmo existindo uma forte oposição a esta decisão, prevaleceu a ideia de que os direitos devem ser examinados sob a ótica dos direitos fundamentais e o aborto foi proclamado como uma prática constitucional (TORRES, 2012). Situação semelhante foi afirmada pelo STF tanto na ADI n° 3.510 como na ADPF n° 54. Com certeza, o argumento do relator da ADPF n° 54 incentivou a propositura da ADPF n° 442 tanto quanto a decisão no HC n° 124.306.

Em 1978, a Itália aprovou a Lei n° 194 que permite o aborto nos primeiros 90 dias após a concepção para proteger a saúde da mulher (equilíbrio existencial: condições econômicas, sociais e familiares; e previsões de anomalia ou malformação do nascituro), mas permitindo, também, a objeção de consciência e exigindo aconselhamento médico prévio. Nesse caso em específico, a Lei conseguiu desagradar a todas as partes, pois contrariou a Igreja, por permitir uma decisão arbitrária da mulher, e também ao feminismo, pois impediu o princípio da autodeterminação e manteve a criminalização (TORRES, 2012).

Retomando ao ADPF n° 442, que surge agora em nosso momento histórico, recuperando os eventos discutidos na ADPF n° 54, ADI n° 3510 e ADI n° 5.581, mas, principalmente, na decisão proferida nos autos do HC n° 124.306, quando o Ministro Marco Aurélio, assim votou:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida [*fragmento 01*]. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir [*fragmento 02*] (STF, 2016, p. 09).

Percebemos os valores propagados no precedente americano citado, fundamentando a decisão do HC n° 124.306, pois são substrato da decisão. Desta forma, a determinação de que a criminalização do aborto seria incompatível com diversos direitos fundamentais é o que prevê o fragmento 01.

¹⁶⁸ Apesar dos avanços narrados, nos anos 1980, várias tentativas, algumas com êxito, buscaram impedir o avanço das ondas da legalização do aborto, como na Bélgica (1990), quando o rei recusou-se a ratificar a lei que liberava o aborto; na Polônia (1994), quando houve a recusa de se assinar a lei que liberalizava largamente o aborto; na Irlanda reconheceu-se o direito à vida a partir da concepção, permitindo a desobediência civil quanto às normas sobre aborto. Na Polônia, políticos, tribunais e Igreja Católica, sob a diretriz do Papa João Paulo II, impulsionou a alteração de uma das leis mais liberais da Europa para uma das mais restritivas, boicotando um movimento cívico com mais de um milhão e setecentas mil assinaturas, que solicitava a realização de um referendo (TORRES, 2012).

Assim, compreendemos no trecho acima um estímulo para a construção de um poder simbólico pela enunciação de fazer ver e fazer crer, de transformar a visão do mundo, e, conseqüentemente, a ação sobre o mundo, conforme prevê Bourdieu (2011), pois é a crença na competência das palavras que mantém a ordem ou submete-a pela palavra e poder. Todo o processo argumentativo se desenvolve apresentando fundamento para representar o poder simbólico na relação específica que ocorre entre os que “podem” exercer o poder e os que a ele estão sujeitos (BOURDIEU, 2011).

Nesse sentido, busca-se fazer crer que há necessidade de se respeitar o sujeito e suas escolhas. Isso ocorre no fragmento 02, pois, as intervenções do discurso religioso nas ações estatais sempre ocorreram no nosso Direito, desde a primeira Constituição, atribuindo valor concreto, particular, como se abstrato fosse.

4.5 A Reconstrução de direitos fundamentais da mulher: marco CRFB/88

Procurar explicar, no Brasil, o fenômeno da evolução dos direitos da mulher da mesma maneira como ele é explicado na Europa será incidir em grave engano e esquecer, entre outras coisas a grande diferença de estágio cultural entre o Brasil e os países europeus. Exame crítico da realidade sócio-jurídica brasileira mostra que, ainda hoje, não superamos um verdadeiro “colonialismo cultural” (PIMENTEL, 1978, p. 13).

A Constituição de 1988 alçou os direitos da mulher a direitos fundamentais com a inclusão deles no rol de direitos fundamentais principalmente ao inserir os princípios da cidadania e da dignidade humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, quando a Constituição de 1988 descarta todo tipo de preconceito ou discriminação. Como se isso não bastasse, declara ser um dos objetivos fundamentais do país promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, determina que a lei puna toda discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais.

O artigo 5º, inciso II da CRFB/88, preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Esse preceito estabelece a liberdade do sujeito de se autogerir e governar na sua vida íntima, na esfera privada, desde que não haja normatividade proibindo. Verificamos que só recentemente, principalmente a partir da década de 1990, com as Conferências do Cairo em 1994 e de Beijing em 1995, que os direitos sexuais e reprodutivos passaram a ser considerados como integrantes do rol dos direitos humanos; isso sob a perspectiva internacional.

Pensando nas questões reprodutivas, embora não haja consenso em relação ao tema, percebemos com clareza os dois polos formados; ora é visto como assunto social, mas com interferência do patriarcalismo, e, agora mais na modernidade, é visto como questão do direito da mulher, de igualdade e de isonomia. No primeiro caso, sempre há o discurso religiosos envolvendo a construção discursiva pró-vida. No último caso, o avanço é em decorrência da mudança de paradigma com a percepção da mulher como sujeito de direitos em igualdade com o homem pela luta feminista com a necessidade de se reconhecer os direitos fundamentais da mulher: à dignidade, ao corpo e a suas escolhas, fundado num discurso pró-escolha. Nesse último caso, como tudo que diz respeito à mulher, as pautas políticas são conquistadas morosamente, como percebemos pelas duas ações de inconstitucionalidade analisada e, mais recentemente, foi necessária a interposição da ADI n° 5.581, quando se pediu pela descriminalização do aborto na hipótese de a gestante ter sido infectada pelo “Zika Vírus” e ainda mais recentemente quando da interposição da ADPF n° 442, a qual, retomando os objetos da presente pesquisa, requereu a descriminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação e, agora sim, fundamentado em uma série de direitos fundamentais das mulheres, como a autonomia, a liberdade, a dignidade, o direito ao planejamento familiar e ao direito de decidir sobre seu próprio corpo, permitindo-se uma escolha, expresso diretamente¹⁶⁹.

Verificamos, então, que as questões discutidas na ADPF n°54 e na ADI n° 3.510 voltam à esfera pública em 2016 ao se permitir o diálogo sobre a microcefalia, em contexto novamente a saúde da mulher. Segundo Débora Diniz, antropóloga e representante da instituição Anis, em entrevista dada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), única expositora em comum convidada para participar das duas APs analisadas como antropóloga:

Trata-se de reconhecer que diante dos graves e injustos efeitos que a epidemia tem nas mulheres, o Estado deve garantir a proteção social a qualquer das escolhas reprodutivas: acesso à interrupção da gestação para as que assim o desejarem, e políticas sociais focalizadas para aquelas que decidirem prosseguir e tenham filhos com deficiência (IBDFAM, 2016).

Ressalta-se no trecho o efeito da epidemia sobre as mulheres, pois é quem suporta o ônus da gestação e da maternidade. Na ADI n° 5.581, a Associação dos Defensores Públicos (ANADEP) questiona as políticas públicas voltadas para gestantes e crianças vítimas da

¹⁶⁹O presente item não estava previsto no projeto de pesquisa, pois a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 3.510 e a Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54 discutiam, principalmente, a questão referente à vida e apenas colateralmente os direitos da mulher, tendo em vista que havia uma diferença explicitada na ADPF n° 54 entre aborto e antecipação terapêutica do parto.

epidemia do vírus Zika no Brasil. O principal argumento foca o sofrimento e o impacto emocional a que estão submetidas as mulheres grávidas; além da defesa de que o aborto é uma questão de saúde pública e bem-estar, devendo existir como possibilidade jurídica de escolha da mulher afetada pela epidemia (LABOISSIÈRE, 2016).

Esse diálogo social faz parte do desenvolvimento histórico da perspectiva dos Direitos Humanos através de políticas de atenção à saúde da mulher. Sobre isso, a Rede Nacional Feminista de Saúde de Porto Alegre, afirma:

[...] as políticas de atenção à saúde das mulheres estiveram também influenciadas por dinâmicas e contextos internacionais, caracterizando-se, até muito recentemente, pelo viés materno-infantil. **Tal concepção de saúde se relaciona com o papel subalterno relegado às mulheres na sociedade brasileira até meados dos anos de 1980. Até este período, duas lógicas se alternaram: o país adotou uma postura pró-natalista ao longo do século passado, e para tanto dotou-se de legislação protetiva da maternidade e restritiva em relação ao exercício da autonomia das mulheres sobre seus corpos. O Código Penal de 1940 é exemplo singular dos variados graus de punição estabelecidos a toda e qualquer tentativa das mulheres de decidirem sobre a reprodução** (REDE NACIONAL FEMINISTA DE SAÚDE DE PORTO ALEGRE, 2008) (Grifos nossos).

Para compreendermos o silenciamento existente quanto a se discutir o direito de reprodução da mulher, basta analisarmos o contexto de interposição do ADPF n° 54, quando se denominou “antecipação terapêutica do parto”, já que a grande discussão envolvia o direito à vida, intrínseco à dignidade da pessoa humana, conflitando neste ato o direito da mulher e o do feto. De outra forma, não haveria como chegar até o presente momento, quando se discute a possibilidade de aborto até três meses de gestação pelo ADPF n° 442, fundamentado também no HC n° 124.306, como tentativa de alterar a *doxa* pelo discurso pró-escolha, fundamentado no discurso democrático. Em contrapartida, a PEC 181/2015 em trâmite, denominada de “cavalo de tróia” ou “presente de grego” faz um caminho inverso. As metáforas são parte dos lugares comuns, que nesse caso criam um efeito de outro *tropo*, a ironia. Nesse projeto, discutia-se um direito trabalhista vinculado à licença-maternidade (artigo 7° da Constituição Federal, XVIII), quando se propunha um aumento no caso de bebês prematuros internados, o que seria positivo tanto para a criança, que deve ser protegida incondicionalmente pelo Estado, como para a mulher/mãe que necessita assistir seu filho nessas circunstâncias. Porém, foi proposto um acréscimo de artigos para modificação com a inserção da palavra, “desde a concepção”, alterando também agora o artigo 1° da CRFB/88, que trata dos fundamentos do Estado, o qual passaria a ter a expressão “desde a concepção”, quando trata da “dignidade da pessoa humana”, incluindo-se a mesma expressão no artigo 5°, que passa a garantir “a

inviolabilidade do direito à vida desde a concepção” É a tentativa de manutenção de uma *doxa* pelo discurso pró-vida na norma reguladora do Ordenamento Jurídico.

Assim, no Brasil, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher não são considerados, apesar da liberdade ser expressa na Constituição Federal. Esses direitos são definidos como liberdade de reprodução, liberdade inerente à condição humana que homens e mulheres (principalmente as mulheres) possuem acerca do desejo de se reproduzir ou de não o fazer. Isso está intrínseco à questão da autodeterminação individual quanto ao livre exercício da sexualidade e da capacidade reprodutiva. Segundo Piovesan (2009, n.d.), os direitos sexuais e reprodutivos levam a duas direções, que caminham conjuntamente.

De um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência. Eis um terreno em que é fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade. Nesse sentido, consagra-se a liberdade de mulheres e homens de decidir se e quando desejam reproduzir-se. Trata-se de direito de auto-determinação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e pela não violência. Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, essencial é o direito ao acesso a informações, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Essencial também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se ou não, quando e segundo a frequência almejada. Inclui-se ainda o direito ao acesso ao progresso científico e o direito à educação sexual. Portanto, clama-se aqui pela interferência do Estado, no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva.

Nesse processo de desenvolvimento desses direitos, encontra-se a necessidade de se permitir uma escolha ampla e geral da mulher quanto à perspectiva de escolha de manter uma gravidez, colocando outra vida na sociedade pela qual deverá ser responsável e zelar para o seu bom desenvolvimento em todos os sentidos. A pauta política precisa ser realizada com calma tendo em vista a necessidade de mudança da *doxa* e para isso é necessária informação e reflexão. Assim, Boiteux, citada por Oliveira (2016), que é advogada do ADPF n° 442 disse:

Avaliamos que, como em várias outras cortes do mundo, era o momento de provocar o Supremo em uma ação mais ampla. **Trata-se de uma pauta histórica do feminismo e avaliamos que o tema já estava amadurecido na Corte, vem sendo debatido desde a questão da célula tronco [fragmento 01] Foi algo construído [fragmento 02]. Era algo que já estava acontecendo e, depois da ação do fim do ano passado [HC n 124.306], ganhamos mais força para o debate no STF [fragmento 03] (Grifos nosso).**

Nos fragmentos, o reforço do fragmento 02 coloca em evidência o processo histórico sobre a temática, indicado no fragmento 01, pauta histórica do feminismo, mas, como já dito, é uma pauta de direitos fundamentais, como definido no precedente americano. Percebemos

ainda no fragmento 02 uma expectativa de alteração da norma sobre aborto, decorrente da modificação temporal, ou seja, a *doxa* da época em que o Código Penal foi proposto não é a mesma nem social, nem tecnologicamente. Essa construção fica evidente, quando observamos a decisão do relator Marco Aurélio (ADPF n° 54, p. 33), principalmente nos fragmentos 04 e 05:

Inescapável é o **confronto entre** [fragmento 01], de um lado, **os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade** [fragmento 02], de outro, **os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência** [fragmento 03]. **O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais** [fragmento 04], **especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres** [fragmento 05]. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente (Grifos nosso).

No fragmento 01 evidencia-se o confronto entre o discurso pró-escolha e discurso pró-vida. No fragmento 05 especifica-se quais direitos o tema suscitou e no fragmento 04 os valores em confronto: interesse da mulher e sua dignidade (fragmento 02), contrapondo-se ao interesse social (fragmento 03), considerada a *doxa* que quer se manter socialmente, na proteção do feto e não na dignidade da mulher. No mesmo sentido de preservação dos direitos da mulher, focado na sua dignidade, na sua esfera íntima, nos direitos fundamentais, o direito de escolha é ressaltado pelo relator da ADPF n° 54, ministro Marco Aurélio, quando diz:

Cumpra à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante (STF, 2012, p. 76).

Assim observado, os direitos fundamentais inseridos nos próprios votos dos relatores da ADI n° 3510 e da ADPF n° 54, já permite analisar evidências da necessidade de proteção dos direitos fundamentais da mulher. É sobre esses argumentos que as autoras da ADPF n° 442 subsidiam o pedido, fazem alusão explícita ao objeto às ações de inconstitucionalidade que permitiram as APs analisadas:

Essa não foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal deu sinais de estar preparado para o debate sobre o aborto. Na ADI 3.510, que analisou a lei de biossegurança, em 2008, e na ADPF 54, sobre aborto em caso anencefalia, em 2012, já havia importantes precedentes sobre como interpretar a questão do aborto a partir de uma análise de direitos fundamentais. A decisão da Primeira Turma em novembro de 2016, embora sem eficácia contra todos e efeito vinculante, consolida a partir de decisões anteriores um passo na direção da leitura constitucional de que a criminalização do aborto viola direitos fundamentais das mulheres, especialmente o direito à autonomia, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos e o direito à igualdade. **A ADPF proposta neste momento dialoga**

com todos esses precedentes, centrais para o tema (MUNIZ, 2017, n.d.) (Grifo nosso).

O momento para interposição da ADPF n° 442 foi propício, tendo em vista a decisão no Habeas Corpus (HC) n° 124.306, quando se afastou a prisão preventiva de denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal). O voto do ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, determinou que, além de não estarem presentes os requisitos que autorizariam a prisão cautelar, a criminalização do aborto seria incompatível com diversos direitos fundamentais da mulher, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

No HC n° 124.306, a discussão levantada pelo ministro Barroso envolveria tanto a questão criminal, quando não se apurou indícios necessários para a prisão cautelar, tais como “risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312)” (STF, 2016, p. 01), além de se discutir “a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos artigos 124 e 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante” (STF, 2016, p. 01). Além disso, o bem jurídico protegido – a vida potencial do feto – seria “evidentemente relevante”, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação violaria diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade, pois, não poderia se obrigar a mulher a manter uma gestação, cujos efeitos se fazem sobre o seu corpo, e a igualdade com o homem, tendo em vista que os homens não engravidam. Deve-se respeitar a vontade da mulher nessa matéria, a autonomia e escolhas existenciais. Todos esses elementos foram utilizados como fundamentadores para a interposição da ADPF n° 442.

É possível perceber que mesmo que haja decisão favorável ao ADPF n° 442, não haverá unanimidade, tendo em vista o posicionamento do ministro Ricardo Lewandowski na ADPF n° 54, quando votou contra, sob o argumento de que o tema é assunto para o Legislativo, não para o STF¹⁷⁰, e no ADI n°3.510, pois mesmo sendo favorável à utilização de

¹⁷⁰ Aqui surge claramente uma indicação de não ser o Ministro favorável ao ativismo judicial como o tem realizado o STF ao discutir determinadas pautas políticas, entre elas o tema em questão do aborto, podendo exercer apenas o papel de legislador negativo, não podendo criar hipóteses legais quando o próprio legislativo assim não agiu. Assim, Segundo Lewandoski, “Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder

embriões para a pesquisa científica, inseriu uma série de limitações, que, no seu entendimento, seriam necessárias, conferindo aos dispositivos a interpretação conforme a CRFB/88.

O tema “direito da mulher” já havia sido referendado pelo relator da ADPF n°54, em seu voto, quando delimita o tema da ação:

O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. **No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente** (STF, 2008, p.3) (Grifo nosso).

Observamos então que a AP é um dos instrumentos em que não apenas se discute políticas públicas, mas também onde se modifica ou reforça as *doxas*.

4.6 A Audiência Pública na decisão judicial: a *doxa* e a *endoxa*

As APs são consideradas legalmente como fonte de legalidade para as decisões do STF. Compreendemos que o embate se dá pela busca entre a manutenção ou modificação da *doxa*. E a decisão judicial deve estar em conformidade com os elementos dóxicos produzidos nas APs para consolidar a representatividade social buscada, a fim de consolidar a soberania popular. Os discursos produzidos utilizam-se de argumentos de autoridade nas esferas técnicas e científica (*endoxas*).

4.6.1 Legalidade e legitimidade como fim da decisão

Importante esclarecer que o STF possui a legalidade e a legitimidade para decidir a respeito dos assuntos levados pela ADI n° 3.510 e ADPF n° 54. Compreendemos que a legitimidade e legalidade são conceitos essenciais para o estudo do poder. Neste caso, interessa-nos a legitimidade, que é o fundamento do poder, é o que leva o indivíduo a obedecer ou não ao estabelecido, já que representaria valor. Segundo Bonavides (2000, p. 116), a legalidade como enquadramento do poder em um sistema de leis e só se dá na dominação Legal:

A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido.

Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.” (STF, 2012, p. 245).

Ou em outras palavras traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula.

Temos, nesse ponto, o cuidado apenas com a formalidade, como cumprimento objetivo de requisitos. Quanto à legalidade, Wolkmer (1994, p. 180) diz que ela reflete “[...] fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva”, e a legitimidade incide “[...] na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos”. Dessa forma, a legalidade está relacionada à forma, enquanto a legitimidade está relacionada ao conteúdo da norma e da aplicação do direito, que, pelo conceito exposto por Wolkmer (1994), dialoga com o conceito de *doxa* adotado por nós a partir de Amossy (2002a, 2002b, 2006, 2010).

A legalidade é o acatamento a uma ordem normativa oficial e, por isso, não possui uma qualidade de justa ou injusta em si, ela não poderia ser ilegal apenas; já a ideologia legalista, por sua vez, parte da noção de legalidade para distorcê-la e, aí sim, pode servir como instrumento de injustiça. Para a realização dessa transformação de legalidade para instrumento de injustiça, é necessário saber como fazer tal construção. Sobre isso, Foucault (1999, p.30) nos diz:

Temos que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); **que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem a constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder.** Essas relações de “poder-saber” não devem ser analisadas a partir de um sujeito de conhecimento que seria ou não livre em relação ao sistema de poder; mas **é preciso considerar ao contrário que o sujeito que conhece, os objetos a conhecer e as modalidades de conhecimento são outros tantos efeitos dessas implicações fundamentais do poder-saber e de suas transformações históricas.** Resumindo, não é a atividade do conhecimento que produziria um saber, útil ou arredo ao poder, **mas o poder-saber, os processos e as lutas que o atravessam e o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento (Grifos nossos).**

O valor que se dá ao conhecimento e também a quem o possui está relacionado à esfera de poder em que se exerce esse conhecimento e acaba por determinar relações de poder. Isso se dá, entre outros, pelos argumentos de autoridade em campos específicos, sendo a própria decisão judicial um argumento de autoridade em si no Discurso Jurídico. O discurso de autoridade é condicionado pelo prestígio, que “utiliza atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p. 346). Mesmo quando não sejam utilizados posicionamentos técnicos, científicos, ainda sim são argumentos de autoridade os incitados, pois:

As autoridades invocadas são muito variáveis: ora será ‘o parecer unânime’ ou ‘a opinião comum’, ora certas categorias de homens, ‘os cientistas’, ‘os filósofos’, ‘os Padres da Igreja’, ‘os profetas’; por vezes a autoridade será impessoal: ‘a física’, ‘a doutrina’, ‘a religião’, ‘a Bíblia’; por vezes se trará de autoridades designadas pelo nome. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p. 350).

Nas APs, todas essas autoridades são invocadas como argumentos, além dos posicionamentos técnicos, científicos e dogmáticos aparecerem com o objetivo de constituir-se com o maior número de representantes possíveis, e quando não há alguma autoridade para se refutar o argumento, ocorrerá a refutação não em detrimento do argumento em si, mas da própria pessoa que o emitiu ou da autoridade da pessoa para proferi-lo. Nesse contexto, afirmam Perelman e Olbrechts-Tyteca (2000, p. 349) que “Muitas vezes parece-se atacar o argumento de autoridade, ao passo que é a autoridade invocada que é questionada”. Nesse sentido, em se tratando das formas de ataque à pessoa, os autores destacam dois argumentos falaciosos: o *ad persona*, que visa desqualificar o indivíduo, e o argumento *ad hominem* que por meio da refutação desconstitui o sujeito da tese, com qualquer que seja a técnica, levando à redução do prestígio de quem a proferiu. Ambos os argumentos estão interligados e, por esse motivo, são confundidos nessa perspectiva. Para Meyer (2007) não há distinção entre os dois argumentos, e ele reconhece o *ad hominem* como o argumento com que se ataca o indivíduo, visando desqualificá-lo. Podemos verificar essa forma de ataque na posição do ministro relator da ADI nº 3.510:

‘Quando cientistas fazem tais asserções’ – de curas miraculosas -, ‘eles estão agindo individualmente, por suas convicções e esperanças pessoais, e não como a voz da ‘ciência’. Se tais cientistas permitem que sua crença pessoal, no futuro da pesquisa de célula troncas embrionárias, seja interpretada como uma predição plausível do resultado dessas pesquisas, eles estarão agindo irresponsavelmente’.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – **Agora sou obrigado a intervir, porque fiz a advertência de que nenhum expositor deve desqualificar o outro** [fragmento 01]; que se qualifique o argumento, mas não o autor, o argumentador. **Há uma linha divisória entre o embate das idéias que é exatamente esta, de que a desqualificação pode se dar com argumentos no plano puramente objetivo das idéias, mas não, vamos convir, descambando para o plano subjetivo dos expositores** [fragmento 02]. Creio não ter sido essa a intenção de Vossa Excelência.

DR. HERBERT PRAXEDES – Não, não foi.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – **Mas como Relator e condutor da audiência pública, tenho o dever de situar as coisas nos seus devidos lugares** [fragmento 03]. Afinal, todos os Senhores, assim os da parte da manhã como os da tarde, estão contribuindo para a produção de um decisão judicial de interesse, talvez único, para toda a sociedade brasileira e, quiçá, de todo o gênero humano.

Devolverei o tempo que tomei de Vossa Excelência, pode acrescentar, mas faço essa observação.[fragmento 04]

DR. HERBERT PRAXEDES – **Eu só estou dizendo que essa colocação não é minha. Eu estou lendo um documento entregue a candidato à presidência dos Estados Unidos, por 57 cientistas** [fragmento 05].

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – **A nossa jurisprudência é firme no sentido de que, quando se encampa, como argumento próprio, idéia de terceiros, a responsabilidade é pessoal** [fragmento 06]. Prossiga.

DR. HERBERT PRAXEDES – **Pois não, Passarei o primeiro parágrafo adiante, atendendo a Vossa Excelência** [fragmento 07] (STF, 2008, p. 1053) (Grifos nossos).

Tomaremos como eixo para nossa leitura a definição de argumento de autoridade apresentada por Angenot (2013, p. 05), segundo a qual:

Incluiria então neste sentido abrangente: o argumento extraído de uma fonte considerada sagrada, infalível, indiscutível, que pode ser chamada de um "argumento dogmático" [...], o argumento da testemunha e o depoimento desenhado, o argumento baseado na experiência interna do proponente, o argumento pelo perito e, geralmente, qualquer argmento baseado na competência reconhecida de uma pessoa, a probabilidade derivada da opinião unânime ou preponderante do perito e geralmente qualquer argumento baseado na competência reconhecida de uma pessoa, ou seja, a argumentação *consensuomnium*, e qualquer invocação do que Aristóteles designa como *doxa* (um termo antigo que fez um forte retorno hoje na linguagem da mídia e não pode ser por acaso, a probabilidade baseada na opinião concordante do doutor e do sábio, na ciência ou em uma ciência através de seus "representantes", o argumento baseado em uma "autoridade" impessoal, - tipicamente a Lei, - e finalmente a argumentação por qualificação, a saber, pela aplicação à questão em questão de um conceito autoritário (ANGENOT, 2013, p. 5)¹⁷¹.

O autor faz uma ilustração das possibilidades de uso dos argumentos de autoridade. Percebemos que nem sempre o argumento de autoridade é assim reconhecido, como ocorre no fragmento 05, quando o interlocutor/expositor, apenas diz que “essa colocação não é minha”, buscando justificar o fato de estar desqualificando outros expositores, imputado pelo relator. Ele informa que está lendo um documento entregue a candidato à presidência dos Estados Unidos escrito por 57 cientistas. Percebemos que o argumento de autoridade se constitui, nesse caso, independente do reconhecimento do interlocutor/orador. E isso é dito pelo relator no fragmento 06, quando realmente utiliza um argumento de autoridade “jurisprudência”, que no discurso jurídico é fonte do Direito, como decisões no mesmo sentido, amoldando-se a uma autoridade impessoal, como a lei, na classificação de Angenot (2013). Além disso, a oração “quando se encampa, como argumento próprio, idéia de terceiros” é uma definição do que seria o argumento de autoridade.

¹⁷¹No tradução do original em francês : “Il inclurait alors en ce sens englobant: l’argumentation tirée d’une source tenue pour sacrée, infaillible, indiscutable qu’on peut appeler «argument dogmatique» [...], l’argument du témoin et tiré des témoignages, l’argument tiré de l’expérience intérieure du propositant, l’argument par l’expert et généralement tout argument fondé sur la compétence reconnue d’une personne, la probabilité tirée de l’opinion unanime ou prépondérante, à savoir l’argumentation e consensu omnium et toute invocation de ce qu’Aristote désigne comme la *doxa* (terme antique qui a fait un vigoureux retour de nos jours dans le langage des médias et ce ne saurait être par hasard), la probabilité appuyée sur l’avis concordant des doctes et des sages, sur la Science ou sur une science à travers ses «représentants», l’argument reposant sur une «autorité» impersonnelle, – typiquement la Loi, – et finalement l’argumentation par qualification, à savoir par l’application à la question en litige d’un concept faisant autorité”.

Considerando a questão da autoridade pelo lugar ocupado institucionalmente, o relator usa dessa autoridade para interromper a fala do expositor/orador no fragmento 01, reforçando-o no fragmento 03, interpelando o expositor/orador sobre as regras do jogo (fragmento 02). Com a finalidade de permanecer expondo, o expositor reorganiza sua fala, demonstrado no fragmento 07, a fim de não ter a fala cassada, pois, implicitamente, há uma ameaça velada na advertência realizada no fragmento 04, que podemos definir como argumento *ad baculum*¹⁷², o qual obriga o interlocutor/orador a cumprir o contrato comunicativo da AP. O *argumento ad baculum* emprega a autoridade para coagir o sujeito a seguir o contrato, as regras do jogo na AP, e encontra a anuência do interlocutor.

Segundo Angenot (2013), o argumento de autoridade retira sua probabilidade e veracidade da qualidade da fonte. Assim,

O argumento de autoridade nesse sentido, **ao contrário do raciocínio direto sobre o real, retiraria sua probabilidade ou veracidade (duas palavras que polarizam um grande espaço de crenças e convicções) não diretamente no mundo empírico, nem da lógica (da lógica informal que formaliza a "experiência de vida"), mas da qualidade de uma fonte**” (Grifos nossos) (ANGENOT, 2013, p. 4)¹⁷³.

Nesse sentido, os argumentos de autoridade seriam fundamentos, enquanto elemento probatório produzido na AP. Como já dito, um dos papéis definidos para ela é legitimar as decisões, permitindo o debate sobre temas polêmicos¹⁷⁴: possibilidade de aborto anencefálico, pesquisa com células tronco, entre outros, como a possibilidade de aborto até três meses que ainda será realizada na ADPF n.º 442. O argumento de autoridade envolveria, nesse sentido, uma das questões propostas por Charaudeau (2016), especificamente, sobre a autoridade. Pois, o poder permite que a ordem do mundo seja mudada, através de uma relação entre dominante e dominado, mas que seja passível de justificação. É com isso que contam os ministros do STF também. É nesse ponto que o poder envolveria três questões: “em nome do que se tem o direito de agir – é a questão da legitimidade; qual a possibilidade de ser

¹⁷² “uma forma de comunicação persuasiva assente no constrangimento do outro de modo a anular, sob as consequências da violência prometida, a possibilidade de ele assumir o papel de argumentador, dando-lhe como única hipótese a obediência” (GRÁCIO, 2015, p. 39).

¹⁷³ Tradução nossa do original em francês: “L’argument d’autorité en ce sens, au contraire du raisonnement direct sur le réel, tirerait sa probabilité ou sa véracité (deux mots qui polarisent à leur tour un large espace de variétés du croyable et de la conviction), non directement du monde empirique, ni de la logique (de la logique informelle qui formalise «l’expérience de la vie»), mais de la qualité d’une source”.

¹⁷⁴ “[...] a polemicidade não é, por conseguinte, inerente à argumentação. Ao que parece, ela chega fatalmente quando, **tendo-se os actores estabilizado nas posições dos actantes, os discursos desempenham um papel essencial na estruturação das pessoas dos argumentadores.** (GRÁCIO, 2008, p. 130) (Grifo nosso) Assim, não é todo discurso argumentativo que é polêmico, mas a polêmica pode se instaurar quando a posição discursiva identifica-se com o posicionamento da pessoa que realiza a exposição.

reconhecido como digno de agir – é a questão da autoridade; quais são os meios de agir – é a questão da potência” (CHARAUDEAU, 2016, p. 14).

A legitimação, no conceito de Charaudeau (2016), é um processo de reconhecimento que se dá pelo corpo social, conferindo o direito de agir em nome de uma finalidade aceita por todos e decorrente de uma posição atribuída por um sistema de organização social reconhecido por todos os membros da sociedade. Essa legitimidade modifica-se em conformidade com a sociedade e a cultura. Assim, pode ser **transcendental** – embasada numa crença: o direito divino dos reis, dos representantes religiosos, dos profetas etc. –; **original** – construída a partir da ascendência, de herdar valores (os códigos de honra) –; **institucional** – por um direito reconhecido por lei (CHARAUDEAU, 2016). A legitimidade se dá, então, pelo reconhecimento e por uma crença coletiva (*doxa*). Entretanto, para ser exercido, esse valor reconhecido necessita de autoridade (*saber-fazer*), a fim de permitir o exercício do poder (CHARAUDEAU, 2016). Assim,

[...] autoridade é, pois, aderente à pessoa, e isso se dá de diferentes maneiras. **Pelo saber**, o conhecimento que ela pode ter do domínio de atividade no qual exerce sua ação. **É o caso da autoridade dos cientistas, dos pesquisadores, dos professores, dos jornalistas e de todos aqueles que exercem uma atividade intelectual que implica acumulação de conhecimentos, elaboração de conceitos e domínio da palavra. Pela competência**, isto é, **não somente um saber, mas um saber-fazer na realização e na execução de tarefas tanto manuais quanto intelectuais**. Incluem-se aqui as mesmas profissões que implicam saber, pois muitas vezes o saber necessita ser completado pelo saber-fazer. Entretanto, **pode-se ter uma competência de saber-fazer sem necessariamente possuir conhecimentos, como em alguns domínios de atividade** (Grifos nossos).

Compreendemos que as APs utilizando-se as formas de autoridade previstas por Charaudeau (2016), pois os oradores/expositores, para que a AP possa legitimar as decisões, fundamentam sua autoridade tanto no saber como na competência, e, em algumas circunstâncias, na experiência vivenciada como forma de saber. É, assim, baseado na autoridade que o relator permite a participação na AP. A própria composição da Corte passaria por semelhante análise, tendo em vista que o saber dos ministros é avaliado pela sabatina no Senado Federal, após indicação do Chefe do Executivo Federal. Com a aprovação, os ministros passam a ter a autoridade legal para exercer o poder decisório, estabelecido pela CRFB/88, como digna de determinar o que valerá para toda a sociedade pelo seu papel desempenhado como última palavra no Poder Judiciário, tornando o cumprimento de suas decisões obrigatório (performativo). Porém, por uma questão democrática, de legitimidade, em que o povo é quem deve definir suas regras, sendo o povo em nome de quem se tem o direito de agir, o próprio STF deve ter suas decisões legitimadas

por valores daquela comunidade (*doxa*) e não apenas jurídicos (*endoxa*). Deve, ao menos, ter compreendidas as razões pelas quais se definiu de uma e não de outra forma, por isso a visibilidade que as APs promovem tornam-se fundamentos de legitimidade, de certa forma, ainda haja a participação por representação apenas de legitimados permitidos pelo relator nas APs.

Considerando que apenas a legalidade, ou seja, o cumprimento da norma, não se tem o suficiente para conseguir legitimidade, passou-se a repensar o sistema, permitindo a participação dos próprios sujeitos, já que passaram a ser integrantes dessas movimentações e não apenas tutelados. Há uma mudança na estrutura do STF com a inserção da participação pública, permitindo uma democratização do saber exigido anteriormente para a participação. É nesse processo de reconhecimento que o cidadão poderá comparecer a determinados órgãos judiciais e requerer providências, independente de advogado¹⁷⁵. Também é nesse sistema que o STF busca modificar o seu lugar de representação constitucionalmente instituído pela legalidade, incluindo-se como representante social (carismático), através da facilitação do acesso do cidadão comum aos assuntos que são do interesse desses sujeitos. Além disso, possibilita a participação de outras esferas da sociedade, que sofrerão a interferência da decisão, e, por isso, são consideradas interessadas na temática no processo decisório.

É para essa nova metodologia participativa que Habermas (2003, p. 160) propõe um sistema de Direitos fundamentais, em que se vê a efetiva participação como requisito:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito.
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4)

A legitimidade se extrai da participação efetiva. Por exemplo, a criação dos Juizados Especiais responde ao item 1 e 3, quando o sujeito poderá trazer ao Poder Judiciário suas necessidades de intervenção sem auxílio de advogado, devendo o julgador cuidar para que os direitos sejam garantidos, independente da forma como foram apresentados. Consideramos que ocorre também na AP e na participação dos *amicus curiae*. Nesse sentido, analisando o

¹⁷⁵ Como no Juizado Especial, decorrente da Lei 9.099/95.

sistema de Direitos fundamentais habermasiano, o item 4, pode ser considerado como autorizador da utilização das APs a fim de promover a legitimidade. É necessário que se garanta não apenas a participação, mas se deve proporcionar a **igualdade de participação**. Essa igualdade diz respeito tanto à possibilidade de participar, quanto a ter a fala considerada no processo decisório. Ainda segundo Habermas (2013, p. 153):

[...] a autodeterminação democrática somente pode se dar no *medium* de um direito positivo que garanta as liberdades subjetivas. No entanto, para a interpretação republicana, **o domínio das leis só se justifica na medida em que adquire validade através de um processo de formação da opinião e vontade soberana dos cidadãos**. O princípio da dominação das leis, no Estado de direito, parece limitar a autodeterminação soberana e não pode infringir os direitos humanos positivados como direitos fundamentais (HABERMAS, 2003, p. 153) (SIC) (Grifo nosso).

A legitimidade somente pode ser alcançada por opinião pública social efetiva. A função do STF é interpretar a norma e sua aplicação em conformidade com a Constituição e os princípios democráticos do nosso Ordenamento Jurídico. Percebemos que a introdução das APs no sistema de decisões, como um todo, e, especificamente, na Jurisdição Constitucional, buscar regulamentar essa questão da validação através da formação da opinião e vontade dos cidadãos. Mesmo que não seja possível a expressão direta nas APs, elas possibilitam o diálogo social através da divulgação e do interesse entre os cidadãos de discutir a temática, promovendo visibilidade e compreensão.

Na Jurisdição Constitucional, o âmbito da vontade dos cidadãos fica reduzido aos grupos que demonstram o interesse de agir na perspectiva processual, já determinado na Constituição da República, tendo em vista a limitação física e fática do próprio lugar institucional no qual o processo discursivo é produzido. Como já afirmado anteriormente, o Poder Judiciário é regulamentado por normas e a participação na AP deve também ser regulamentada, a permissão de *amicus curiae* e a possibilidade de participação na AP é uma forma regulamentada de ampliar o processo participativo.

Em um Estado Democrático de Direito toda a organização deveria atender à proteção de todos, considerando valores abstratos, respeitando os direitos fundamentais. Isso porque é fundado no Direito e em normas de ação e implica valores e relações de poder, que regulam os comportamentos de todos.

Para Bourdieu (2011), mostra-se como própria da eficácia simbólica a condição de esta ser exercida devido à cumplicidade daqueles que a suportam. “Forma por excelência do discurso legítimo, o direito só pode exercer a sua eficácia específica na medida em que obtém o reconhecimento [...] do seu funcionamento” (BOURDIEU, 2011, p. 243).

No caso específico do discurso científico, que é um dos gêneros discursivos utilizados nas APs analisadas, temos uma disputa na esfera científica – ou, segundo Bourdieu (2011), no “campo científico”. Apesar do discurso religioso também ter representatividade na AP, na própria esfera científica, percebemos a sua interferência na fala de forma implícita, oriunda das teorias utilizadas para a constituição do discurso. Assim não há apenas o conhecimento científico embasado na ciência, mesmo que assim transpareça. Como já dito, a percepção é clara quando se analisa o currículo *lattes* dos expositores, que podem ser divididos entre os pró-vida e os pró-escolha.

A linguagem em si representa relação de poder que é construída na enunciação, a qual, segundo Bakhtin (2003, p. 116) define como,

[...] o produto da interação de dois indivíduos socialmente organizados [...] A palavra dirige-se a um interlocutor: ela é função da pessoa desse interlocutor: variará se se tratar de uma pessoa do mesmo grupo social ou não, se esta for inferior ou superior na hierarquia social, se estiver ligada ao locutor por laços sociais mais ou menos estreitos (pai, mãe, marido, etc.) [...] Na maior parte dos casos, é preciso supor além disso **um certo horizonte social definido e estabelecido que determina a criação ideológica do grupo social e da época a que pertencemos, um horizonte contemporâneo da nossa literatura, da nossa ciência, da nossa moral, do nosso direito** (Grifos nossos).

Nesse sentido, temos as *doxas* e as *endoxas* passíveis de serem confrontadas o tempo todo; a fim de reafirmarem o caráter de autoridade delas no seio social. É assim que

Toda a linguagem é linguagem de uma comunidade e toda a organização comunitária, fundada no direito e em normas de ação, implica valores e relações de poder. **As noções de razão e de razoável, tantas vezes intervenientes no criticismo argumentativo, têm sempre uma modelagem que, sendo prática, é social. Neste sentido não é possível compreender as práticas argumentativas dissociando-as do estatuto social de que o falante está investido e das suas prerrogativas de ser ouvido e considerado** (GRÁCIO, 2013, p.108) (Grifos nossos).

Nessa questão, é indiscutível o estatuto social do STF quanto à prerrogativa de ser obedecido por toda a comunidade, decorrente da legitimidade pela legalidade, como órgão supremo do Poder Judiciário; bem como o estatuto social dos interlocutores nas APs. A obrigatoriedade do STF em fundamentar suas decisões também faz parte desse estatuto social. A inovação surge na prática da AP, na qual os expositores, que encontram a prerrogativa de serem ouvidos, seja por vontade própria, como representantes de um grupo, seja por convite feito pelo ministro relator, os quais devem ser detentores de alguma forma de representatividade social e de conhecimento sobre a temática. Os papéis sociais dos interlocutores e expositores fazem da AP um local em que prevalece uma deliberação, um gênero discursivo que comportaria a legitimidade no sentido de alcance social.

Compreendemos que as teorias procedimentalistas que visam uma democracia discursiva, necessitam da participação efetiva da sociedade, mas também da habilidade do sujeito enunciador em ser orador (cidadão), capaz de expressar sua opinião e interferir no processo decisório. O Brasil ainda não possui uma população que atenda aos requisitos propostos por Häberle (2007) totalmente, mas alguns Órgãos, como o STF, no Poder Judiciário, e em outros Poderes, instauraram mecanismos que viabilizam essa democracia discursiva, como a própria AP.

Como percebemos, a palavra legitimidade percorre a essência da introdução da AP no Discurso Jurídico praticado na Jurisdição Constitucional. Ela serve de símbolo a fim de efetivar maior integração social e de contribuir para a formação de um consenso sobre a realidade, facilitando, assim, a reprodução da ordem social. Nos dizeres de Bourdieu (2011, p.10),

Os símbolos são instrumentos por excelência da <integração social>: enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação [...] eles tornam possíveis o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a produção de uma ordem social: a integração <lógica> é a condição da integração <moral>.

As decisões do Poder Judiciário são representações do poder do Estado como organizadoras da ordem social, diluindo os conflitos sociais, sancionando condutas em desconformidade com as determinações sociais que foram normatizadas/legalizadas. Assim, sempre que houver um conflito seja econômico, social, familiar ou com a lei, que for conduzido ao Estado, haverá uma decisão judicial.

A AP parece ser o instrumento para exercer o “poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão de mundo, e deste modo, a ação sobre o mundo” (BOURDIEU, 2011, p. 14), deixando transparecer o poder simbólico que ocorre na relação entre aqueles “que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos” (BOURDIEU, 2011, p. 14).

Nesse ínterim, o que interessa é o poder das palavras e de quem as pronuncia, fomentando as crenças. Isso, porque, segundo Bourdieu (2011, p.15),

O que faz o poder das palavras e das palavras da ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter é a **crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras. O poder simbólico, poder subordinado, é uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível, transfigurada elegitimada, das outras formas de poder** (Grifo nosso).

A crença na legitimidade se dá tanto pelo lugar que ocupa, como pelo conteúdo que esta em conformidade com os valores sociais, com a *doxa*. A legitimidade é o reconhecimento tanto da figura quanto de suas ações, legal e socialmente. Assim, a legitimidade na decisão do STF não decorre de análise de um sujeito que isoladamente pondera e cria norma universalizável, ou de um grupo de ministros, pois, com as APs, tem-se a possibilidade de verificar a vontade de grupos que passa a ser expressa na decisão.

Na deliberação, todos os integrantes habilitados participam expressando suas opiniões, sendo todas as críticas e ponderações consideradas, ainda que não inseridas na decisão. Mesmo assim, ao final, a norma generalizável, a decisão judicial, é fruto de um longo processo argumentativo. Tal movimento atende à perspectiva democrática de legitimação habermasiana, na qual os discursos devem passar pela generalização. Ou seja, eles têm que assumir uma versão descontextualizada, aplicável a qualquer sujeito que se encontre na situação equivalente (HABERMAS, 2003). Para isso, consideramos as situações *standards*, nas quais cada membro se coloca na situação e na compreensão do mundo de cada um dos outros, já que dar a palavra às gestantes que experimentaram a situação *in casu* discutida permite, inclusive, a institucionalização da *doxa* na decisão.

A pesquisa, então, fomenta a questão da legitimidade, do exercício do poder, em uma Instância “legitimada”, a qual poderia fundar essa legitimidade também no *status* do sujeito para pronunciar as palavras, não parando nesse ponto, pois “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual queremos nos apoderar” (FOUCAULT, 1999, p. 10).

No Direito, muitos defendem que o problema da legitimação das estruturas de dominação e de governo esbarra na questão da legitimação de um direito, cuja codificação é heterônoma, ou seja, a materialização da norma ocorre através de agente externo, normalmente, o Estado, sem participação direta dos destinatários para quem as regras jurídicas são produzidas. Nessa categoria de normas, temos: a Constituição e suas Emendas, as Leis, as próprias súmulas vinculantes editadas pelo STF, a própria decisão do STF, entre outros¹⁷⁶.

Buscando sair desse estigma o STF instaura a AP, quando os assuntos envolvem a ordem social, econômica, além da jurídica que, normalmente, afeta grupos sociais

¹⁷⁶ As fontes autônomas se caracterizariam pela participação direta dos destinatários das regras produzidas sem interferência do agente externo, para essas podemos citar: os costumes, por exemplo, e as convenções e acordos da área trabalhista.

considerados vulneráveis ou minoritários. Segundo Habermas (2003, p. 170)¹⁷⁷, essa questão entre o direito e o poder político é explicada pela relação simbiótica existente entre estas duas estruturas

o nexu interno do direito com o poder político, [pois]os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E, vice versa, **tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem** (Grifo nosso).

Ou seja, os direitos subjetivos, como o direito de antecipar o parto, somente poderia se dar por decisões coletivas, que atenderiam aos interesses sociais, compreendemos assim que a legitimidade é retirada de uma autoridade formal e legal, devidamente reconhecida por quem deverá cumprir as decisões, por isso,

O poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: **ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais** (HARBEMAS, 2003, p. 171) (Grifo nosso).

Nesse caso, exemplificativamente, temos a Constituição Federal, representando esse poder jurídico e o STF, o organismo que toma decisões que passam a ser obrigatórias para todos os representantes, por exemplo. Nessas circunstâncias, a decisão do STF estaria revestida tanto de poder político como de forma jurídica através dos direitos fundamentais efetivados. Acreditamos que a atuação do relator representa essa situação, pois, já nas primeiras páginas do seu voto proferido na ADI nº 3.510, ele afirma o seguinte:

Prossigo para anotar que admiti no processo, na posição de “amigos da Corte” (amici curiae), as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH;

¹⁷⁷ Para Habermas (2003), o conceito de razão comunicativa é ponto central de sua teoria, mas não é o nosso teórico principal, servindo de apoio para a nossa pesquisa, não adentraremos em maiores questões sobre a razão prática e a razão comunicativa. A razão comunicativa teria um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. A razão comunicativa possibilitaria uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho e tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática. "É preciso levar em conta tais diferenças, ao considerar o conceito de razão comunicativa, que situo no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade. Nesse contexto modificado o próprio conceito tradicional de razão prática adquire um novo valor heurístico. Não funciona mais como orientação direta para uma teoria normativa do direito e da moral.[...] Nessa perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado de direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos. Tal reconstrução coloca-nos nas mãos uma mediacrítica que permite julgar as práticas de uma realidade constitucional intransparente.[...] Ela toma como ponto de partida a força social integradora de processos de entendimento não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base da manutenção e uma comunhão de convicções. (HABERMAS, 2003, p. 22)

MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO – ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. **Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político** (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente **contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida** na presente ADIN. Estou a dizer: **decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema** (STF, 2008, p. 03) (Grifos nossos).

Quando o relator remarca os valores políticos e pluralistas, verificamos a forma de legitimidade plural buscada: de representatividade, focada no que Weber (2010) apresenta como legal ou estatuída. Segundo Weber (2010), o poder pode legitimar-se de três formas: uma estatuída, uma consuetudinária e outra afetiva. Respectivamente: são as dominações Legal, Tradicional e Carismática. Essas classificações são semelhantes àquelas propostas por Habermas (2003), o qual sustenta que o Direito e o Poder são codependentes e colegitimadores, podendo ser reconhecidos, historicamente três momentos para essa relação: primeiro, alguém, que possui uma posição de líder carismático, com poder social, atrai para si o dever da pacificação social seja por meio da arbitragem ou por meio da formação de consensos, respeitando e dando voz a um direito já existente, considerado como sagrado, mas coercível moralmente (relator); em um segundo momento, esse líder é legitimado, já que a legitimação passa a ser confundida com a legitimidade dos tais direitos sagrados, legítimos como fontes de justiça, nesse ponto temos o conflito entre os pró-vida e os pró-escolha; e, em um terceiro momento, já legitimado, o líder passa a possuir, além de poder social, a autoridade normativa (decisão do STF). Nesse momento, surge um direito originário de um titular de poder social; um direito que possui poder de sanção para o descumprimento.

Na ADI nº 3.510, o ministro relator permite reconhecer esses três momentos no trecho a seguir, quando conseguimos verificar que ele se percebe detentor do poder legal e busca o carismático, reforçando-o na tradição:

Convencido [fragmento 01] de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade **é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade [fragmento 02]**, determinei a realização de audiência pública, **esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa [fragmento 03]**. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal¹. Dando-se que, no dia e local adrede marcados, **22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas agitados nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar [fragmento 04]**. Do que foi lavrada a extensa ata de fls., **devidamente reproduzida para o conhecimento dos senhores ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária**

[*fragmento 05*]. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de 8 horas (STF, 2008, p. 05) (Grifo nosso).

Temos, então, no fragmento 01 o termo “convencido”, como estereótipo referente ao terceiro momento, o qual formula a autoridade normativa. Já nas expressões “relevância social” e para “toda a humanidade”, fragmento 02, temos a legitimação de direitos considerados sagrados, que passa a ser confundida com a legitimidade dos próprios direitos, enquanto fontes de justiça e, apesar de romper com a tradição, ou seja, com um direito pré-existente, considerado anteriormente sagrado, é também coercível moralmente. Nesse sentido, mesmo a AP sendo um instituto novo na Jurisdição Constitucional, retoma institutos da democracia direta, que remontam à Grécia antiga, ou participativa, reforçando os elementos referentes à tradição, como verificamos nos fragmentos 03 e 04. O relator, ao definir a AP como “notável”, fragmento 03, modaliza positivamente o instituto, reforçando-se a opinião do que se espera da AP. Além disso, percebemos a inserção do que o relator propõe como um argumento abstrato ao afirmar que a temática diz respeito a toda a humanidade no fragmento 02, instigando um auditório universal para a AP. O argumento de autoridade também aparece no fragmento 04, tanto pela quantidade como pela qualidade de cientistas que participaram da AP.

A relação simbiótica entre o direito positivo e o poder estatal, ou seja, entre o nexos interno do direito com o poder político, não é duradoura na modernidade, tendo em vista a desvinculação da figura do titular do poder social com seu caráter místico ou sagrado. Entretanto, Habermas (2003, p 184) afirma que "o direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como uma fonte de justiça". Nesse sentido, se não ocorrer o reconhecimento da decisão como a mais justa, mesmo que não seja o posicionamento pessoal de cada sujeito social, tendo em vista as *doxas* circulantes, a legitimidade buscada pelo STF não terá sido alcançada. Nos casos em questão das APs analisadas, ninguém será obrigado a realizar a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia ou a permitir tratamento médico consubstanciado na utilização das células-tronco, mas, caso assim decidam, terão o direito de exercer o direito de escolha em conformidade com suas convicções pessoais, direcionando suas vidas sem a interferência do Estado na esfera íntima - privada.

Como percebemos, os autores citados nos fornecem elementos para pensar a produção do discurso como produto das relações de poder na sociedade, fomentando a questão da legitimidade como forma de exercício do poder no Estado Democrático de Direito.

4.6.2 O substrato dos votos dos relatores

Nesse condão, verificamos que os votos dos ministros relatores são constituídos com elementos dóxicos que foram produzidos nas APs, respeitando as *doxas* lá construídas pela argumentação. O relator, ministro Ayres Britto, na ADI nº3.510, diz que a AP é um meio de o Poder Judiciário não se restringir aos limites do processo e abrir-se para o mundo. “Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas **um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do país e o que se me depara?**” (STF, 2007, p.64) (Grifo nosso).

Percebemos, neste ato, que o relator da ADI nº 3.510 utiliza-se dos discursos produzidos nas exposições da AP, consubstanciando a *doxa*, reconhecendo a necessidade da pluralidade e da representatividade social da AP para emitir o seu voto. Verificaremos que as exposições da AP também são utilizadas pelo ministro relator da ADPF nº 54:

Na discussão mais ampla sobre o aborto, consoante salientam Telma Birchal e Lincoln Farias, incumbe identificar se existe algum motivo que autorize a interrupção da gravidez de um feto sadio. No debate sobre a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, o enfoque mostra-se diverso. Cabeperquirir se há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto. **Conforme Luís Carlos Martins Alves Júnior**, cumpre indagar se a mulher que se submete à antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo deve ser presa e ainda se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos procedimentos médicos ora em discussão. **Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa** (STF, 2012, p. 02) (Grifo nosso).

Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Pettersen, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio”. O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. **Conforme exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop – representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí –**, no eletroencéfalo dos portadores da anamolia, há uma linha isoeétrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, “isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”. (STF, 2012, p. 13) (Grifo nosso).

Verificamos a alusão direta aos expositores da AP, inclusive com citação direta de trechos abordados. Nos dois trechos acima, o ministro relator da ADPF nº 54 insere

argumentos que foram produzidos durante os quatro dias da AP, por determinados expositores, que já indicam o posicionamento do voto. Verificamos a necessidade do relator em apresentar o currículo dos citados, como argumento de autoridade para a decisão.

Na ADI nº 3.510, o ministro relator aponta duas linhas principais de argumentos desenvolvidos no processo: uma contrária ao uso das células-tronco embrionárias, por entender que o uso destas implica no desrespeito ao direito à vida e é hipótese disfarçada de aborto; e a segunda linha defende os experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos, entendendo que, embora se trate de ser algo vivo, não se equipara ao embrião que se desenvolve no útero da mulher. Para fundamentar a dicotomia observada, verificamos que o ministro relator Ayres Britto, no início de seu voto, apresenta as duas teses também por expoentes da AP, demonstrando, de certa forma, a pluralidade discursiva:

Para ilustrar melhor essa dicotomia de visão dos temas que nos cabe examinar à luz do Direito, especialmente do Direito Constitucional brasileiro, transcrevo parte da explanação de duas das referidas autoridades que pessoalmente assomaram à tribuna por ocasião da sobredita audiência pública: a Dr^aMayanaZatz, professora de genética da Universidade de São Paulo, e a Dr^aLenise Aparecida Martins Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília. Disse a primeira cientista: “Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença”.

Já a Dr^aLenise Garcia, são de Sua Excelência as seguintes palavras: “Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível” (STF, 2008, p. 09) (Grifo nosso).

A busca da legitimação pela autoridade dos expoentes se dá pela forma como são apresentadas as duas escolhidas. Assim, temos: a Dr^a Mayana Zatz, como professora de genética da Universidade de São Paulo e a Dr^a Lenise Aparecida Martins Garcia, como professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília; ou seja, há paridade entre as expositoras, ainda que apresentem perspectivas contrárias (pró-escolha e pró-vida), enquadradas no discurso científico e acadêmico ao receberem a titulação de doutoras e professoras.

Nos votos proferidos, enfrenta-se a questão do início da vida humana, colocando a condição intrauterina como determinante para que se possa pensar a vida como viável (ADI nº 3.510 e ADPF nº54), embora se reconheça que o embrião fertilizado *in vitro* pode ser vida em potencial (ADI nº 3.510). Outra questão abordada diz respeito à não-obrigatoriedade do aproveitamento dos óvulos fertilizados *in vitro*, pois deve-se respeitar a liberdade da mulher, que deverá escolher quantos óvulos fertilizados desejará implantar. Agir de forma contrária seria constranger a mulher em sua vontade (ADI nº 3.510). Mais uma vez os direitos fundamentais da mulher subsidiam as decisões atribuindo o direito de escolha (discurso pró-escolha).

Percebemos que laicidade do Estado obteve importância na decisão. O discurso religioso não poderia ser excluído da AP por ter parcela da sociedade que adere àquela proposta, porém o interessante foi perceber que as exposições falaram pouco da religião, preferindo tratar da perspectiva científica, sendo aberta a abordagem apenas dos expositores que representaram a própria questão religiosa nas APs. O relator da ADI nº 3.510 abordou o desdobramento do tema em várias áreas do saber, inclusive pelo prisma da religiosidade, inserido na temática da laicidade do Estado. O relator da ADPF nº 54 apresenta a impossibilidade de argumentos de moral religiosa determinar a decisão do Estado, indiretamente utilizando essa impossibilidade como fundamento da decisão que se tornará obrigatória e coercitiva:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, **impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais.** Vale dizer: **concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada.** A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. **Paixões religiosas de toda ordem não devem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja.** Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida (STF, 2012, p. 11)

Nesse caso, o relator afirma que as paixões religiosas (discurso religioso) devem ser colocadas a parte das decisões estatais, além disso, afirma que as decisões tomadas pelo STF são também ações políticas do Estado, quando diz que a “condução do Estado” não pode ser orientada por fé e orientações morais dela decorrentes com imposição a terceiros. Fato

importante a ser observado é o entrelaçamento de assunto possibilitando na ADPF nº 54 a inserção de parte do voto proferido na ADI nº 3.510¹⁷⁸, conforme se verifica abaixo:

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – na qual se debateu a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias –, **o Supremo, a uma só voz, primou pela laicidade do Estado sob tal ângulo, assentada em que o decano do Tribunal, Ministro Celso de Mello, enfatizou de forma precisa: nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas** (STF, 2012, p. 11) (Grifo nosso).

Percebemos na fala do Ministro Celso Mello, indicada pelo relator da ADPF nº 54, a construção do discurso jurídico fundada no discurso democrático, pelo qual não há possibilidade de submissão daquele discurso ao discurso religioso. Em outro ponto do voto, o ministro relator justifica a necessidade de realização do discurso religioso na AP, apesar de ele não poder orientar o discurso jurídico, por ser incompatível com o preceito democrático, como frisa o ministro relator, fundamentando em outro interlocutor do processo (PGR), a importância de observar o discurso religioso como razões públicas, considerando que poderiam, dessa forma, ser aceitos por qualquer sujeito, independente dessa ou daquela crença:

A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – **não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas**. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia. **Isso não quer dizer, porém, que a oitiva de entidades religiosas tenha sido em vão**. Como bem enfatizado **no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental**, “numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas” (folhas 1026 e 1027), ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença no processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas (STF, 2012, p. 12) (Grifo nosso).

Por fim, há o fundamento constitucional do planejamento familiar e da necessidade de educar os filhos. Para todas essas questões, o que permeou a construção dos fundamentos foi o direito fundamental da mulher, apesar de, em um primeiro momento, entendemos que a discussão envolvia o direito à vida como foco principal. Para a construção desses fundamentos, mostrou-se especialmente importante a colaboração argumentativa das

¹⁷⁸ Esse movimento se denomina interdiscurso, e é desenvolvido por Maingueneau (2008) paralelamente aos conceitos de formação discursiva e intersubjetividade enunciativa, que não será abordada nesta pesquisa.

entidades médicas e científicas que aportaram suas razões ao longo dos quatro dias de AP, no caso da ADPF nº 54, e, na sessão única, no caso da ADI nº 3.510. Essas associações formadoras de opinião colaboram diretamente na construção da decisão. Elas catalisaram o crescimento das esferas públicas, resguardando condições favoráveis à manifestação democrática e legitimidade da decisão.

Nesse sentido, difícil estabelecer o que é razão e o que é paixão, pois “o *pathos* é precisamente a *razão* pela qual um indivíduo aceita ou recusa um argumento uma ideia, uma mensagem” (MEYER, 2014, p. 144). Há aqui uma lógica que rege o implícito ao implícito, e a lógica das paixões é antes uma lógica das consequências. Por isso, a argumentação se torna consequencialista ao abordar a decisão sobre qual posição adotar e a justificativa baseada nos valores. Discutir, acatar, ponderar ou rejeitar essas questões postas e trazidas à baila no âmbito da AP é forma de conversão do argumento consequencialista, inclusive de cunho moral, em jurídico. Neste ponto, somente o caráter juridicizado da decisão é capaz de retirar o aspecto volátil da argumentação consequencialista e convertê-la em orientação geral, em entendimento universalizável.

O relator faz recorridas vezes o uso de argumentos consequencialistas e juízos valorativos que indicam o subsídio nas informações e argumentos construídos na AP. Aliás, o uso de conceitos indeterminados ao longo da decisão, por exemplo, item 17¹⁵⁷ do voto, também é prova de que resulta o voto de juízos de valor emitidos para o preenchimento e incorporação dos referidos conceitos.

17. Com mais clareza, talvez: o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa, em paralelo àquelas que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-tronco humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou epiderme (a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anuncia como próximas daquelas que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal “ISTO É” de nº 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, pp. 90/94). Por conseguinte, linhas de pesquisa que não invalidam outras, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as reuropatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). Contingente em torno de 5 milhões, somente para contabilizar os “brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves”, segundo dados levantados pela Revista Época, edição de 29 de abril de 2007, pp. 13/17. E quanto aos portadores de diabetes, em nosso País, a projeção do seu número varia de 10 a 15 milhões, segundo elementos que Luis Roberto Barroso (p. 9 de sua petição em nome da “MOVITAE – Movimento em

Prol da Vida”) aponta como oriundos da seguinte fonte: “Nardi, Doenças Genéticas: gênicas, cromossômicas, complexas, p. 209-226” (STF, 2008e, p. 159) (Grifo nosso)

Observamos que o relator trás para a decisão reportagens com dados para justificar a decisão e afirma que o uso de uma terapia não invalidaria, pois estavam no mesmo sentido “enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional” (STF, 2008e, p. 160). É especialmente importante avaliarmos que a decisão não decorre de análise de um sujeito que isoladamente pondera e cria norma universalizável. Com as APs, é a vontade de um grupo que passa a ser expressa na decisão. No procedimento argumentativo, todos os integrantes habilitados participam expressando suas opiniões, sendo todas as críticas e ponderações consideradas, mesmo que não agregadas à decisão. Assim, ao final, a norma generalizável (no caso, a sentença) é fruto de um longo processo argumentativo.

À GUISA DE UMA CONCLUSÃO

[...] que os defensores da autonomia e da lei como entidade abstrata e transcendente são, de fato, os defensores de uma ortodoxia”, pois, “o culto do texto, o primado da doutrina e da exegese, que dizer, ao mesmo tempo da teoria e do passado, caminham a par da recusa em reconhecer à jurisprudência o menor valor criativo, portanto a par de uma denegação prática da realidade econômica e social e de uma recusa de toda apreensão científica desta realidade. (BOURDIEU, 2011, p. 252).

Bourdieu (2011) ressalta que há uma ambiguidade contida no Discurso Jurídico, já que a jurisprudência tem um valor criativo, que modifica a realidade social e econômica, fatores negados pelo positivismo, e, cuja crítica feita por Bourdieu (2011) para esse fato, foi ultrapassada pelo pós-positivismo. Agora o Direito não é visto separado de outras esferas de atuação, e sim em interação com outros domínios ou esferas sociais. Por isso, as mudanças continuam ocorrendo pela jurisprudência, que são decisões tomadas em um mesmo sentido, e que no STF representa suas decisões. A legalidade e a legitimidade normativa e da Instância de produção o STF já tem, mas, atento aos novos moldes de legitimidade social, buscar estar agregado aos valores da *doxa* e também representar uma *endoxa* jurídica legitimada.

O Direito, no momento da aplicação, deve ser visto como um fenômeno social, o qual deve ser influenciado por elementos extrajurídicos. Esse fato reforça a hipótese de que essa área de conhecimento não pode ser compreendida unicamente através de uma lógica formal que desconsidera a *doxa*.

As AP através da deliberação permitem o conhecimento e reconhecido das *doxas* que serão ordenadas como fundamento da decisão, uma vez que, nos casos em análise, no Ordenamento Jurídico, os conflitos entre normas propostos não podem ser solucionados apenas com a observância de dispositivos legais, que não condiz com a realidade social, o que ocorre devido à modificação social; histórica e tecnológica de tratar o tema em questão. Mesmo que a decisão venha fundamentada em questões jurídicas (legais), também inserem as representações sociais que circularam nas APs. Na nossa pesquisa, vemos claramente que há um *doxa* tradicional, fundada em discurso religioso, que ainda na reordenou os valores constitucionais que fazem parte de um discurso republicano e democrático.

Percebemos no voto dos ministros relatores as marcas das *doxas* debatidas nas APs e das emoções ali movimentadas, o que exemplificamos com a fala de Carmem Lúcia ao fazer referência ao corpo da mulher como esquite, um pequeno caixão. Nesse sentido, as decisões

judiciais têm a função de inserir valores não jurídicos (*doxa*) junto com os valores jurídicos (*endoxa*). Como vimos, a AP, por sua origem política e pelo papel democrático, permite a participação de expositores/oradores representantes de grupos sociais diversos no âmbito da Jurisdição Constitucional, o que proporciona uma polarização das APs analisadas.

Verificamos que os três fatos que contribuem para complexidade da discussão da questão política contemporânea: fatos sociais, jurídicos e morais, são abordados diretamente nas APs. Os primeiros vinculam-se a autoridade dos atores políticos, os segundos estão entrelaçados nas relações jurídicas e legislativas e, por último, os fatos morais, que estão na esteira dos sistemas de valores, comprovando a AP com gênero deliberativo, político. O STF, como sede de poder, entrelaça esses três fatos nas APs, a fim de manter os preceitos de liberdade e igualdade para a manutenção e o funcionamento da democracia, como prática da cidadania, a qual, na Grécia Antiga, referia-se à questão da liberdade de expressão, realizada através da participação do povo no exercício do poder.

Ora, o Poder Judiciário, como um dos mecanismos existentes para que a democracia possa subsistir, evidentemente, deve defender os direitos e as garantias individuais e coletivas¹⁷⁹, lembrando-se que o modelo da esfera pública jurídico-política grega, também berço da retórica como forma discursiva, acaba por influenciar na atual forma de prática da nossa democracia. Como na Grécia Antiga, ainda hoje, a decisão judicial é a determinação a ser seguida por todos, principalmente as decisões oriundas do STF, que coloca o ponto final na discussão, definindo se a norma ou a sua aplicação esta em conformidade com o Ordenamento Jurídico, ou seja, com a Constituição Federal.

Na AP, a constituição de sua argumentação se dá por argumentos de autoridades, em que a autoridade responsável pela decisão tem acesso às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida em contato direto com os que foram permitidos a expor pelos ministros relatores. Os argumentos de autoridade subsidiam a construção da AP pela qualidade dos expositores/oradores e, por envolver elementos da ordem moral, os quais se desenvolvem por uma argumentação consequencialista, exatamente porque são utilizados também argumentos extrajurídicos. Assim, as APs são realizadas através de uma argumentação consequencialista, mesmo que parte dos doutrinadores do Direito só veja essa argumentação quando envolva Direito Econômico, depreendemos que a questão da consequência diz respeito a envolver uma justificação que permita a manutenção da mesma perspectiva para situações semelhantes, mas ao mesmo tempo, compreendendo que há uma hierarquia de valores sendo utilizada para a

¹⁷⁹A tirania de qualquer forma é incompatível com a democracia e com qualquer forma de esfera pública de discussão seja jurídica ou política.

concretização da justificação da decisão, que poderá se modificar caso a *doxa* se altere. Porém, deve estar dentro do Direito, ainda que a fundamentação seja de cunho moral. Nesse caso, os argumentos extrajurídicos passam a ser institucionalizados para subsidiarem a decisão judicial, transforma-se *doxa* em *endoxa*.

Para MacCormick (2006), a argumentação consequencialista demonstra o princípio geral que racionaliza todas as situações semelhantes ao caso concreto analisado, uma forma de universalização, da mesma forma que propõe Habermas (2003) que a decisão deve ser universalizável em suas razões. Assim, a avaliação de consequências depende de critérios de justiça, senso comum e de princípios constitucionais básicos, que buscaram subsídios na filosofia, na política e também na correta distribuição da autoridade entre os órgãos do Estado. Segundo MacCormick (2006), argumentos a partir de princípios ou analogias podem tornar as decisões legítimas, e é o que acontece nas decisões dos ministros relatores ao introduzirem em suas razões, por exemplo, depoimentos pessoais de pessoas que estavam diretamente envolvidas nas questões discutidas, além de os argumentos científicos. A título de exemplo, citamos as gestantes de fetos anencefálicos que foram obrigadas a levar a termo a gravidez ou por lentidão da decisão judicial, ou por decisões contrárias no judiciário ou mesmo as que conseguiram realizar a antecipação do parto em função da decisão liminar concedida no ADPF n.º 54.

Compreendemos que a AP, inserida na Jurisdição Constitucional, utiliza os lugares do gênero jurídico, do deliberativo e do epidíctico ou demonstrativo, tendo em vista que a necessidade de legitimação insere a AP no domínio do discurso social pela apropriação da *doxa* na situação de comunicação. A *endoxa* é transformada em *doxa* pelo caráter universalizante da decisão, mas também pela publicização dos argumentos científicos, dogmáticos, técnicos e experienciais realizada pela AP. Compreendemos que a própria *endoxa* jurídica é uma *doxa* ao pensarmos nos valores democráticos e republicanos, assim, a dignidade da pessoa humana, o direito de liberdade, em sentido amplo, inserindo o direito de escolha, de intimidade, entre outros envolvidos na deliberação, não apenas fazem parte da esfera jurídica, pois foram inseridos no Ordenamento Jurídico, enquanto demanda social, mas também são da esfera social, inseridos no contexto jurídico por uma necessidade histórica (fim do regime antidemocrático). Assim, as deliberações permitem a alteração da *doxa* no sentido de reforçar a *doxa* pós 1988 em face da *doxa* anterior a 1988, que transita na representação social como uma *doxa* dominante, cujos valores são duais, ou seja, polarizados em positivo e negativo, como afirma a PGR, Deborah Duprat, (STF, 2010, n.d).

A condição de produção discursiva da AP segue as restrições do Discurso Jurídico para sua regulamentação, mas o caráter democrático empresta-lhe uma ampliação de representatividade, quando os lugares preenchidos pelos sujeitos na cena enunciativa tornam-se representação de grupos sociais. Embora seja limitada pelos elementos processuais definidos constitucionalmente, os valores discutidos ampliam a fala dos interlocutores, oradores/expositores a fim de permitir mais intérpretes da norma constitucional, o que amplia o espaço democrático e a construção do reconhecimento dos sujeitos em uma das posições apresentadas.

A topografia social dos sujeitos da cena discursiva, ainda que permita certa paridade, na verdade, possui representatividade diferente, tendo em vista a própria posição dentro da comunidade acadêmica e científica, da qual boa parte dos expositores participava.

Na pesquisa, ficou evidente que a retórica é elemento essencial para o procedimento democrático, pois as diferenças e as semelhanças são destacadas oportunizando os diálogos, o que acontece nas APs. O processo discursivo nela desenvolvido permite os diálogos de teses opostas, mas, ao mesmo tempo, possibilita discursos que se completam em cada eixo pró-vida e pró-escolha, promovendo, dessa forma, os encontros e desencontros a respeito de temas sociais discutidos nesse espaço.

Além disso, verificamos que as dimensões argumentativas (*ethos*, *pathos* e *logos*) sustentam a estrutura argumentativa e contribuem para a eficácia da argumentação, que se apóia em crenças, que produzem efeitos comportamentais, nas opiniões em voga no meio social.

A representatividade permite ampliar os múltiplos auditórios nos assuntos nas APs, tanto pelos expositores/oradores, como pela divulgação midiática das APs que alcança toda a sociedade, não apenas pela mídia especializada, mas também pela mídia comum, como vimos, na atualidade, em relação à ADPF nº 442, fato semelhante ocorreu quando do julgamento da ADPF nº 54 e ADI nº 3.510. Assim, a opinião pública movimentada pela APs analisadas e pelas decisões proferidas na instância do STF na ADPF nº 54, na ADI nº 3.510, na ADI nº 5.581 e no HC nº 123.306, já permitiram a interposição da ADPF nº 422, quando se está discutindo novamente os valores permeados ali propostos sobre outro pano de fundo, mas os mesmos discursos pró-vida e pró-escolha. O contra-argumento, de certa forma, já surgiu na PEC 181/15 e ainda muito se discutirá sobre valores concretos e valores abstratos, valores sociais antes e pós Constituição de 1988.

Os desafios em pensar as APs analisadas e os procedimentos mais atuais que discutem a temática esta na questão de gênero e nos direitos fundamentais da mulher, pois, embora haja

certo avanço social, ainda percebemos pensamentos conservadores representativos de uma sociedade anterior a 1988, os quais enfatizam uma subordinação da mulher ao homem entre outros valores em pares duplos.

As decisões judiciais produzidas pelos ministros relatores foram subsidiadas com os argumentos produzidos nas APs com o fito de justificar a decisão através de argumentos consequencialista, inclusive de cunho moral. Assim, os argumentos elaborados nas APs negociam a distância entre a sociedade e os valores discutidos nas APs, bem como os valores jurídicos e extrajurídicos, transmitindo cumplicidade/dissenso, entendimento (compreensão) da problemática que se apresenta (valores econômicos, sociais, mais do que jurídicos), ou distância quanto aos valores que não correspondam à perspectiva adotada. Assim, o argumento democrático, bem como o elemento sacro (religioso), transpassa as decisões e evidencia o porquê da escolha entre um e não outro.

Compreendemos com nossa pesquisa que o STF é um espaço para se buscar novas possibilidades de proteção surgidas em decorrência das transformações sociais. Por isso, por uma questão democrática, em que o povo é quem deve definir suas regras, sendo o povo em nome de quem se tem o direito de agir, o próprio STF deve ter suas decisões legitimadas por valores daquela comunidade e não apenas por valores jurídicos, que como percebemos, podem coincidir. Nessa condição, a perspectiva de Bourdieu (2011) sobre o poder simbólico se mantêm presente no Direito, mas, ao assumir sua condição de regulador de expectativas, não pode mais ser visto como elemento formador da sociedade: ele é resultado, e deve estar sempre aberto à discussão, pois prevalece na atualidade a ideia de mutabilidade do Direito, pela qual o risco deve ser assumido como essencial para que se possibilitem novas perspectivas e reconhecimento e, portanto, a efetivação de princípios fundamentais.

Compreendemos ainda que as razões das decisões proferidas pelo STF devem ser, ao menos, compreendidas pela comunidade, sendo possível o entendimento do porquê se decidiu de uma e não de outra forma. É nessa composição que surge a perspectiva da legitimidade, ponto chave da nossa pesquisa, pois o STF busca o reconhecimento não apenas pela autoridade (legitimidade pela legalidade), que já detém, mas também pelo reconhecimento da sociedade (legitimidade pelo reconhecimento) e a forma como busca isso é pela abertura democrática da Jurisdição Constitucional. A Jurisdição Constitucional passa a se constituir como um lugar de exposição, que permite a reflexão de elementos da ordem social e de sua modificação transformando a *doxa* como um processo de atualização. Dessa forma, temos a *endoxa* sendo transformada em *doxa* tanto na AP, quanto na decisão, como na sua recepção da decisão pela sociedade.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. Comissão da Câmara inclui polêmica sobre aborto em PEC da licença-maternidade <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-11/comissao-da-camara-inclui-polemica-sobre-aborto-em-pec-da-licenca>> Acesso em 10 de fevereiro de 2018.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALMEIDA, Nátalia Silva Mazzutti. **Audiência Pública no Processo Administrativo Federal**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2015
- AMOSSY, Ruth (Org.). **Imagens de si no discurso: a construção do *éthos***. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz et al. São Paulo: Contexto, 2005.
- AMOSSY, Ruth. **L'argumentation dans le discours**. Paris: Armand Colin, 2006.
- AMOSSY, Ruth. **L'argumentation dans le discours**. Paris: Nathan, 2010.
- AMOSSY, Ruth. Introduction to the study of Doxa. In: AMOSSY, Ruth. (Ed.). **Poetics Today**. Vol. 23, n. 3, Fall. Durham, North Carolina: Duke University Press, 2002a, p.369-394.
- AMOSSY, Ruth. How to do things with doxa: toward an analysis of argumentation in discourse. In: AMOSSY, Ruth. (Ed.). **Poetics Today**. Vol. 23, n. 3, Fall. Durham, North Carolina: University Press, 2002b, p. 465-487
- AMOSSY, Ruth; VITALE, Alejandra. Uma conversa com Ruth Amossy. **Revista Conexão Letras**, Rio Grande do Sul, v. 12, n. 18 (2017). Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/conexaoletras/article/view/79470>>. Acesso em 20 de maio de 2018.
- ANGENOT, Marc. **Discours social. Rhétorique de la confiance et de l'autorité**. volume 44. 2013.
- ANTON, Charles. **Dictionary greek and roman antiquities**. New York: Haper e Brothers, Publishers, 1870.
- ARISTÓTELES. **Retórica das paixões**. Prefácio: Michael Meyer. Introdução, notas e tradução do grego: Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Edição Bilingue Grego-Português.
- ARISTÓTELES. **Tópicos**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornhem da versão inglesa de W. A. Pickard – Cambridge. São Paulo, Nova Cultural: 1973.
- AUSTIN, Michel; VIDAL-NAQUET, Pierre. **Economia e sociedade na Grécia Antiga**. Lisboa: Edições 70, 1986.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 1988.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2006.
- BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In: BAKHTIN, M. **Estética da criação verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.261-306.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito/Neoconstitutionalism and constitutionalization of the Law. **Revista Quaestio Iuris**, UERJ, v. 2, n. 1, 2006. Disponível em <<http://www.e>

publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641>. Acesso em 05 de julho de 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARTHES, Roland. **A aventura semiótica**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARTHES, Roland. L'ancienne rhétorique. In: **Oeuvres complètes**, vol. III – 1968 – 1971. Paris: Seuil, 2002, p.527-601

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Supremo Tribunal Federal, Legitimidade e Corte Constitucional. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, V.8, n.1. 2008, p.205-226. Disponível em <http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/25> Acesso em 10 de agosto de 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987.

BOHMAN, James. O que é a deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: **A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas: textos fundamentais**. Ângela Cristina Salgueiro Marques (Org. e trad.). Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 31-84

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão no Habeas Corpus nº 124.306 – Rio de Janeiro. Relator: Marco Aurélio. 1ª Turma. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, julgamento em 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 10 de janeiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, julgamento em 29 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em:

02 de maior de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, Julgamento em 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 10 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 03 de novembro de 1999a. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, 11 nov. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em 10 de maio de 2013.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999b. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, 06 dez. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em 10 de maio de 2013.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Orçamento da União**, 2015. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/elaboracao-e-execucao-do-orcamento/o-que-e-orcamento-participativo>>. Acesso em 10 de dezembro de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 13 de maio de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Atualizado ate Julho de 2016. Brasília, DF: STF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 07 DE outubro de 2016.

BRITO, Dda Diná Tereza. Linguagem: O poder no discurso jurídico. *In: Diálogo e Interação*, volume 1 (2009). Disponível em <<http://www.facrei.edu.br/dialogoeinteracao>> Acesso em 20 de maio de 2016.

BRUM, Eliane. Chega de torturar mulheres. **Época**, 2012. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/04/chega-de-torturar-mulheres.html>> Acesso: 10 de maio de 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. **Revista Nacional da Magistratura**. Ano II, n. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura/Associação dos Magistrados Brasileiros, maio de 2008, páginas 132-138.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Almedina, 1993

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

CARRION, Eduardo K. M. A Respeito da Democracia Participativa. *In: SOARES, José Ronald Cavalcante (coord.). Estudos de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: LTR, 2001.

CARVALHO, Desireé. Deputados querem votar projeto que criminaliza aborto até em casos de estupro. **Esquerda diário**. Disponível em <<http://www.esquerdadiario.com.br/Deputados-querem-votar-projeto-que-criminaliza-aborto-ate-em-casos-de-estupro>> Acesso em 20 de janeiro de 2018

CASTELLAN, Gláucia Rodrigues. **A Ágora de Atenas**: aspectos políticos, sociais e econômicos. Disponível em: <www.klepsidra.net/klepsidra26/agora.htm> Acesso em 10/04/2016.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito**: geral e Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de Análise do Discurso**. São Paulo: Contexto, 2004.

CHARAUDEAU, Patrick. **Linguagem e discurso**: modos de organização. In: MACHADO, Ida Lúcia; PAULIUKONIS, Aparecida Lino. (Org.). Tradução de Ângela M.S. Corrêa e Ida Lúcia Machado. São Paulo: Contexto, 2008.

CHARAUDEAU, Patrick. Visadas discursivas, gêneros situacionais e construção textual. In: MACHADO, I.L.; MELLO, R. (org.). **Gêneros**: Reflexões em Análise do Discurso. Belo Horizonte: NAD/FALE/UFMG, 2004.

CHARAUDEAU, Patrick Uma problemática comunicacional dos gêneros discursivos. In **Revista Signos**, vol. 43, PUC, Valparaíso, 2010

CHARAUDEAU, Patrick. **A conquista da opinião pública**: como o discurso manipula as escolhas políticas. Tradução: Ângela M. S. Corrêa. São Paulo: Contexto, 2016

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, e o direito as instituições da Grécia e Roma. Tradução: Jonas Camargo Leite. São Paulo: HEMUS, 1975.

COSTA, Alexandre Araújo. **Curso de filosofia do direito**. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/autor/alexandre-araujo-costa>>, 2009. Acesso em 10 de maio de 2016.

CROWLEY, Sharon; HAWHEE, Debra. **Ancient rhetorics for contemporary students**. Edition: 4th ed. Publisher: Harlow : Longman, 2008.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processos de conhecimento. Bahia: *Podivm*, 2010.

DIREITO, Gustavo. O Supremo Tribunal Federal: uma breve análise da sua criação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 260 p. 255-282, maio/ago. 2012.

DUCROT, Osvald. **Polifonia y argumentación**. Conferencias del seminário teoria de la argumentacion y analisis del discurso. 1 ed. Cali: Universidad del Valle, 1990.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

FINLEY, M. I. **Os Gregos Antigos**. Lisboa: Edições 70, 1984.

- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução Roberto Machado. 24. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: o nascimento da prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- GIORDANI, Mário Curtis. **História da Grécia**. Antiguidade Clássica I. Petrópolis: Vozes, 1984.
- GLOTZ, Gustave. **A cidade grega**. Rio de Janeiro: Difel, 1980.
- GOMES, Maria Carmen Aires. O gênero Audiência Pública. MAGALHÃES, C. M. (orgs.). **Reflexões sobre a Análise Crítica do Discurso**. Belo Horizonte: FALE-UFMG, 2001.
- GOMES, Renata Raupp. Os “novos” direitos na perspectiva feminino: a constitucionalização dos direitos das mulheres. In: WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (Org). **Os “novos” direitos do Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51-74.
- GONÇALVES, Juliana; BORGES, Helena. Aborto: STF é palco da batalha definitiva pela descriminalização. **Rede Brasil Atual**, 2017. Disponível pelo <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/04/aborto-stf-e-palco-da-batalha-definitiva-pela-descriminalizacao>> Acesso em 19 de junho de 2017.
- GRÁCIO, Rui Alexandre. Que fenómeno estuda a teoria da argumentação? Em que consistem as suas tarefas descritivas? **Revista Filosófica de Coimbra**. n.º 33, 2008.
- GRÁCIO, Rui Alexandre. **Vocabulário Jurídico**. Coimbra: Grácio Editora, 2013.
- GRÁCIO, Rui Alexandre. **Racionalidade Argumentativa**. Porto: Editora Asa, 1993.
- GRÁCIO, Rui Alexandre. **A interacção argumentativa**. Coimbra: Grácio Editor, 2010.
- GRÁCIO, Rui Alexandre. **Para uma teoria geral da argumentação: questões teóricas e aplicações didácticas** (2010). Tese de doutorado. Universidade do Minho.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GUANDALINI JR, Walter. **Da subsunção à argumentação: Perspectivas do raciocínio jurídico moderno**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.54, p.149-162, 2011.
- GUEDES, Rosane Mavignier. Gênero epidítico: ferramenta da argumentação jurídica (2014). Disponível em: < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/23653/23653.PDFXXvmi=.>> Acesso em 10 de junho 2016.
- GUTHRIE, William. K. C. **Os sofistas**. São Paulo: Paulus, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia I**. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia II**. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003.
- HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1997.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

JOSÉ, Caroline Lorenzon. Propedêutica acerca da democracia e legitimidade do direito segundo Jürgen Habermas. **Ius Gentium**, Curitiba, ano 05, n. 09, p. 2-22, jan./jun. 2011.

IMPÉRIO DO BRAZIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 09 de agosto de 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LABOISSIÈRE, Paula. STF deve julgar hoje direito ao aborto em casos de infecção por Zika. **Agência Brasil**, 2016. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/stf-deve-julgar-hoje-direito-ao-aborto-em-casos-de-infeccao-por-zika>>. Acesso em 19 de junho de 2017.

LAFER, Celso. **Estado Laico. Direitos Humanos, Democracia e República** – Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 226.

LANDOWSKI, Eric. **A sociedade refletida: ensaios de sociosemiótica**. São Paulo: Pontes, 1992.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1998.

LIMA, Helcira Maria Rodrigues de. **Na tessitura do processo penal: a argumentação no Tribunal do Júri**. 2006. 263 f. Tese (Doutorado em Estudos Linguísticos) – Faculdade de Letras, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

LIMA, Helcira Maria Rodrigues de. Figurações de poder e emoção em um processo penal: uma análise do boletim de ocorrência. In: EMEDIATO, Wander; LARA, Glaucia Muniz Proença (orgs.). **Análises do discurso hoje**. vol. 4. Rio de Janeiro: Lucerna, 2011.

LIMA, Helcira Maria Rodrigues de. Emoções e discurso: notas sobre a vergonha. In: Jean-Pierre Chauvin. (Org.). **Interfaces do discurso: retórica, história e literatura**. São Paulo: Mackenzie, 2017, v. 1, p. 134-153.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79-82.

LOPES, Silvia Regina Pontes. **Vida humana e esfera pública: contribuições de Hannah Arendt e de Jurgen Habermas para a questão da anencefalia fetal no brasil**. STVDIVM, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. **A Deliberação Pública: Suas Dimensões Sociais, Políticas e Comunicativas**. Autêntica, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Eliana Amarante de Mendonça. The Role of Argumentation in the Brazilian Supreme Court. **Revista Iberoamericana de Argumentación** 4, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2016.

MENEZES E SILVA, Christiani Margareth. O conceito de *doxa* (opinião) em Aristóteles. **Linha D'Água (Online)**, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 43-67, dez. 2016. Disponível em: <<https://philarchive.org/archive/ESIOCD>>. Acesso em 10 de julho de 2017.

MEYER, Michel. **A retórica**. São Paulo: Ática, 2007.

MEYER, Michel. **Questões de retórica: linguagem, razão e sedução**. Lisboa: Edições 70, 2014.

MEYER, Michel. **Principia Rhetorica: Une théorie générale de l'argumentation**. Paris: PUF, 2010.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora Atlas, 2005.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. **Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal. (2011)**. Dissertação em Direito - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MPU. **Biografia Cláudio Fonteles**. Disponível em <<http://www.mpf.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/galeria-dos-ex-pgrs/galeria/biografia-de-claudio-fonteles>> Acesso em 10 de dezembro de 2015.

MUNIZ, Mariana. 10 perguntas para as advogadas que levaram aborto ao STF. **Jota**, 2017. Disponível em <<https://jota.info/justica/10-perguntas-para-as-advogadas-que-levaram-aborto-ao-stf-08032017>>. Acesso em 19 de junho de 2017.

NAQUET, Pierre Vidal; AUSTIN, Michel. **Economia e Sociedade na Grécia Antiga**. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 124

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. O STF pode ser considerado uma Corte Constitucional? **Os constitucionalistas: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o direito constitucional**, 2009. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional-parte-ii>>. Acesso em 10 de agosto de 2016.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional? Parte II. **Os Constitucionalistas**, 2009a. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional-parte-ii>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Método. 2009.

OLIVEIRA, Cida. Aborto volta à pauta do STF, em decisão sobre gestantes com zika. **Rede Brasil Atual**, 2016. Disponível em <<http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2016/12/decisao-sobre-aborto-em-caso-de-zika-nesta-4a-feira-mantem-tema-aceso-no-stf-4697.html>>. Acesso em 19 de junho de 2017.

OLIVEIRA, Tory. Câmara analisa PEC 181. Entenda seus impactos sobre o aborto no Brasil. **Carta Capital**, 2017. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/camara-vota-pec-181-entenda-seus-impactos-sobre-o-aborto-no-brasil>> Acesso em 10 de janeiro de 2018.

ORTÉGA, Carlos Eduardo. O papel do STF como Corte Constitucional e transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade. **Conjur – Consultor Jurídico**, 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-out-30/papel-supremo-tribunal-federal-corte-constitucional>>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

PLANTIN, Christian. **A argumentação: história, teorias, perspectivas**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2008.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Interpretação e aplicabilidade da Constituição**: em busca de um Direito Civil Constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n^o 99, 10 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2010.

PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chäim. Tradução: Rui Grácio. **Império Retórico**. Lisboa: Editora Asa. 1993.

PERELMAN, Chäim. Tradução: Vergínia K. Pupi. **Lógica Jurídica**: nova retórica. 2 ed.. São Paulo: Martins Fonte. 2004.

PEREIRA, Égina Glauce Santos; VIEIRA, Letícia Alves. Efeitos de imparcialidade e de neutralidade na decisão judicial “Furto de duas melancias”. **EID&A - Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação**. N. 8, Ilhéus, p.111-133, jun.2015.

PEREIRA, Égina Glauce Santos. Metáfora, metonímia, sinédoque e ironia: elementos retóricos de racionalidade no discurso jurídico. **Revista Scripta**, v. 20, n. 40, Belo Horizonte, p.346-366, 2016.

PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos direitos da mulher: norma – fato – valor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PIOVESAN, Flávia. O que são Direitos Reprodutivos? **Universidade Livre Feminista**, 2009. Disponível em <<http://feminismo.org.br/o-que-sao-direitos-reprodutivos/>> Acesso em 17 de fevereiro de 2018.

POMPEU, Ana. ADPF que discute criminalização do aborto bate recorde de *amici curiae* no Supremo. **Conjur – Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/adpf-discute-aborto-bate-recorde-amici-curiae-supremo?imprimir=1>> Acesso em 23 de março de 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. **Revista de Informação Legislativa**, n. 124. Brasília, 1994. p. 179-184.

RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal**: o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27^a ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2. ed. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004

REDE NACIONAL FEMINISTA DE SAÚDE, DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS REPRODUTIVOS. Seminário Nacional Implementando os marcos de saúde integral e direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Porto Alegre (RS). Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/169650/mod_resource/content/2/Texto%20DDSSD DRR.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/169650/mod_resource/content/2/Texto%20DDSSD%20DRR.pdf)> Acesso em 10 de dezembro de 2017.

REPOLÊS, M. F. S.; JÚNIOR, A. C. V. **Argumentação técnica, deliberação pública e decisão política**: estudo sobre a participação nos organismos de Bacias de Águas. Direitos fundamentais e democracia I [Recurso eletrônico on-line] /organização CONPED/UFF; coordenadores: Edinilson Donisete Machado,Jonathan Barros Vita. – Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 185-210. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=89>>. Acesso em 12 de julho de 2016.

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 09 de agosto de 2016.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82-83.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**: defesa das liberdades civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZYNWELSKI, Cristiane. Teoria Geral do Direito e o fato jurídico processual. Uma proposta preliminar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 224, 17 fev. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4837>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

SYNWELSKI, Cristiane. Tópica Jurídica: solução ou problema. **Revista CEJ**, V. 12 n. 41 abr./jun.2008. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1026>> .Acesso em 19 de fevereiro de 2016.

SOARES ROBERTO, Giordano. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Institucional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em 09 de agosto de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Glossário Jurídico**. Repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>> Acesso em 26 de outubro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notas taquigráficas da audiência pública do dia 26 de agosto de 2008a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_26808.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notas taquigráficas da audiência pública do dia 28 de agosto de 2008b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf> Acesso em 30 de agosto de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notas taquigráficas da audiência pública do dia 04 de setembro de 2008c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_4908.pdf> Acesso em 30 de agosto de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notas taquigráficas da audiência pública do dia 16 de setembro de 2008d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_16908.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notas taquigráficas da audiência pública ADI nº 3510 realizada no dia 20 de abril de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%E3o%20-%20de%20audi%EAncia>>. Acesso em 30 de agosto de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. República: outros ministros. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=217>>. Acesso em 06 de maio de 2016

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notas taquigráficas da audiência pública ADPF nº 186 realizada no dia 03 de março de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf> Acesso em 30 de maio de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**: a constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TALAMINI, Eduardo. “*Amicus curiae* – comentários aos art. 138 do CPC”, em **Breves comentários ao novo CPC** (orga. Teresa Wambier, F. Didier Jr., E. Talamini e B. Dantas), São Paulo, Ed. RT, 2015, p. 438-445.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. **Ciência e Cultura**, vol.64, nº 2, São Paulo, Apr./June, 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200017> Acesso em 03 de outubro de 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Audiências Públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

VALLE SILVA, Gilda Olinto. Capital cultural, classe e gênero em Bourdieu. **Informare - Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação**, v.1, n.2, 1995. p. 24-36

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. Natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 19, n. 6, p. 82, jun. 2007.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. Brasília-DF: Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), 2009

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

VERNANT, Jean-Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. 2.ed. Tradução Ísis Borges B. da Fonseca. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

VICENTE, Dário Moura. **O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas**. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Hok25hMXaWk%3D&tabid=341>> Acesso em: 17 de abril de 2013.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução Kelly Susane Alflen Silva. Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ZAPATER, O Código Penal de 1940: não parece que foi ontem? **Carta Capital**, 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/06/03/o-codigo-penal-de-1940-nao-parece-que-foi-ontem/>> Acesso em 03 de outubro de 2017.