

UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIAS
JURÍDICAS DOUTORADO EM DIREITO**

RAPHAEL FARIAS MARTINS

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: INSTRUMENTOS DE ABERTURA DEMOCRÁTICA
PARA A CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS ENVOLVENDO
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

**MARINGÁ-PR
2023**

RAPHAEL FARIAS MARTINS

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: INSTRUMENTOS DE ABERTURA DEMOCRÁTICA
PARA A CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS ENVOLVENDO
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar – (UNICESUMAR), como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito

Área de Concentração: Direitos da Personalidade.

Linha de Pesquisa: Instrumentos e Efetivação dos direitos da personalidade

Orientador: Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira.

MARINGÁ-PR

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M386a Martins, Raphael Farias.
Audiências públicas: instrumentos de abertura democrática para a construção de soluções de conflitos envolvendo direitos da personalidade / Raphael Farias Martins. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2023.
266 f.; il.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira.
Tese (Doutorado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2023.

1. Audiências Públicas. 2. Sociedade Aberta de Intérpretes. 3. Direitos da Personalidade 4. Democracia Deliberativa. 5. Norma Judicial. I. Título.

CDD – 342

Leila Nascimento – Bibliotecária – CRB 9/1722
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo (a) autor (a).

RAPHAEL FARIAS MARTINS

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: INSTRUMENTOS DE ABERTURA DEMOCRÁTICA
PARAA CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS ENVOLVENDO
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar – (UNICESUMAR), como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito

Orientador: Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira.
Orientador – Unicesumar

Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld - UNAERP
Membro Externo

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral – ITE
Membro Externo

Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira – Unicesumar
Membro Interno

Profa. Dra. Cleide A. Gomes R. Fermentão – Unicesumar
Membro Interno

Aprovado em: 30/11/2023

Dedico este trabalho a Deus e à minha família,
sobretudo à minha esposa, Elaine, que me apoiou
nessa longa e desafiadora jornada de
doutoramento.

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta tese de doutorado somente se tornou viável graças ao apoio de diversas pessoas, às quais eu gostaria de expressar minha gratidão sincera.

Primeiramente, expresso minha gratidão a Deus por me proporcionar esta experiência maravilhosa chamada vida, por incluir pessoas especiais em minha trajetória, pela bênção de ingressar no Doutorado e pela elaboração deste estudo. A cada dia tenho convicção de que nada em minha vida seria viável sem a benevolência de meu Senhor Jesus Cristo, a quem rendo toda honra e glória.

Agradeço ao Professor Doutor Dirceu Pereira Siqueira pela paciência, dedicação e praticidade, que sempre me orientou na elaboração de artigos e deste estudo. Ser seu orientando foi uma imensa honra e privilégio.

À minha amada mãe, mulher guerreira que, viúva, criou três filhos, gostaria de deixar expresso todo meu agradecimento pelo amor, carinho, atenção, valoração do estudo e apoio. Esta conquista, como todas as outras que tive e terei em minha vida, somente foram possíveis pela renúncia de alguns de seus sonhos, ao optar em colocar seus filhos em primeiro lugar na sua vida. Não tenho palavras suficientes para demonstrar toda a minha admiração e agradecimento à senhora: minha heroína, minha guerreira, minha mãe amada.

Elaine, amada esposa e querida amiga, obrigado por encarar comigo esse desafio. Sei que não foi fácil tolerar minhas inquietações, preocupações e ausências. Obrigado por partilhar seus sonhos comigo e me dar o meu maior presente: nossa filha, Cecília. Amor, essa jornada somente foi possível percorrer porque você estava ao meu lado. Sei que estou agradecendo a você, mas me permita agradecer a Deus pela bênção de ter colocado você em minha vida – “O homem que encontra uma esposa encontra um bem precioso e recebe o favor do SENHOR.” (provérbios 18:22). Te amo.

Ilausy, minha querida irmã, você sempre foi uma grande inspiração para mim, de maneira que optei por seguir seus passos ao ingressar na graduação em Direito e, novamente, seguindo seus passos ingressei no Mestrado. Muito obrigado por todo carinho e apoio. Não poderia deixar de agradecer, também,

pelos meus lindos sobrinhos - Ana Elisa, João Vitor e João Pedro - e pelo cunhado maravilhoso que trouxe para nossa família.

Edu, meu amigo, sócio e irmão em Cristo, quero lhe agradecer pela amizade, pela paciência e pelo apoio. No período de Mestrado e Doutorado, tive que dividir minha atenção entre o escritório e o estudo. Sem o seu suporte, não seria possível a obtenção deste título.

Agradeço também aos advogados que fazem parte da equipe Martins Vieira Advogados, escritório que tive o prazer, juntamente com meu sócio Edu, de fundar em 2009, cuja equipe foi essencial para que eu pudesse me dedicar às aulas e a escrever os inúmeros artigos publicados e os que serão, bem como pudesse me ausentar do escritório para pesquisar e escrever a presente Tese. A vocês, o meu muito obrigado.

Por último, quero agradecer a todos os professores e colegas do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas da UniCesumar pelo conhecimento compartilhado.

“Jesus respondeu: — Eu sou o caminho, a verdade e a vida; ninguém pode chegar até o Pai a não ser por mim. Agora que vocês me conhecem, conhecerão também o meu Pai. E desde agora vocês o conhecem e o têm visto”.

João 14:6-7.

RESUMO

A partir das mudanças substanciais que acompanham a contemporaneidade, a pesquisa se propõe a investigar a importância dos direitos que tutelam a personalidade, sob o olhar da dignidade humana, dando um enfoque para a natureza jurídica sensível de tais direitos em razão da sua dupla acepção de tutela do sujeito em sua interioridade (com ele mesmo) e em sua exterioridade (com seus pares). Buscar-se-á a construção de um arcabouço científico fidedigno para analisar a necessidade de abertura à sociedade dos intérpretes, especialmente assentando-se nos estudos de Peter Haberle sobre a teoria da interpretação constitucional e de verificação de um método que considera a pluralidade social. Nesse sentido, seguir-se-á proposta por de Peter Haberle, com o intuito de observar a relevância da abertura do diálogo na construção de norma judicial em um processo interpretativo do órgão judicante quando da aplicação de direitos personalíssimos. Adotar-se-á como tipo de pesquisa o jurídico-propositivo, com o intuito de sugerir mudanças ou reformas legislativas concretas. Além disso, será utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo, empregando estudos bibliográficos e estudos de casos, em especial a experiência argentina para atingir o objetivo da pesquisa. A partir das análises realizadas foi possível verificar que a realização das audiências públicas se faz necessária, mormente quando tratar-se de direitos tão sensíveis como os da personalidade constituídos na forma de verdadeiras cláusulas abertas, devendo-se, pois, amoldar-se às múltiplas particularidades sociais e pluralidade de aspectos que envolvem a sociedade contemporânea. Conclui-se, portanto, que são as audiências públicas instrumentos capazes de propiciar uma abertura para que os destinatários da norma judicial formada em decorrência da atuação do órgão judicante proporcionando efetividade às soluções oriundas do Poder Judiciário, medida indispensável em uma democracia deliberativa.

Palavras-chave: Audiências Públicas, Sociedade Aberta de Intérpretes, Direitos da Personalidade, Democracia Deliberativa, Norma Judicial.

ABSTRACT

Based on the substantial changes that accompany contemporary times, the research aims to investigate the importance of rights that protect personality, from the perspective of human dignity, focusing on the sensitive legal nature of such rights due to their double meaning of guardianship of the subject in his interiority (with himself) and in his exteriority (with his peers). We will seek to build a reliable scientific framework to analyze the need for openness to the society of interpreters, especially based on Peter Haberle's studies on the theory of constitutional interpretation and the verification of a method that considers social plurality. In this sense, a proposal by Peter Haberle will be followed, with the aim of observing the relevance of opening dialogue in the construction of judicial norms in an interpretative process of the judicial body when applying very personal rights. The legal-purpose type of research will be adopted, with the aim of suggesting concrete legislative changes or reforms. Furthermore, the hypothetical-deductive method of approach will be used, employing bibliographical studies and case studies, especially the Argentine experience to achieve the research objective. From the analyzes carried out, it was possible to verify that holding public hearings is necessary, especially when dealing with rights as sensitive as those of personality constituted in the form of true open clauses, and must therefore adapt to the multiple social particularities and plurality of aspects that involve contemporary society. It is concluded, therefore, that public hearings are instruments capable of providing an opening for the recipients of the judicial norm formed as a result of the action of the judicial body, providing effectiveness to solutions originating from the Judiciary, an indispensable measure in a deliberative democracy.

Keywords: Public Hearings, Open Society of Interpreters, Personality Rights, Deliberative Democracy, Judicial Standard

LISTA DE ABREVIações

APs	Audiências Públicas
STF	Supremo Tribunal Federal
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
TED	Teoria Estruturante do Direito

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1 Passos condutores de pesquisa em revisão da literatura
- Figura 2 Organizações mais atuantes nas APs no STF (2007-2019), três participações
- Figura 3 Audiência Pública sobre Código Florestal (18/04/2016)
- Figura 4 Itinerário Processual da ADPF nº 54

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Propósito e funções para a condução de uma revisão de literatura
Tabela 2	Tipos de revisões comuns com definições
Tabela 3	Associação entre as variáveis explicativas e a convocação da AP
Tabela 4	Lista das 19 primeiras Audiências Públicas realizadas no STF
Tabela 5	Taxa de incidência das APs no STF por ano de distribuição
Tabela 6	Audiências Públicas em Controle Concentrado
Tabela 7	Análise dos Votos dos ministros: ADI 3.510 (pesquisa com células-tronco)
Tabela 8	Análise dos Votos dos ministros: ADI 3.510 (pesquisa com células-tronco)
Tabela 9	ADPF 54: Aborto de fetos anencéfalos
Tabela 10	ADPF 186: Sistema de cotas em universidades
Tabela 11	Análise dos votos dos ministros: ADIs 4.679, 4.756, 4.747 e 4.923 (novo marco da TV por assinatura)
Tabela 12	ADI 4.650: Financiamento das campanhas eleitorais
Tabela 13	ADIs 5.062 e 5.065: Gestão coletiva de direitos autorais

LISTA DE GRÁFICOS

- Gráfico 1 Tipos de Participantes nas 19 audiências Públicas no STF
- Gráfico 2 Total de Audiências Públicas por tipo de apresentação
- Gráfico 3 Alinhamento dos participantes das APs
- Gráfico 4 Alinhamento dos participantes citados nos votos dos Relatores no relatório e fundamentação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 PARÂMETROS METODOLÓGICOS DA PESQUISA	18
1.2 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA	18
1.3 DOS ESTÁGIOS DA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA	22
1.4. ORGANOGRAMA DA ESTRUTURA DA TESE A PARTIR DA METODOLOGIA ADOTADA	33
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; PLURALISMO E DIREITOS DA PERSONALIDADE	35
2.1 PESSOA E ESTADO: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA ENTRE RAZÃO DE SER E A QUEM SE DESTINA	43
2.1.1 DA ESSENCIALIDADE DA PESSOA PARA O ESTADO	43
2.1.2 PESSOA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	59
2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A IMPORTÂNCIA DA PESSOA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	68
2.3 A DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO DIRECIONADOR E CONSTRUTOR DA CLÁUSULA ABERTA QUE COMPÕE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	80
2.4 PLURALISMO JURÍDICO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS ASPECTOS MULTIFACETADOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA	98
3 ABERTURA PARA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NAS DECISÕES JUDICIAIS	106
3.1 CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DA DEMOCRACIA, LEGITIMAÇÃO E SOBERANIA DA PESSOA	112
3.2 AFASTAMENTO DO MONOPÓLIO INTERPRETATIVO JUDICIAL, CRISE DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES, NEOCONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E AMBIENTE DE ABERTURA À SOCIEDADE DOS INTÉRPRETES: “MEDIAÇÃO ESPECÍFICA ENTRE ESTADO E SOCIEDADE”	129
3.3 INTERSECÇÕES ENTRE A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	137
3.4 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR	140
3.4.1 EXPERIÊNCIA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS NO BRASIL	155
3.4.2 DIREITO ESTRANGEIRO: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS NA ARGENTINA	163
3.4.3 APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS ENTRE AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS E O AMICUS CURIAE	175
4 AUDIÊNCIA PÚBLICA E A CRIAÇÃO DE NORMA JUDICIAL PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM DIREITOS DA PERSONALIDADE	185
4.1 DISCURSO COMUNICATIVO OU ESTRATÉGICO? INCOMPATIBILIDADES TEÓRICO-PRÁTICAS DOS FINS A QUE SE DESTINAM AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS:	185
4.2 AUDIÊNCIA PÚBLICA: INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA CONSTRUÇÃO DE NORMA JUDICIAL EM CASOS QUE ENVOLVAM DIREITOS DA PERSONALIDADE	207
CONCLUSÃO	243
REFERÊNCIAS	260

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental, quiçá o mais básico dos direitos humanos, para um sistema jurídico igualitário, que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos, desta feita, a pesquisa se propõe a investigar a importância dos direitos da personalidade na sociedade plural moderna e a necessidade de abertura à sociedade dos intérpretes na construção da solução que envolvam tais direitos, dada a sensibilidade desses direitos, por tutelarem tanto a relação do sujeito com ele mesmo (interioridade), do sujeito com seus pares (exterioridade), do sujeito com a coletividade (exterioridade), e a afetação que a solução judicial trará na sociedade.

A contemporaneidade é marcada pela ocorrência de mudanças substanciais na organização dos poderes, antes caracterizada pelas funções clássicas elaboradas por Montesquieu, as quais não representam mais a realidade social e política vigente, porque o equilíbrio entre os Poderes, o ordenamento codificado e o legislador racional são projeções não apenas do individualismo liberal, mas também de uma sociedade menos complexa e menos dinâmica do que a do século XX.

O Poder Judiciário, que, na visão clássica, deveria solucionar os conflitos de interesse surgidos na sociedade pelo direito posto, tem se tornado palco de inúmeras demandas com temas ainda não tratados pelo Poder Legislativo ou pendente de elaboração de políticas públicas pelo Poder Executivo e cuja deliberação terá consequências para a toda a população, principalmente se decididas pelo Supremo Tribunal.

O protagonismo assumido pelo poder judiciário e a flexibilização das funções clássicas a ele atribuídas demonstra a necessidade de se aplicar a teoria proposta por Habermas de abertura da interpretação das normas à sociedade a fim de se construir norma judicial de solução de conflitos que envolva direitos da personalidade.

Nesse ponto que surge a indagação que norteará o estudo proposto, qual seja: em uma sociedade pautada no pluralismo, as audiências públicas judiciais

são instrumentos necessários para construção de norma judicial de solução de conflitos que envolvam direitos da personalidade?

Diante da problemática central que norteia o desenvolvimento do presente estudo, aventa-se como hipótese da pesquisa que, em uma sociedade plural, os conflitos que envolvam direitos da personalidade, dada a importância dessas normas jurídicas, não devem ficar restritos à interpretação dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, de modo que a abertura a sociedade de intérpretes mostra-se imprescindível para construção de norma judicial de solução de conflitos que envolvam direitos da personalidade.

No tocante ao instrumento de efetivação da abertura sociedade de intérpretes na construção da norma judicial de solução de conflito, as audiências públicas judiciais serão analisadas se são instrumentos adequados para tal mister e caso haja a necessidade de readequações no modelo atual para que os debates realizados impactem os votos proferidos pelos Ministros.

Desta feita, direitos da personalidade, sociedade plural moderna, audiências públicas e sociedade aberta dos intérpretes compõem a linha investigativa para, assim, desvendar as nuances que a inserção de elementos democratizantes na solução de conflitos de que envolvem direitos da personalidade, com foco na efetivação desses direitos se apresenta como questão premente.

O ineditismo do estudo será demonstrado por intermédio da revisão sistemática da literatura e o percurso adotado para condução da investigação científica justifica-se pela necessidade de construção de um arcabouço científico fidedigno, transparente, replicável e, portanto, alheio aos anseios, tendências e às preferências do pesquisador. Projeta-se que o desenvolvimento da metodologia favorecerá a proposição de estratégias e/ou alternativas para melhor enfrentamento das questões atinentes à abertura a sociedade na construção de solução em conflitos que envolvem da personalidade.

Quanto ao tipo de pesquisa, o tipo e a técnica de pesquisa serão o Jurídico-propositivo, visando o questionamento de normas, com o intuito de propor mudanças ou reformas. No tocante, ao método de abordagem, utilizar-se-á o Método hipotético-dedutivo.

A metodologia adotada será mais bem delineada no primeiro capítulo, onde os critérios e fontes de pesquisa serão apresentados e, por conseguinte, confirmarão a originalidade da investigação e a garantia de aderência à área de concentração do Programa de Pós- Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar – Unicesumar –, em especial à segunda linha pesquisa intitulada “instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade”.

No segundo capítulo, será abordado o Estado democrático de direito, pluralismo e direitos da personalidade, apresentando-se o surgimento do Estado como uma resposta a necessidade de segurança e manutenção da vida da pessoa, a fim de demonstrar a importância da pessoa e dos direitos da personalidade para o Estado, tendo a teoria contratualista como marco teórico.

No terceiro capítulo, será apresentada as audiências públicas como instrumento de abertura para participação democrática nas decisões judiciais, trazendo as experiências argentinas com as audiências públicas judiciais e apresentado as aproximações e distanciamentos existentes entre as audiências públicas com o *amicus curie*.

No quarto capítulo, apresentar-se-á audiência pública como instrumento indispensável para a criação de norma judicial para a solução de conflitos que envolvam direitos da personalidade, trazendo-se a necessidade de mudanças na formatação atual a fim de evitar seu uso de forma estratégica pelo relator e viabilizar debate democrático pela sociedade aberta.

O presente estudo busca contribuir com a análise das audiências públicas como instrumento de efetivação democrática dos direitos da personalidade e apresentação.

1 PARÂMETROS METODOLÓGICOS DA PESQUISA

No presente capítulo, será apresentada a metodologia que será utilizada nesta pesquisa, demonstrando-se que a condução científica segue critérios válidos, confiáveis, rigorosos e adequados à problemática enfrentada.

A originalidade da investigação e a aderência à área de concentração do Programa de Pós-graduação “*stricto sensu*” em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar, em especial à linha pesquisa instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade, serão demonstrados pelos parâmetros metodológicos adotados na presente pesquisa.

Partindo da descrição metodológica da pesquisa, apresentar-se-á a estrutura da tese.

1.2 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA

A revisão sistemática é um método sistemático, explícito e reproduzível para identificar, avaliar e sintetizar o corpo existente de trabalhos concluídos e registrados produzidos por pesquisadores, acadêmicos e profissionais (Booth; Sutton; Clowes; Marty-St James, 2022, p.2), consistindo, desta forma, na atividade do pesquisador em localizar, selecionar e avaliar estudos de uma determinada área (Denyer; Tranfield, 2009).

A abrangência, transparência e replicabilidade da revisão sistemática visa a minorar a subjetividade e a tendência do pesquisador, sendo a replicabilidade ou a reprodutibilidade uma das características essenciais da revisão sistemática dada a explicitação das bases de dados bibliográficos consultadas, os protocolos de buscas, termos empregados, critérios para inclusão e exclusão de textos são esclarecidos. A revisão sistemática constitui-se em método para tomada de decisão nos contextos públicos e privados dado seu alto nível de evidência (Galvão; Ricarte, 2019, p. 58- 59).

Watson e Webster (2002) destacam que a revisão da literatura relevante se trata de característica essencial de qualquer projeto acadêmico, por criar base sólida para o avanço do conhecimento e facilitar o desenvolvimento da teoria, fechar áreas onde existe uma infinidade de pesquisas e descobrir áreas onde a pesquisa é necessária. A revisão sistemática utiliza a literatura revisada para

desenvolver ou avaliar teoria existente e/ou ter implicações claras para as políticas ou prática (Siddaway; Wood; Hedges, 2019, p. 751).¹

Booth; Sutton; Clowes; Marty-St James (2022, p.5) apresentam alguns propósitos e as funções das revisões sistemáticas de literatura:

Table 1 - Familiar purposes and functions for conducting a literature review.

Purpose	Function
Do I want to know much literature and what types of literature exist in specific topic area?	Mapping the landscape
Do I want to get a feel for the current state of knowledge in an unfamiliar topic area?	Sensitisation to new areas
Do I want to know the major studies and main authors in a specific topic area?	Spotting the landmarks
Do I want to locate my own research within the context of what has already gone before	Positioning one's research
Do I want to see how different disciplines or professions have taken forward the same ideas or concepts?	Comparing ideas
Do I want to identify the main theories that authors have applied to a particular topic area?	Exploring theory
Do I want to explore different approaches to tackling the same methodology or problem?	Brainstorming approaches
Do I want to learn lessons from current practice?	Taking stock
Do I want to identify unexplored areas or gaps in research?	Seizing opportunities

Booth; Sutton; Clowes; Marty-St James (2022, p. 06) apresentam, ainda, tipos comuns de revisão sistemática com suas definições:

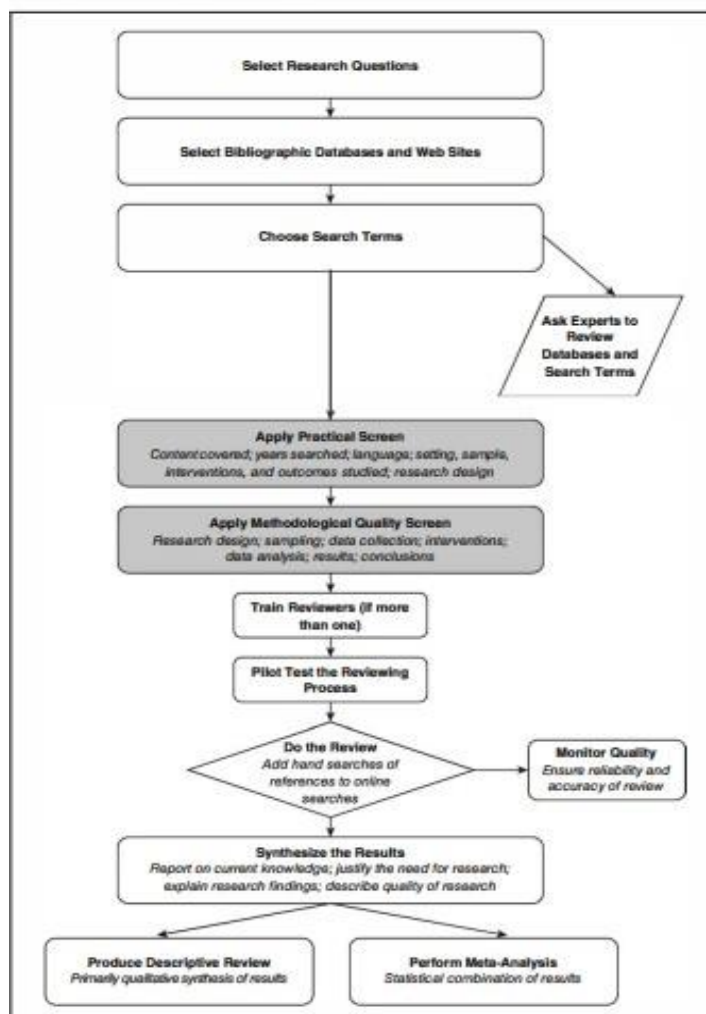
Table 2 - Common traditional review types with definitions.

¹ A confiabilidade da revisão pode ser medida, por exemplo, se as seguintes perguntas podem ser respondidas: How and why were particular studies included or excluded? What is the extent, nature, and consistency of the literature? Is the review coherent and clear? Do its conclusions seem like they can be trusted because they directly relate to the available evidence? (Siddaway; Wood; Hedges, 2019, p. 752). "Como e por que estudos específicos foram incluídos ou excluídos? Qual é a extensão, natureza e consistência da literatura? A revisão é coerente e clara? Suas conclusões parecem ser confiáveis porque estão diretamente relacionadas às evidências disponíveis?" Em tradução livre.

Label	Definition	Source
Critical review	Aims to demonstrate writer has extensively researched literature and critically evaluated its unity. Goes beyond mere description to include analysis and conceptual innovation. Typically results in hypothesis or model	Grant & Booth (2009)
Integrative review	Approach (primarily within nursing research) that allows for inclusion of diverse methodologies (i.e., experimental and non-experimental research)	Whittemore & Knafl (2005)
Narrative review	Summarizes the literature in a way which is not explicitly systematic, particularly when contrasted with a systematic review	Baethge et al (2019)
State of the art review	Tend to address current matters in contrast to combined retrospective/current approaches. May offer new perspectives on issue or point out area for further research	Grant & Booth (2009)

FINK (2014, p. 50) apresenta organograma detalhado dos passos necessários para que seja realizada a revisão sistemática de literatura são:

Figura 1 – Passo condutores de pesquisa em revisão da literatura

Figure 2.1 Steps in Conducting Research Literature Reviews

Fonte: FINK (2014, p. 50)

Cronin; Ryan; Coughlan (2008, p. 39) e Siddaway; Wood; Hedges (2019, p. 752), no que lhe concernem apresentam três modalidades características de revisão sistemática: revisões sistemáticas com meta-análise; revisões sistemáticas narrativas; e revisões sistemáticas com meta-síntese.²

² “Meta-synthesis is the non-statistical technique used to integrate, evaluate and interpret the findings of multiple qualitative research studies. Such studies may be combined to identify their common core elements and themes. Findings from phenomenological, grounded theory or ethnographic studies may be integrated and used. Unlike meta-analysis, where the ultimate intention is to reduce findings, metasynthesis involves analysing and synthesizing key elements in each study, with the aim of transforming individual findings into new conceptualizations and interpretations” (Cronin; Ryan; Coughlan, 2008, p. 39). “Meta-síntese é a técnica não estatística usada para integrar, avaliar e interpretar as descobertas de vários estudos de pesquisa qualitativa. Esses estudos podem ser combinados para identificar seus principais elementos e temas comuns. Achados da teoria fenomenológica, fundamentada ou etnográficas estudos podem ser integrados e usados. Ao contrário da meta-análise, em que a intenção final é reduzir as descobertas, a meta-síntese envolve a análise e a síntese de elementos-chaves em cada estudo, visando transformar o indivíduo descobertas em novas conceituações e interpretações” em tradução livre.

Para fins desta pesquisa, a modalidade adotada representa a revisão sistemática com meta-síntese, com vistas a contemplar análise qualitativa, cujo objetivo é sintetizar estudos qualitativos a fim de localizar temas, conceitos ou teorias-chave com o intuito de obter poderosas explicações para o fenômeno sob análise (Galvão; Ricarte, 2019, p. 60).

O percurso adotado para a averiguação do ineditismo da tese proposta consiste na revisão sistemática da literatura, sendo que a construção utilizar-se-á, além da revisão sistemática da literatura, do método hipotético-dedutivo e da análise de casos, dada a necessidade de construção de um arcabouço científico fidedigno, transparente, replicável e, portanto, alheio aos anseios, tendências e às preferências do pesquisador. Projeta-se que o desenvolvimento da metodologia favorece a proposição de estratégias e/ou alternativas para melhor enfrentamento das questões atinentes à efetividade dos direitos da personalidade, frente ao desenvolvimento técnico-científico na seara da abertura a sociedade de intérpretes e das audiências públicas.

Portanto, passar-se-á a análise do primeiro estágio da investigação científica em curso, qual seja, da revisão sistemática da literatura, como visto, metodologia específica atinente à atividade de localizar, selecionar e avaliar estudos de uma determinada área do conhecimento (Denyer; Tranfield, 2009).

1.3 DOS ESTÁGIOS DA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA

A revisão sistemática da literatura representa uma forma chave para as respectivas comunidades acadêmicas e profissionais para fornecer a melhor evidência para informar a política e a prática em qualquer disciplina (Tranfield; Denyer; Smart, p, 2003, p. 207).

Optou-se, na presente pesquisa, por seguir as etapas da revisão sistemática da literatura enumeradas por Denyer, Tranfield e Smart (2003, p. 214), que indicam três estágios: Etapa I – Planejamento da revisão³; Etapa II – Realização de uma revisão⁴ e; Etapa III – Relatório e divulgação.⁵

³ Etapa que consiste na identificação da necessidade de revisão, definição da questão problema, preparação e desenvolvimento de um protocolo de pesquisa.

⁴ Caracteriza-se pela identificação da pesquisa, seleção de estudos, avaliação da qualidade do estudo; compilação dos dados, progresso de monitoramento e por fim, a síntese dos dados coletados.

⁵ Realização do relatório.

Etapa I – Planejamento da revisão:

Na etapa de planejamento, realizou-se discussão conceitual do problema de pesquisa e declaração da importância da questão problema, que deve ser apresentado de modo claro, evitando-se a subjetividade do pesquisador; para fins desta pesquisa os direitos da personalidade, abertura à sociedade dos intérpretes para solução de conflitos e as audiências públicas compõem as temáticas do presente estudo.

Perpassando por tal fase definiu-se como questão central da pesquisa a seguinte pergunta norteadora: Como abertura a sociedade de intérpretes, proporcionada pelas Audiências Públicas, pode impactar na solução de conflito entre direitos da personalidade produzidos?

Em uma sociedade que tem por princípio o pluralismo, a busca por uma “norma judicial” de solução de conflitos entre direitos da personalidade⁶ perpassa pela abertura à sociedade da interpretação, cenário em que as audiências públicas judiciais podem se transformar em instrumentos que viabilizam a participação da sociedade plural moderna na solução da colisão entre direitos da personalidade⁷. Qual a importância dos direitos da personalidade para a sociedade plural moderna? Por que a solução de conflitos entre direitos da personalidade deve perpassar pelo debate aberto à sociedade? O que são audiências públicas judiciais? Como elas funcionam? Quais os impactos das audiências publicadas judiciais atualmente nos votos proferidos pelos Ministros?

As perguntas, apesar de demasiadamente amplas, tem o condão de contribuir com o recorte epistemológico da pesquisa que irá tangenciar aspectos da filosofia e sociologia, no entanto, o foco central consistirá na investigação de como as audiências públicas judiciais repercutiram e como poderão repercutir no

⁶ “Nos casos de colisão – como entre os direitos à informação, de um lado, e à imagem, honra ou privacidade, de outro – o melhor caminho é reconhecer nos chamados direitos da personalidade expressões da irrestrita proteção jurídica à pessoa humana e, portanto, atribuir-lhes a natureza de princípios de inspiração constitucional. Assim, tais litígios deverão ser examinados por meio do já amplamente aceito mecanismo da ponderação 16, visando verificar, no caso concreto, onde se realiza mais plenamente a dignidade da pessoa humana, conforme a determinação constitucional.” (Moraes, p.5, 2007).

⁷ “O Poder Judiciário alcança cada vez mais relevo no cenário jurídico brasileiro, palco de inúmeras demandas com temas ainda não tratados pelo Poder Legislativo ou pendente de elaboração de políticas públicas pelo Poder Executivo, e cuja deliberação terá consequências para a toda a população, principalmente se decididas pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que a participação popular em decisões como estas tornam-se de suma importância, como forma não apenas de promover uma democratização do Poder Judiciário, mas também como meio de aprimoramento dessas decisões.” (Siqueira; Ramiro; Martins; de Souza, p. 200 e 201, 2021).

âmbito dos direitos da personalidade, evidenciadas a partir da revisão sistemática da literatura empreendida.

Direitos da personalidade⁸, abertura à sociedade dos intérpretes para solução de conflitos e as audiências públicas que compõem a linha investigativa proposta, de modo que se deve desvendar as nuances que a inserção de elementos democratizantes na solução de conflitos de direitos da personalidade, com foco na efetivação destes direitos se apresenta como questão premente.

Assim, justifica-se a incursão teórica proposta para o desenvolvimento de um contributo interdisciplinar acerca do mapeamento da relação abertura à sociedade dos intérpretes para solução de conflitos e poder judiciário⁹, em que a própria leitura da tutela do homem assume dimensão que se altera conforme os anseios sociais.

Objetiva-se, contudo, mapear e atualizar as fronteiras dos direitos da personalidade, para tanto, destaca-se a importância da revisão sistemática da literatura, contribuindo para a exploração das bases de dados e favorecendo a coleta diversificada de materiais, no tocante a investigação da abertura à sociedade na construção de norma judicial de solução de conflitos entre direitos da personalidade.

A relevância do estudo proposto origina-se na importância da teoria dos direitos da personalidade que é fruto da reação em face ao domínio absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo, a escola jusnaturalista e a Revolução Francesa que “consagraram os direitos fundamentais e essenciais do indivíduo, oriundos da sua íntima condição de indivíduo, que somando à proteção estatal gerava a categoria dos direitos inatos” (Mattia, 1978, p 35).

Os direitos da personalidade, na atual codificação brasileira, estão disciplinados em duas grandes modalidades. A primeira, consubstanciada no artigo 12º, que constitui a cláusula geral protetora do direito geral de personalidade

⁸ “Com frequência observa-se que os direitos da personalidade são utilizados no instituto que ostenta sustentáculo na dignidade da pessoa humana e o julgador deverá decidir com a técnica da ponderação aquela decisão que assegure os direitos fundamentais, a democracia e a segurança jurídica.” (Teixeira; Ikeda, p. 131, 2022).

⁹ “O cenário social e político contemporâneo é marcado por uma ascensão de papéis do Poder Judiciário, que perde uma posição apática e de coadjuvante, aplicando apenas as vontades do legislador, para ter uma função mais ativa, de quem não apenas interpreta o Direito, mas que também faz o Direito, principalmente quando se refere ao Supremo Tribunal Federal.” (Siqueira; Lara; de Souza, p. 2 e 3, 2022)

do homem. A segunda, advinda dos artigos 13º a 21º, que trazem algumas tipificações de direitos da personalidade, “tendo o legislador inserido aleatoriamente alguns tipos, filiando-se, de certa maneira, à teoria tipificadora e fracionária do direito de personalidade” (Zsaniawski, 2005, p. 178).

O Brasil repete a fórmula adotada por Portugal e Itália ao definir as características gerais e regular alguns aspectos especiais que, independentemente da regulamentação dos direitos da personalidade no Código Civil, os seus principais direitos ainda são mantidos na Constituição. O vigente Código Civil brasileiro “estabelece um regime comum aplicável aos direitos da personalidade e à previsão de alguns direitos da personalidade em espécie, regulando aspectos sobre o corpo, o direito ao nome ou o direito à imagem, não suficientemente versados na Constituição Federal” (Beltrão, 2014, p. 48-49).

Apesar da tardia tipificação dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, é de se observar que os direitos do homem “não nascem de uma vez, nem de uma vez por todas”, eles se desnudam em resposta à opressão infligida à pessoa, como os direitos que impõem a abstenção do Estado surgiram como resposta ao absolutismo e os direitos às liberdades sociais nascem do desenvolvimento dos agrupamentos proletariados em réplica à opressão econômica imposta pelos detentores dos meios de produção (Bobbio, 2004, p. 4).

Outrossim, mantendo aderência à linha de pesquisa acerca de Instrumentos e efetivação dos direitos da personalidade do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Unicesumar, uma vez mapeado os pontos de intersecção entre Direitos da Personalidade e Democracia, será possível elencar temáticas convergentes aos instrumentos de efetivação de tais direitos. Neste ponto, denota-se a releitura do direito fundamental de acesso à justiça, sob o viés da audiência pública judicial.

Propõe-se apresentar a imperiosa necessidade de discussão democrática no seio das audiências públicas para a solução dos conflitos entre direitos da personalidade, visualizando-se ampliar a potencialização da pacificação social acerca do tema tratado democraticamente pelo Supremo Tribunal Federal.

O estudo proposto terá com marco teórico Peter Habërle (1997, p. 36; 38-39) para quem:

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente 'competente', a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e das práticas cotidianas, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais [...] Democracia é o 'domínio do cidadão', não do Povo, no sentido de Rousseau. [...] A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. [...] Liberdade fundamental (pluralismo) e não o 'Povo' converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. [...] Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e 'eruptivo' a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais.

Nesse sentido, Jucá (2007) assevera que:

Com base na moderna teoria da democracia, Peter Häberle erigiu uma teoria democratizante da interpretação constitucional, considerando que o povo tem a importante função de intérprete constitucional. Para ele, os fatos são critérios determinantes no processo interpretativo, ou seja, a interpretação feita pelo povo deve ser considerada no momento da aplicação das normas constitucionais. Assim, destacando a realidade social como fator essencial à atividade interpretativa, Häberle acrescentou o povo ao rol dos intérpretes constitucionais, elegendo como condição *sine qua non* a existência de uma Constituição Aberta, garantidora do pluralismo e da democracia participativa. (Grifo nosso)

Por tal vertente que, primeiramente, se justifica a metodologia empregada na pesquisa para identificação acerca de qual o viés científico a abertura à sociedade na construção da norma judicial de solução de conflito é abordada nos textos jurídicos que investigam os direitos da personalidade.

Nesse contexto aberto a revisão sistemática da literatura configura alternativa viável para o mapeamento do estado da arte no tocante à intersecção entre os direitos da personalidade, a abertura à sociedade dos intérpretes para solução de conflitos e as audiências públicas, questões secundárias também podem ser aventadas, como: Qual a importância dos direitos da personalidade para a sociedade plural moderna? Por que a solução de conflitos entre direitos da

personalidade deve perpassar pelo debate aberto à sociedade? O que são audiências públicas judiciais? Como elas funcionam? Quais os impactos das audiências publicadas judiciais atualmente nos votos proferidos pelos Ministros?

Com o avanço do desenvolvimento do trabalho caberá rumar para as investigações conectadas com a intersecção da abertura à sociedade na solução entre conflitos entre direitos da personalidade com vistas à efetividade desses direitos. Das novas fronteiras dos direitos da personalidade no século XXI, emergem questões atinentes aos caminhos de efetivação que culminam em estratégias de virtualização dos instrumentos processuais de acesso à justiça.

O futuro da agenda de acesso à justiça está em construção, como alerta Sullivan, “the access to justice is the modern-day bellwether of not only the health of our modern court system, but our society”¹⁰ (Sullivan, 2016. p. 69).

Infere-se que, em Segundo plano, a revisão sistemática da literatura proporcionará análise das lacunas atinentes ao tema e contribuirá para o desenvolvimento de uma discussão reflexiva e propositiva para a facilitação da implementação dos direitos da personalidade, no âmbito da temática da abertura à sociedade na construção da normal judicial de solução de conflito e ao acesso à justiça.

Assim, uma vez definido o contexto que a pesquisa se insere, a questão ou problema de pesquisa, qual seja: Como a abertura à sociedade de intérpretes, proporcionada pelas Audiências Públicas, pode impactar na solução de conflito entre direitos das personalidades produzidas? Passar-se-á para a apresentação do protocolo de pesquisa contendo um plano de busca e critérios de inclusão dos artigos:

Protocolo de pesquisa:

1. Acesso a livros e artigos sobre Direitos da Personalidade e a sociedade aberta dos intérpretes.
2. Acesso a livros e artigos sobre a intersecção temática entre Direitos da Personalidade e a sociedade aberta dos intérpretes.

¹⁰ Conforme tradução livre: “O acesso à justiça é o termômetro moderno não apenas da saúde de nosso sistema judiciário moderno, mas de nossa sociedade” (Sullivan, 2016. p. 69).

3. Acesso às bases de dados: Scielo, Ebsco, SSRn, Catálogo de teses e dissertações Capes e Periódicos Capes (CAFe).
4. Acesso à base digital do Banco de Teses e Dissertações da Capes.

Com o protocolo instituído, seguir-se-á para o segundo estágio da condução da revisão sistemática da literatura; foram realizadas três Revisões Sistemáticas da Literatura: a primeira revisão teve como objetivo central identificar a intersecção dos direitos da personalidade com a abertura à sociedade na solução de conflitos entre direitos da personalidade e, a partir disso, as novas fronteiras destes direitos na contemporaneidade; a segunda revisão dedicou-se a levantar os impactos da abertura à sociedade na construção da norma judicial de solução de conflito entre direitos da personalidade; já a terceira cuidou do levantamento de dados convergentes à implementação dos direitos da personalidade, com foco na intersecção entre direitos da personalidade e a sociedade aberta dos intérpretes.

Etapa II – Realização de uma revisão:

Estabelecida a questão de pesquisa e seguindo no percurso metodológico, passar-se-á a definição dos domínios da literatura que serão investigados, optando-se pelos termos de busca: “direitos da personalidade”; “a sociedade aberta dos intérpretes” e “audiências públicas”, nos idiomas português, inglês e espanhol: (direitos da personalidade) AND (sociedade aberta dos intérpretes) AND (audiência pública judicial); (personality rights) AND (open society of interpreters) AND (judicial public hearing); (derechos de la personalidad) AND (sociedad abierta de intérpretes) AND (audiência pública judicial).

A condução da pesquisa nos idiomas acima mencionados, justifica-se pelos seguintes argumentos: i) Português por ser a língua oficial do Brasil, país sede do Programa de Pós-graduação “stricto sensu” em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (PPGCJ - Unicesumar); ii) Espanhol, pela existência de Audiências Públicas Judiciais no Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e pela proximidade com os países da América Latina, realidade que, em alguns casos, se aproxima da brasileira; iii) Inglês, por ser considerado o idioma do mundo moderno e possuir inúmeros estudos publicados nesta língua.

O parâmetro para a escolha das bases seguiu a relevância indicada pelo número de periódicos indexados e o caráter interdisciplinar, dado a abrangência temática dessas. O período de busca oscilou de uma base de dados para outra, todavia, com objetivo de mapear os temas contemporâneos acerca dessa intersecção e de acompanhar a atualização do referencial teórico, as buscas por demais materiais ainda estão vigentes.¹¹

No percurso de busca em periódicos internacionais foram consultadas, respectivamente, as bases de dados Scielo, Ebsco, SSRn, Catálogo de teses e dissertações Capes e Periódicos Capes (CAFe). Os primeiros filtros de seleção foram aplicados no momento da primeira busca, assim, avançando na segunda etapa, fixaram-se como critérios limitadores artigos completos de revistas acadêmicas, nos idiomas português, inglês e espanhol.

Os procedimentos utilizados para cada base de dados, evidenciam os termos de busca utilizados e os critérios para a exclusão de artigos (filtros) foram definidos conforme as possibilidades disponíveis em cada uma delas. Com os termos de busca: “direitos da personalidade” AND “sociedade aberta dos intérpretes” AND “audiência pública judicial”; (idiomas: inglês, português e espanhol), destacam-se: na base Scielo e SSRn os resultados das pesquisas foram negativos. Na base Catálogo de teses e dissertações Capes, partiu-se dos seguintes termos de pesquisa: (direitos da personalidade) and (pluralismo) and (audiências públicas no supremo) AND (sociedade aberta de intérpretes), obtendo-se quatrocentos e oitenta textos e após os filtros restaram dezessete estudos científicos enquadraram-se nos escopos qualitativos da pesquisa, quais sejam, relação com o contexto das audiências públicas, direitos da personalidade e sociedade aberta. Na base de periódicos da Capes (CAFe) foram encontrados quatro artigos que abordam audiências públicas e direitos da personalidade. Já na base EBSCOhost, utilizando-se o termo de pesquisa “audiências públicas no supremo” partiu-se de vinte e quatro, após leitura reduzindo-se a cinco, chegando-se todo descritivo compõe o quadro abaixo:

¹¹ Pretende-se, conforme cronograma de desenvolvimento da pesquisa, revisitar as revisões sistemáticas até o início do segundo semestre de 2023, no intuito de inclusão de outros textos mais atuais.

Base de Dados	Termos de busca (Título/Resumo/Palavras-Chave)	Saída 1	Filtros	Saída 2	Após Leitura
Catálogo de Teses e Dissertações Capes	(personality rights) AND (pluralism) AND (judicial public hearing); (derechos de la personalidad) AND (pluralismo) AND (audiência pública judicial); (direitos da personalidade) AND (pluralismo) AND (audiência pública judicial)	480	Todos os Resultados	17	17
Periódicos Capes (CAf)	(personality rights) AND (open society of interpreters) AND (judicial public hearing); (derechos de la personalidad) AND (sociedad abierta de interpretes) AND (audiência publica judicial); (direitos da personalidade) AND (sociedade aberta dos interpretes) AND (audiência publica judicial)	4	Limitadores: Revistas acadêmicas (analisadas por especialistas);	4	1
Ebsco	(audiências públicas no supremo); (public hearings at the supreme); (audiencias públicas en la suprema)	24	Todos resultados; exclusão de textos repetidos nas outras bases pesquisadas		5
Total 1					Total 23

Fonte: elaborado pela Autor (2022).

Etapa III – Relatório

Como resultado da análise qualitativa, quarenta e sete textos científicos foram selecionados por se adequarem à pertinência temática, qual seja, apresentarem a intersecção entre as narrativas entre direitos da personalidade, sociedade aberta dos intérpretes e audiência pública judicial.

Quadro IV - Resultado geral da Revisão 1: Lista das obras acessadas

Base	Referências: Autor(es)/ Título da pesquisa/ Período/ Local/ Ano de publicação
Catálogo de teses e dissertações Capes	CUNHA, Juliana Marise Silva da. A comunidade aberta dos intérpretes da constituição e o caráter simbólico das audiências públicas'. Mestrado em Direito Constitucional Instituição de Ensino: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2016
	VICTOR, Tânia Mara Herculano. Audiências públicas no âmbito jurisdicional: diálogo entre a sociedade e o STF'. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, 2017.
	SILVA, Alice Reis Pereira E. As audiências públicas como instrumento de democratização do Supremo Tribunal Federal'. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São, 2010.
	ALMEIDA, Leonardo Souza Santana. A experiência das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal como instrumento de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição'. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal de Pernambuco
	MULLER, Vanessa. Democracia participativa e STF: limites e desafios das audiências públicas como promotoras de legitimação democrática. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria Biblioteca, 2021.
	CARVALHO, Flávia Martins de. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal - uma alternativa democrática? Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
	MORAES, Anderson Junio Leal. Audiências Públicas como Instrumento de Legitimação da Jurisdição Constitucional'. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.
	BACKES, Maria Helena. A audiência pública jurisdicional no estado constitucional: uma análise crítica das audiências públicas realizadas pelo supremo tribunal federal'. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Unisinos, 2014.
	RUAS, Adriana Andrade. Audiências públicas no STF, por uma jurisdição constitucional participativa. Mestrado em direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.
	SILVA, Cecília de Almeida. O potencial das audiências públicas e amicus curiae como fundamento de legitimidade democrática na jurisdição constitucional brasileira.' Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2011.
	BONFIM, Vinicius Silva. A realização das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma possibilidade de configuração da razão pública através da participação da sociedade civil'. Doutorado em direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.
	MAIA, Selmar Jose. Direito, Sociedade e representação: uma análise sistêmica acerca das audiências públicas sobre meio ambiente e a complexidade de participação social na Suprema Corte brasileira'. Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade do vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.
	CARVALHO, Rodrigo Barbosa Teles de. O Direito de Participação Democrática no Controle Concentrado de Constitucionalidade das Normas: A abertura para discussão de fatos pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado e a institucionalização do *lobby* na

	Corte.' 140 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012.
	LEITÃO, Roberta Pereira. Direitos fundamentais sociais e a jurisdição constitucional brasileira: uma análise da repercussão e da efetividade da audiência pública da saúde na jurisprudência do supremo tribunal federal. Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2012.
	FORTES, Francielli Silveira. Jurisdição constitucional aberta: uma análise da consideração do critério econômico nas decisões do supremo tribunal federal a partir da convocação da audiência pública da saúde. Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2011.
	LIRA, Daiane Nogueira de. Audiência Pública: Instrumento de Legitimação da Jurisdição Constitucional. Mestrado em direito Instituição de Ensino: Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.
	DUARTE, Gabriela Miranda. Audiência pública no supremo tribunal federal: uma arena de dissenso em construção?'. Doutorado em direito Instituição de Ensino: Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.
	QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional'. Doutorado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.
Periódicos Capes (CAf)	SIQUEIRA, Dirceu Pereira. RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Lobby em audiência pública no supremo tribunal federal: instrumentos democráticos para efetivação dos direitos da personalidade feminina. Revista Direitos Culturais , v. 15, n. 37, p. 339-364, Santo Ângelo, 2022.
Ebsco	MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. Revista bioética , 22 (3): 561-8, 2014.
	GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas. Revista Direito Práxis, Rio de Janeiro , v. 11, n. 01, p. 236-271, 2020.
	DUARTE, Carla Grigoletto. FERREIRA, Victoria Helena. SÁNCHEZ, Luis Enrique. Analisando audiências públicas no licenciamento ambiental: quem são e o que dizem os participantes sobre projetos de usinas de cana-de-açúcar. Revista Saúde Soc., São Paulo , v.25, n.4, p.1075-1094, 2016.
	SALES, Lilian. Em defesa da vida humana: Moralidades em disputa em duas audiências públicas no STF. Revista Religião e Sociedade , Rio de Janeiro, 35(2): 143-164, 2015.
	SANTOS, Alethele de Oliveira. DELDUQUE, Maria Célia. MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Discourses in Health Public Hearing and their impact on the decisions of the Supreme Court: an analysis to the theory of social systems. Revista Saúde Soc. São Paulo, v.24, supl.1, p.180-188, 2015.

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

A partir da leitura dos artigos mapeados, foi possível identificar as temáticas contemporâneas acerca dos direitos da personalidade, que serão melhor apresentadas no terceiro estágio desta revisão sistemática da literatura. Longe de

adentrar nas divergências doutrinárias acerca de “novos direitos”, caberá, neste primeiro momento, expor as temáticas que congregam os direitos da personalidade mapeadas nos textos acima mencionados, a partir da influência tecnológica.

1.4. ORGANOGRAMA DA ESTRUTURA DA TESE A PARTIR DA METODOLOGIA ADOTADA

A tese está estruturada em quatro capítulos. Marca o primeiro capítulo a apresentação do percurso metodológico instituído na pesquisa, a apresentação dos resultados quantitativos obtidos pelas revisões sistemáticas da literatura. Os direitos da personalidade e audiências públicas são conduzidos pelo eixo da problematização acerca da abertura da sociedade aberta dos intérpretes na sociedade plural moderna, que representa, neste trabalho, a ponte que unirá as análises e que, também, será objeto de investigação.

O segundo capítulo é caracterizado pela investigação da relação do Estado democrático de direito; pluralismo e direitos da personalidade, com vistas a averiguar a importância da pessoa para o Estado e desbravar fronteiras dos direitos da personalidade. Descortinar as temáticas, aprofundar nos referenciais mapeados e identificar as teorias convergentes à efetividade dos direitos da personalidade, frente aos desafios do mundo contemporâneo, representa o principal objetivo do capítulo.

No terceiro capítulo, estudar-se-á princípios, regras e audiências públicas, com o intuito de ambientar e demonstrar a importância da abertura à sociedade aberta dos intérpretes as discussões realizadas em sede de audiências públicas, trazendo a experiência argentina acerca desses institutos e, por fim, apresentando as aproximações e distanciamentos entre as audiências públicas judiciais e o *amicus curiae*.

No capítulo derradeiro, a preocupação com a efetividade, tônica do objeto geral da tese, investigar-se-á a ponderação e audiência pública como meios hábeis para criação de norma judicial de solução de conflitos que envolvam os direitos da personalidade.

A presente tese é fruto da revisão sistemática empreendida, por intermédio da qual se evidenciou a lacuna quanto ao tema proposto para investigação,

caracterizando-se, dessa forma, o ineditismo do presente estudo. A lacuna é enfrentada pela pesquisa em curso.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; PLURALISMO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

O presente estudo partirá da análise da importância da pessoa e do seu papel enquanto detentora de direitos que lhe são inerentes e da aplicabilidade de institutos como o das audiências públicas para verificar como o diálogo pode auxiliar na formação da norma judicial, para que observe essencialmente as particularidades daqueles para os quais será destinada à norma. Nesse sentido, antes de adentrar no estudo das audiências públicas propriamente ditas, imperiosa se faz a análise da formação do Estado Democrático de Direitos e de sua relação com a pessoa. Neste ponto, caberá identificar as teorias que tratam sobre a formação do Estado e da evolução dos direitos destinados às pessoas, bem como as modificações sociais, especialmente no tocante a forma de organização social, o processo de colonização e mais próximo da sociedade contemporânea, o avanço da tecnologia que revelam uma sociedade distinta e plural e, por consequência, distinta não só em direitos, mas na aplicabilidade desses direitos.

A análise quanto ao surgimento do Estado Democrático de Direito, no estudo proposto, será realizada a partir de corte histórico, partindo-se das revoluções oitocentistas, com o intuito de abordar as mudanças nos Estados Modernos Ocidentais resultantes do contexto de transição político-social e de ruptura com a ordem jurídica medieval. Todavia, a adoção desse ponto de partida não significa desprezar as contribuições históricas ocorridas anteriormente às revoluções oitocentistas, haja vista que, como pondera Norberto Bobbio (2017, p. 44), “o curso, o histórico procede de um estado inicial de servidão a estados sucessivos de conquistas de espaços de liberdade por parte dos sujeitos, mediante um processo de gradual liberalização”.

O contexto de transição político-social e de ruptura com a ordem jurídica medieval, pautada na teoria do jusnaturalismo clássico, resultou no surgimento dos Estados Modernos Ocidentais. O direito no medievo “sustentava a existência de normas jurídicas absolutas, universais, permanentes, imutáveis e não escritas, eternamente válidas para todos os povos em qualquer espaço e tempo, e destinadas a resguardar os direitos inatos advindos da própria condição humana”, de modo que era exercida a função jurisdicional com bases metafísicas, isto é, “o

poder estatal era a manifestação dos desígnios divinos”. Na modernidade, todavia, buscou-se um embasamento ético- racional ao direito, por intermédio da ideologia iluminista que tinha como núcleo conhecimento científico o homem racional (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 38).

Antônio Gomes de Vasconcelos e Marcelo Veiga Franco (2016, p. 38) apontam que o surgimento das bases políticas e filosóficas dos Estados Modernos Ocidentais e a ocorrência das revoluções oitocentistas (Revolução Norte-Americana em 1776 e a Revolução Francesa de 1789) foram possíveis pela “superação da ideia da fundamentação transcendental do Estado e do Direito; a ideologia iluminista, fruto do racionalismo”.

Ao tratar da diferenciação entre a Revolução estadunidense e francesa, Lynn Hunt (2009, p. 116-117) afirma que no século XVII havia duas versões da linguagem dos direitos: uma versão particularista e uma universalista e os estadunidenses, dependendo das circunstâncias, usavam uma ou outra linguagem, ou ambas em combinação, à medida que os franceses adotaram quase imediatamente à versão universalista.

A declaração francesa se trata de instrumento de maior amplitude política pela necessidade comum a muitos países em romper com a forma do Estado Absolutista existente, seu conteúdo tem caráter universal, tornando-a uma típica declaração de direitos humanos, ao passo que a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, em razão das condições peculiares que envolviam os Estados Unidos, não tinha intenção em proceder à supressão imediata e completa com o antigo regime (Fioravante, 2007, p. 78).

As declarações antecedentes às francesas feitas pelos ingleses (Magna Carta de 1215 e Declarações de Direitos da Inglaterra do século XVII) e pelos norte-americanos em 1776 são destinadas a uma camada social privilegiada, quando muito, a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, à medida que, pelas condições da época, a Declaração francesa de 1789 foi a mais abstrata de todas as formulações solenes feitas, até então, no tocante à liberdade, destinada ao gênero humano (Bonavides, 2008, p. 562).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é fruto da Revolução Francesa, por intermédio da qual ocorreu a ruptura com o Estado

absolutista, em que inexistia liberdade e era outorgado poder irrestrito ao monarca que conduzia o Estado da forma que melhor lhe aprouvesse, restringindo liberdade individual e os direitos políticos. No Estado absolutista, a liberdade não se revelava como direito natural outorgado a todos indistintamente, mas como um privilégio do bem-nascido outorgado pelo rei, ou mesmo sinônimo de imunidade contra o poder.

Os privilégios do Estado conferidos ao monarca colidiram com o desenvolvimento econômico da burguesia, que necessitava de maior liberdade econômica para expandir suas atividades e seu lucro, privilégios esses que, por meio do desenvolvimento do arcabouço filosófico iluminista, passaram a ser contestados, culminando em 4 de julho de 1789 com a *Prise de la Bastille*, momento histórico de ruptura com a ordem estatal vigente e o nascimento de uma nova ordem social, não mera adaptação político-social ou de ajustamento prudencial da história (Bauman, 1989, p. 57).

A importância da Revolução Americana de 1776 resta evidenciada em Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marquês de Condorcet, ao levá-lo a dar o primeiro passo para definir “os direitos do homem”, que para ele incluíam a segurança da pessoa, a segurança da propriedade, a justiça imparcial e idônea e o direito de contribuir para a formulação das leis, como se pode verificar em seu ensaio *De l'influence de la révolution d'Amérique sur l'Europe* de 1786.

A derrocada do absolutismo monárquico e a ascensão da classe burguesa permitiu a propagação dos ideais da limitação do poder estatal e da proteção dos direitos individuais por intermédio da edição de Constituições¹², sendo “o primeiro dos grandes modelos de Estado da Era Moderna Ocidental, denominado Estado Liberal” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 38).

¹² “[...] O que une a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo é a comum concepção individualista da sociedade, a concepção, segundo a qual, primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e seus carecimentos, que tomam a forma de direitos em virtude da admissão de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa como sustenta o organicismo em todas as suas formas, segundo o qual a sociedade é anterior aos indivíduos ou, para dizer com a fórmula aristotélica destinada a ter êxito ao longo dos séculos, o todo é anterior às partes. O contratualismo moderno representa uma verdadeira reviravolta na história do pensamento político dominado pelo organicismo, enquanto, subvertendo as relações entre indivíduos e sociedade, faz da sociedade não mais um fato natural, que existe independente da vontade dos indivíduos, mas um corpo artificial, criado pelos indivíduos à sua imagem e semelhança e para a satisfação de seus interesses e carecimentos e o mais amplo exercício de seus direitos” 21. (Bobbio, 2017, p. 45)

O Estado liberal nasce, segundo Norberto Bobbio (2017, p. 44-45), da “contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, de uma ruptura revolucionária”, sendo o Estado liberal “resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura”, de modo que “a doutrina do Estado liberal, que é *in primis*, a doutrina dos limites jurídicos do poder estatal” a revolução copernicana, por intermédio da qual passou a ser observado o problema do Estado a partir dos súditos em vez do poder soberano, não teria sido possível.

O Estado de direito era um conceito tipicamente liberal, como apresentado José Afonso da Silva:

Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderes particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal (Silva, 2003, p. 112-113).

As bases da teoria do Estado de direito foram lançadas, em 1690, por John Locke (2003, p. 102), ao afirmar que:

Todo poder que o governo tem destina-se apenas ao bem da sociedade, e da mesma forma que não deve ser arbitrário ou caprichoso, também deve ser exercido mediante leis estabelecidas e promulgadas; isso para que não só os cidadãos saibam qual o seu dever, achando garantia e segurança dentro dos limites das leis, como também para que os governantes, limitados pela lei, não sofram a tentação, pelo poder que têm nas mãos, de exercê-lo para fins e por meios que os homens não conheçam e nem aprovariam de boa vontade.

Para John Locke (2003, p. 106), o governo não deve ser arbitrário e caprichoso, mas exercido por leis estabelecidas e promulgadas, trazendo o pensador inglês um esboço do princípio da separação de poderes ao afirmar que

o poder de legislar e de governar deveriam ser exercidos por pessoas distintas, a fim de evitar a “tentação excessiva para a fraqueza humana e a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis, também tenham nas mãos o poder de executá-las”.

A separação de poderes trata-se de instituto básico do Estado de Direito, essencial para se evitar abusos de poder e proteger as pessoas do arbítrio estatal. Esse sistema de freios e contrapesos foi observado pelo Barão de La Brede e de Montesquieu ao afirmar que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele” e “para que não possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (Montesquieu, 1997, p. 202).

O Barão de La Brede e de Montesquieu (1997, p. 202), ainda, destacou que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se tivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se no mesmo homem ou no mesmo corpo dos principais, ou nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as divergências dos indivíduos.

A importância da separação de poderes está estampada no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao afirmar que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. Extrai-se desse artigo que “um país verdadeiramente democrático deve possuir um mecanismo de controle do poder estatal, para proteger os cidadãos contra o abuso e a opressão” (Marmelstein, 2016, p. 38).

Ao aplicador do direito, sob a perspectiva do Estado liberal, cabia se “afastar de influências externas, já que conhecer o texto da lei equivaleria a conhecer o Direito”, bastando apenas “uma interpretação literal (ou gramatical) da legislação escrita, buscava-se alcançar a voluntas legislatoris (ou vontade do legislador)” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 40).

A liberdade conquistada permitiu a degradação do homem pelo homem, como se observou na Revolução Industrial, período em que as pessoas se sujeitavam a situações desumanas de moradia e trabalho para suprir suas necessidades básicas, tudo permitido pela ordem jurídica vigente, que afastava o Estado das relações entre particulares. Os abusos ocorridos demonstraram que não bastava o homem ser protegido contra os desmandos do Estado, deveria também ser protegido das agressões de seus semelhantes, de maneira que surgiu o Estado do Bem-Estar Social (ou Welfare State), diante do “cenário de declínio da ideologia do liberalismo político, tendo em vista que a postura omissiva do Estado Liberal e o individualismo preponderante à época geraram desarmonia social”, caracterizando-se o Estado do Bem-Estar Social pela sua postura intervencionista que visava a realizar o bem comum em detrimento da vontade individual, possuindo o Welfare State “caráter paternalista, uma vez que atuava por meio da formulação estatal de políticas públicas assistencialistas [...] destinadas à redução das desigualdades sociais e das discrepâncias econômicas verificadas na sociedade” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 41).

Após o término da Segunda Guerra Mundial, o Estado do Bem-Estar Social foi alvo de críticas e questionamentos pela utilização da ideologia do constitucionalismo social para justificar determinadas atrocidades (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 43), de modo que houve a incorporação, com amplitude, do fenômeno democrático, em sua multidimensionalidade e da relevância da perspectiva humanista e social, no contexto das novas constituições estruturadas (Delgado, 2014, p.154-158). A partir de então, o papel do Estado foi redefinido, deixando de tratar apenas dos interesses estritamente estatais para tutelar igualmente os direitos individuais e sociais da pessoa humana, agora tida como construtora, partícipe e beneficiária do Estado democrático de direito. Nesse novo paradigma constitucional, a esfera pública ostenta, também, o propósito de proteção do cidadão, detentor de direitos fundamentais, o que não pode ser confundido com interesse ‘meramente’ estatal. Há, portanto, uma reconstrução da concepção do público e do privado, implicando a releitura desse binômio, a partir do conceito de democracia inclusiva (Lobato, 2014, p. 46).

A fusão principiológica entre Estado democrático e Estado de direito, segundo Raphael de Souza Almeida Santos (2014, p. 106), consubstanciou-se

“por mudanças sociais modificadoras da própria essência estatal, em que o bem-estar social foi assegurado por intermédio de princípios provenientes da participação do povo quando da ocorrência do processo político decisório”.

O Estado democrático de direito, para José Afonso Silva (1988, p. 21), configura um conceito novo e não a mera união formal dos conceitos de Estado democrático e Estado de direito, conceito que “leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere à medida que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo”.

Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 161) entende que “a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva” formam a estrutura do Estado democrático de direito.

Vale ressaltar, a esse respeito, o papel da lei na imposição de restrições às atividades humanas que segundo Loyd (1998, p. 199)

[...] deve parecer um tanto paradoxal que a ideia de liberdade possa estar consubstanciada na lei. A resposta a esse aparente paradoxo será vislumbrada se dirigirmos as atenções não para o homem unicamente como um indivíduo que vive num estado irrestrito de natureza, mas para o homem como ser social vivendo uma vida de inter-relações complexas
 [...] O famoso *cri de coeur* de Rousseau – “O homem nasce livre; mas por toda a parte está acorrentado” – pode ter derivado da noção romântica de que o selvagem vive uma vida de liberdade e simplicidade primitivas, mas, na prática – como o próprio Rousseau percebeu –, o homem nunca está isolado e livre nesse sentido, mas é sempre parte de uma comunidade e o grau de liberdade que ele goza ou a extensão das restrições sociais que lhe são impostas dependerão da organização social de que ele é membro. Cumpre recordar que uma restrição tampouco é, necessariamente, uma violação da liberdade. A lei restringe a agressão física de uma pessoa a outra, mas se a agressão indiscriminada fosse permitida nenhuma sociedade humana poderia sobreviver, pois não existiria sequer aquele grau mínimo de segurança sem o qual os cálculos humanos para o futuro seriam fúteis. Por conseguinte, as restrições universais desse caráter desempenham um papel essencial, ainda que indireto, na garantia da liberdade para todos.

No Estado democrático de direito, não há mais a satisfação dos interesses de um ou de poucos indivíduos, mas a busca do bem comum por ética do Estado, como sustentou Jean-Jacques Rousseau em sua obra Contrato Social e pode ser observado no Discurso de Gettysburg de 1863 proferido Abraham Lincoln, ao

afirmar que “o governo era do povo, pelo povo e para o povo” (Marmelstein, 2016, p. 38).

Busca o Estado democrático de direito a promoção da justiça social e de proteção dos direitos e garantias fundamentais, tratando-se de modelo político-jurídico maleável que “visa a se adequar às cada vez mais complexas e emaranhadas relações sociais”, de modo que o modelo democrático de Estado de Direito busca ser “líquido, diluído e fluído” e de “estrutura societária móvel” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 43).

O conteúdo do Estado democrático de direito, segundo Lenio Luiz Streck (2013, p.113), “não se restringindo, como Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência”, esse conteúdo “ultrapassa o aspecto material da concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade”, que se apropria “do caráter incerto da democracia, para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão democrática contém e implica, necessariamente, à solução do problema das condições materiais de existência”.

A partir do Estado democrático de direito, iniciou-se a universalização dos valores democráticos com a internacionalização dos direitos humanos por intermédio da “edição de diversas Cartas Jurídicas de abrangência transnacional, direcionadas à proteção de direitos fundamentais mínimos para uma existência com dignidade” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 43). Quanto aos direitos humanos, Bobbio (2004, p. 7) citado por De Paiva (2019, p. 69) preceitua que é somente a partir destes que se atinge uma sociedade pacificada. A paz, portanto, assenta-se nos direitos humanos e no “reconhecimento de direitos e liberdades”. Sublinhe-se o raciocínio de Bobbio acerca da concepção vinculativa entre democracia e direitos humanos, uma vez que ambos se fundamentam na autonomia individual e liberdade política tida como a capacidade de “submissão às regras que aceita e que contribui a produzir, seja diretamente ou por seus representantes”.¹³

¹³ A esse respeito convém destacar que “os Direitos humanos, com a função de proteção do indivíduo em face das ameaças da macrocomunidade realizam uma revolução na relação entre governantes e governados, pois a sociedade moderna individualista confere prioridade aos direitos dos indivíduos sobre os seus deveres”. (de Paiva, 2019, p. 71)

O Estado Democrático de Direito, portanto, consiste no patamar civilizatório mais elevado alcançado pelo Direito Constitucional e pelo próprio fenômeno jurídico, suas conquistas, características e realizações espalham-se por diversos países, particularmente os europeus ocidentais, cujas ordens jurídicas e respectivas sociedades políticas e sociedades civis absorveram seus princípios, institutos e regras de profundo sentido humanista, social e civilizatório.

2.1 PESSOA E ESTADO: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA ENTRE RAZÃO DE SER E A QUEM SE DESTINA

A princípio, tendo por base que a premissa basilar da qual parte este estudo não é outra, senão a própria pessoa, iniciar-se-á o capítulo introdutório tratando sobre a relação simbiótica entre Estado e Pessoa, visto que por quem e para quem se criou. Neste sentido de notabilidade da pessoa é que se faz indispensável tratar sobre os direitos da personalidade inseridos em um Estado Democrático de Direito e sob o viés da comunicabilidade e inserção dos destinatários da norma como verdadeiros intérpretes. Nestes termos é que passa a analisar a interdependência entre pessoa e Estado a partir dos apontamentos literários que trata sobre a temática.

2.1.1 DA ESSENCIALIDADE DA PESSOA PARA O ESTADO

A pessoa é o ponto de partida para o estudo da ciência jurídica, por se tratar do sujeito de direito e de seu relacionamento em sociedade ser regulado pela ordem jurídica, de modo que a existência do direito está ligada ao surgimento da sociedade, pois “um homem só em uma ilha deserta não está subordinado, como regra geral, a uma ordem jurídica. Quando aparece um segundo homem nessa ilha, passam a existir relações jurídicas, direitos e obrigações que os atam” (Venosa, 2011, p.127). O direito, portanto, deve ser considerado como um conjunto de normas ou regras de conduta para que as pessoas vivam em sociedade (Bobbio, 2016, p. 25).

No presente estudo, partir-se-á da pessoa, por compreendê-la como o alicerce do Estado, em especial do Estado Democrático de Direito, analisando-a

sob a ótica da indispensabilidade do Estado em vislumbrar na pessoa um fim essencial e norteador.

A vigente Constituição Federal, como pontuado por Teixeira e Ikeda (2022), cita a palavra pessoa 109 vezes, bem como sujeito 14 vezes e indivíduo uma vez apenas, aflorando-se do texto constitucional a importância da pessoa e emergindo-se o seguinte questionamento: o que é pessoa?

A origem do termo pessoa é atribuída ao grego *prósopon*, que significava ‘face’ ou ‘máscara’ que os atores vestiam no para revelar ao público o personagem e seu estado emocional. De personagem do teatro, o termo pessoa passou a designar cada indivíduo humano que, no palco da vida e da *polis* grega, representa o seu papel (Martins; Siqueira; de Lima Júnior, 2022, p. 36).

No pensamento antigo, o conceito de pessoa era útil para opor o indivíduo humano, concreto e particular, à ideia universal de humanidade. A sua individualidade revela-se um papel, uma máscara em meio à coletividade. Contudo, no pensamento antigo havia dificuldade na compreensão das realidades individuais por imperar a visão monista da realidade (Martins; Siqueira; de Lima Junior, 2022, p. 36).

Na Idade Clássica, não era considerado e valorizado o sujeito de forma individual e subjetiva, o homem constituía em verdade apenas uma parte de um todo, onde a importância da *polis* se sobrepunha a do indivíduo (Pera Junior, 2017, p. 25). Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 23) afirma que, na Idade Clássica, a individualidade do homem era sacrificada em razão da universalidade.

No pensamento de Aristóteles encontra-se o entendimento de que o ser humano se trata de ente desfigurado e destinado a um propósito imposto pela natureza, afeito para ordenar ou servir¹⁴, demonstrando-se que o indivíduo, por conseguinte, era concebido como instrumento para a consecução de determinados fins sociais, que encerravam sua própria identidade.

Essa concepção até então empregada na Grécia e Roma Antiga somente se modifica e ganha substancialidade enquanto “categoria ontológica” a partir da teologia cristã (Martins; Siqueira; de Lima Junior, 2002), vez que a criação divina

¹⁴ “Falamos em ‘bens’ no sentido de ‘partes’, uma parte é não somente parte de outra, mas pertence totalmente à outra e acontece o mesmo com os bens; logo, o senhor é unicamente o senhor do escravo, e não lhe pertence, enquanto o escravo é não somente o escravo do senhor, mas lhe pertence inteiramente” (Aristóteles, 1985, p. 125)

e sua paridade com o criador imporia um tratamento igualitário aos homens, concedendo-se, para tanto, os mesmos direitos a todos (Sarlet, 2009), sendo o indivíduo valorado enquanto ser singular e distinto dos outros (Gonçalves, 2008).

O postulado da semelhança do homem a Deus na teologia cristã, pela qual todos os seres humanos seriam detentores da mesma centelha divina, rompeu com a visão clássica, haja vista que a todos haveria de ser outorgado o mesmo respeito e deferência, ante a equivalência relativa entre o homem e Deus (Sarlet, 2009, p. 32). A pessoa, na visão cristã, era o único ser querido por Deus em si mesmo. A individualidade, portanto, não era um problema ou uma dificuldade, pois a individualidade aparecia como uma máxima perfeição na própria ordem do ser (Gonçalves, 2008, p. 29).

Fabio Konder Comparato (2015, p. 29) afirma que “Jesus de Nazaré concretizou na história modelo ético de pessoa, e tornou aos homens mais acessível sua limitação”, demonstrando um sujeito dotado de padrão ético elevado.

A teologia cristã, portanto, suplantou a visão monista da antiguidade clássica, emergindo o dualismo filosófico: natureza (*physis*) versus pessoa (*hypostasis*). Com essa dimensão ôntica, o mistério da Santíssima Trindade era explicado, posto que Deus existia numa única natureza divina, dividida em três pessoas iguais e distintas. Uma só *physis* em três *hypostasis*. O problema cristológico, por sua vez, era resolvido recorrendo à ideia de união hipostática: em Cristo existiam duas naturezas: a humana e a divina, em uma só pessoa (Gonçalves, 2008, p. 26).

O indivíduo em seu sentido sociológico/histórico, portanto, possuía uma razão assentada na coletividade, sendo que somente com o desenvolvimento de certas funções e desenvolvimentos de certos comportamentos que passa a ser vislumbrado a partir do eu enquanto ser independente do coletivo (Ikeda e Teixeira, 2022).

Até então compreendida não apenas por si, mas como fragmento integrante da comuna, com a chegada da Modernidade, o aspecto coletivo dá espaço ao individual, período histórico em que o individualismo passa a ser relevante (Sarmiento, 2016, p. 42).

No pensamento moderno, a filosofia passa a analisar o sujeito cognoscente, trazendo alterações semântica ao conceito de pessoa: o conceito de *persona* perde seu conteúdo ontológico e passa a designar uma realidade psíquica, pois se a reflexão teológica cristã havia construído uma noção metafísica de pessoa, por meio da filosofia moderna observa-se uma desconstrução do conceito de pessoa, retirando-lhe o conteúdo ôntico e identificando a noção de pessoa com realidade psíquica, emotiva e subjetiva (Martins e Siqueira, 2022, p.38).

Já antropologia contemporânea possui dois sistemas diversos: o existencialismo e o personalismo, que a partir de dois elementos essenciais, a lateralidade e a abertura relacional, conceituavam a pessoa. Para o existencialismo, a ideia de pessoa é marcada como projeto de si, como o desafio permanente a ser mais ou a ser algo. (Gonçalves, 2008, p. 36). O núcleo essencial do personalismo está na abertura ao outro, como dimensão constitutiva da pessoa. O pensamento personalista não parte da subjetividade, mas, sim, da intersubjetividade e essa, não no sentido da dissolução do homem no coletivo, no social, mas antes da abertura do homem – incomunicável e subsistente – ao outro, abertura essa constitutiva da sua realidade.

Daniel Sarmiento (2016, p. 49 e 50) pondera que no pensamento filosófico houve várias mudanças importantes que auxiliaram a modificar a concepção abstrata de pessoa. Com Hegel “a historicidade do sujeito e da razão foram postas em evidência, em sentido oposto à matriz Kantiana, assim como ressaltada a importância do reconhecimento intersubjetivo”, “o romantismo de filósofos como Schiller e Heder chamou a atenção para o enraizamento cultural das pessoas e para os seus sentimentos, valorizando-os” e “o chamado ‘giro linguístico’, nas variadas vertentes, rechaçou a ‘filosofia da consciência’, tirando o foco do sujeito e deslocando-o para as relações intersubjetivas, mediadas pela linguagem”. Afirma, ainda, que houve corrosão na imagem do homem como ser racional, na psicologia, “com revelação de que as ações humanas são dirigidas também pelo inconsciente, motivadas por razões que muitas vezes o indivíduo desconhece” e por “avanços no campo das ciências sociais afastaram definitivamente a compreensão incorpórea e desenraizada de pessoa alentada por alguns filósofos

iluministas, ao adentrarem a importância dos vínculos sociais, da cultura e do ‘olhar do outro’ para a formação da subjetividade”.

O estudo da pessoa e a sua evolução conceitual no decorrer da história tornou possível a individualização dos seres, aqui tratando-se individualização como as peculiaridades de cada ser. Deste modo, o pensamento filosófico e a ciência em seu desenvolvimento passaram de uma visão universalista para a valorização do indivíduo, enquanto dotado de vontades, sentimentos e relações próprias em comparação com a coletividade que até então o sobrepujava em modo valorativo (Martins; Siqueira; de Lima Junior, 2022).

Com o desdobramento dos variados pensamentos filosóficos foram diversas as contribuições que ampararam a transmutação do conceito de pessoa, mormente com relação à sua noção abstrata. Sob essa perspectiva, Sarmento (2016) elucida o processo verificado a partir dos estudos de Hegel, na medida em que se opunha a Kant, reconhecendo o papel destacado da linguagem, ou como foi denominado de “giro linguístico”, que deslocou o foco do sujeito e desviou o que proposto pela “filosofia da consciência”, para as relações intersubjetivas.

Em acréscimo, Sarmento (2016) enfatiza também o papel contributivo da psicologia, tendo em vista a crítica à racionalidade humana com a inserção do papel ainda mais influente do inconsciente; melhor dizendo, a psicologia demonstrou que as atitudes dos seres humanos são mais motivadas por razões desconhecidas pelo ser humano, o que, deste modo, contradiz com a noção de racionalidade até então debatida. Neste ponto, não se pode deixar de ressaltar a distinta contribuição do iluminismo e seus pensadores para o aprimoramento do conceito de pessoa. O movimento social também conhecido como o “século das luzes”, aclarou a compreensão da importância de o ser humano como ser relacional, sendo, pois, indispensável que o olhar para a pessoa também se voltasse para os vínculos sociais e, mais especificamente, para a cultura que decorrente destes laços.

Adota-se no presente estudo o conceito de pessoa de estrutura “duplo-triádica” apresentado por Robert Alexy (2007, p. 94-100), onde, para ser considerada pessoa é necessário atender a três condições em dois turnos seguidos. A primeira tríade tem por condições a inteligência, o sentimento e a

consciência, ao passo que a segunda tríade tem como elementos a reflexividade cognitiva, volitiva e normativa.

Isolada a inteligência não garante a condição de pessoa ao seu possuidor, haja vista que computadores são possuidores de inteligência e não são pessoas, do mesmo modo que a coexistência de inteligência e de sentimento não se mostra suficiente para caracterizar a condição de pessoa, já que os animais possuem certa inteligência e sentimentos e nem por isso são pessoa. A consciência ou a autoconsciência é definida pela reflexividade que, por sua vez, subdivide-se em três elementos: a cognitiva, a volitiva e a normativa. A cognitiva consiste no autoconhecimento por tornar a pessoa o próprio objeto do conhecimento, cujo elemento basilar do chamado autoconhecimento é a certeza fática do nascimento e da morte. Todavia, a reflexividade cognitiva não é suficiente para caracterizar uma pessoa, sendo necessário, para tal, a conjugação das reflexividades volitiva e normativa. A reflexividade volitiva trata da capacidade de dirigir o próprio comportamento, por meio de atos de vontade. A reflexividade está relacionada com a autoavaliação, ou seja, se uma determinada ação que se tenha realizado, ou que se deseja realizar é certa ou errada, e se a vida que se leva ou se tem levado é, ou foi, uma boa vida (Alexy; Baez; Silva, 2015, p. 26).

A visão de pessoa como indivíduo que possui sentimentos e se relaciona com seu meio é de grande importância para a ciência jurídica, pois “o primeiro elemento que aparece na relação jurídica é o sujeito ou a pessoa, sem o qual ou sem a qual não pode existir o direito” (Monteiro, 2011, p. 106).

O conhecimento e compreensão da pessoa são, portanto, o ponto de partida para o estudo da ciência jurídica, em decorrência de se tratar do sujeito de direito e de seu relacionamento em sociedade ser regulado pela ordem jurídica. O direito é fruto da necessidade de se regular o convívio em sociedade e cabe ressaltar que a compreensão tridimensional do direito sugere que uma norma adquire validade objetiva integrando os fatos nos valores aceitos por certa comunidade, num período específico de sua história. No momento de interpretar uma norma, é necessário compreendê-la, em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam. A conclusão que nos permite tal consideração é que o direito é norma e, ao mesmo tempo, uma situação normatizada, no sentido de

que a regra do direito não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlaces formais (Carvalho, 2011, p. 186).

Após apresentadas as bases necessárias, passar-se-á a análise da dimensão dos aspectos da pessoa, cujo problema de conceituação da pessoa humana compreende a realidade do ser, de forma complexa. A busca para definir e conceituar a pessoa, então, torna-se uma busca pela análise da sua essência, da realidade e do seu valor. Lucien Seve (1994. p. 18) apresenta a pessoa como “animal insaciável, um existente sem essência, um ser da distância: cada um destes enunciados constitui uma definição cuja forma fechada não o impede de modo nenhum de dar a entender a abertura essencial daquilo que define”.

Martin Heidegger (2009. p. 27), cujas ponderações se basearam nos estudos de Platão e Aristóteles, afirma que à filosofia grega não conseguiu compreender o sentido do ser e o aprisionou nos conceitos universais e em um vazio quanto ao sentido, tendo sido a questão do ser banalizada pela metafísica. Martin Heidegger defende a necessidade de maior discussão sobre o sentido do ser, com o intuito de torná-lo menos obscuro.

A natureza do ser e a sua essência, para Martin Heidegger (2009. p. 20), são fatores ligados à existência. A essência relaciona-se com a linguagem e o diferencia dos demais seres, por expressar o seu pensar e não apenas por ser racional. A essência do homem o distingue, como ser vivo, das plantas e dos animais. Os seres vivos se desdobram como ser e como essência, a verdade do ser somente é possível ser encontrada a partir de sua essência. Por esta razão, Martin Heidegger compreende que o ser está mais próximo do divino do que do animal, porque as plantas e os animais estão mergulhados, cada qual no seio de seu ambiente próprio, mas nunca estão inseridos livremente na clareira do ser por falta-lhes a linguagem.

A pessoa, para Lucien Seve (1994. p. 19), inclui as concepções de reconhecimento, como um sujeito moral e de valor, que deve ser garantido independente da fase que esta pessoa possui no seu desenvolvimento. O valor da pessoa humana deve ser reconhecido e protegido pela pessoa moral. Definir um conceito de pessoa, sem elucidar de modo preciso o valor e a moral, para o autor, seria uma forma de voltar ao sofismo, problemas abordados no período da metafísica, seria atribuir um conceito sem abordar sua essência.

Para compreender as diferentes concepções da pessoa humana é necessário refletir sobre todas as dimensões da realidade e compreensão da pessoa humana. A pessoa é dotada tanto de valores biológicos, quanto de valores espirituais e sociais. A compreensão de pessoa deve buscar na moral comum um entendimento ético e características universais, que possam integralizar a dignidade da pessoa por meio dos valores éticos. Jose Roque Junges (2006, p. 104) questiona o que seria chamar o ser humano de pessoa? Qual seria a abrangência dessa denominação? Quais as implicações para a compreensão da vida humana?

A pessoa deve ser compreendida por intermédio das relações humanas mediadas pela vida, isto é, por meio da antropologia relacional. A concepção de pessoa deve ser realizada a partir da concepção ontológica, que corresponde a integralidade do ser natural, moral e relacional, com a linguagem ou intersubjetividade. No aspecto ontológico, pessoa seria a singularidade (particularidade) do gênero natureza (universalidade), a individualidade e a racionalidade. Tais concepções (singularidade, individualidade e racionalidade) seriam as características ontológicas fundamentais da pessoa (JUNGES, 2006, p. 104).

O aspecto ontológico compreende a concepção da pessoa por meio da metafísica, um ser de natureza racional. No aspecto moral, a humanidade deve ser utilizada como um fim e não como um meio. A moralidade é a condição que faz o ser humano um fim em si mesmo. Como um legislador universal, a partir da liberdade (autonomia) em que todos os seres humanos se tornam um fim em si mesmo, por intermédio da dignidade. O respeito deve ser a forma de garantir a igualdade de todos os seres humanos por meio da dignidade. Para a concepção fenomenológica, a pessoa se realiza com base no reconhecimento do outro, a interdependência caracteriza a condição dialogal da pessoa. A pessoa humana se relaciona a partir da comunicação com outras pessoas. Com a interdependência, a troca dialogal, surge a reciprocidade e a responsabilidade diante do próximo. A pessoa humana interpretada, com base na fenomenologia, deve ser entendida como espiritualidade (liberdade), reciprocidade (responsabilidade) e singularidade (historicidade), características que determinam o significado da dignidade humana (Junges, 2006, p. 113).

A análise da pessoa humana no aspecto da fenomenologia é a base para a concepção de sacralidade da pessoa humana. Com isso, da mesma forma que o cristianismo compreende Deus a partir da Santíssima Trindade, a sacralização da pessoa humana deve compreender a dignidade (valor supremo) por meio da liberdade (espiritualidade), reciprocidade (responsabilidade) e singularidade (historicidade). A trindade, que integra a dignidade, só pode ser compreendida com as teorias da ética. A historicidade da dignidade deve ser compreendida a partir da genealogia da moral que forma a base para a criação dos direitos humanos. A liberdade e a responsabilidade foram atribuídas como valores da ética desde as obras gregas e a busca pela virtude, até a ética na pós-modernidade atual. A responsabilidade deve ser compreendida com base na ética deontológica kantiana por meio da análise de autonomia da vontade. O agir de forma livre deve reconhecer a humanidade do outro, da mesma forma que quer o reconhecimento da sua própria humanidade.

A sacralização da pessoa não deve ser analisada no termo religioso da palavra sacralidade, deve ser compreendida a partir do processo pelo qual cada pessoa passa a ser dotada de dignidade. A ideia de sacralidade traz, nas concepções de Hans Joas (2012), a compreensão de personalidade moral e contrapõe a ideia de individualismo e de autossacralização egocêntrica do indivíduo, para tanto, faz a distinção de pessoa e indivíduo, sendo que a concepção de pessoa não pode ser contrária à concepção de coletividade, utilizando os ideais de Émile Durkheim para a compreensão do indivíduo.

Hans Joas (2012, p. 84) compreende que o processo de sacralização da pessoa ocorre por meio da dignidade e dos direitos humanos, colocando a humanidade nas mesmas concepções de ente sagrado, todavia, não sendo o ser humano a fonte originária da sua sacralidade. A sacralidade não seria a glorificação do eu, mas da coletividade humana. A “religião do humanismo” seria a simpatia com tudo que é humano, uma forma de combater as injustiças e as tragédias humanas.

A pessoa não deve, ao integrar a religião humana, fazer algo por ser útil a ela, e sim para buscar uma harmonização social. Os membros da sociedade devem possuir um elemento intelectual e moral em comum para integrar essa sociedade, esse elemento intelectual e comum para Hans Joas (2012) seria a

Dignidade. Cada ofensa a dignidade seria motivo para uma indignação moral dos membros dessa sociedade, defendendo que a valoração da dignidade deve ser uma valoração sacral, sagrada caracterizando, assim, um valor de sacralidade a dignidade.

O dogma da religião do humanismo seria a crença na autonomia da razão do indivíduo¹⁵, concepção essa que era combatida por filósofos da linguagem como Habermas. Os filósofos da linguagem compreendem que a linguagem teria ocupado o lugar da religião, do discurso racional, da experiência e da santidade (Joas, 2012, p. 92). A sacralização da pessoa surge como uma forma de proteção universal da dignidade humana. Além da sacralização da dignidade, outras teorias surgiram, como da sacralização da sociedade, quando seria possível sacrificar os direitos dos indivíduos em prol de uma sacralização da nação. Com isso, seria possível o crescimento de regimes fascistas, nacionais socialistas, para os quais os valores dos indivíduos em nada valiam em relação aos valores da nação. O valor da pessoa deixaria de existir diante da exigência da moral de uma nação.

O valor da dignidade, elemento intelectual em comum, surge como uma forma de combater a violência e a injustiça vivenciadas pela humanidade. A violência ou injustiça contra um ente da sociedade ofende toda a humanidade. Dessa maneira, surge o valor da validade universal da dignidade. A ofensa à dignidade não se limita a um estado, a uma região demográfica, e sim a universalidade, devendo ser combatida pela humanidade em qualquer lugar no qual ocorra tais violações. Cabe a cada nação, cada cultura, assegurar a dignidade. Cada nação deve proteger, nas suas codificações, a dignidade da pessoa humana, permitindo que pessoas de culturas e nações diferentes possam ter os mesmos direitos.

A crença da sacralidade da Dignidade seria a simpatia por tudo que é humano, a compaixão com as dores e tragédias humanas, o anseio de combatê-las e de mitigá-las na busca pela justiça. Hans Joas (2012, p. 85) defende a crença na sacralidade humana e na dignidade como único sistema de crença que pode favorecer a unidade moral em um país. A dignidade, por sua vez, prima por uma unidade de valor (Dworkin, 2011, p. 282).

¹⁵ Autonomia defendida por meio da liberdade nas obras de Kant, conforme explicado na obra fundamentação da metafísica dos costumes. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

A concepção de sacralização humana possui uma maior dimensão quanto aos demais fenômenos que tentam explicar a situação moral na atualidade. Linhas de desenvolvimentos como da juridicização das relações solidárias difusas, a compreensão de sensibilidade e anuência do indivíduo, conceitos de liberação e perdas de valores não se mostraram suficientes para a valoração do ser humano. A sacralidade da Dignidade seria a unificação dos valores da comunidade moral, a partir do objeto sagrado que seria o próprio homem. Tal processo de sacralização da dignidade não foi a única tentativa de sacralização da modernidade, a sacralidade do Estado em detrimento do indivíduo, os interesses da nação sendo vistos como o sagrado. Tem-se como exemplo a teoria alemã do direito penal do inimigo e a possibilidade de tortura dos terroristas e pessoas que agiam de modo contrário aos valores do Estado. Nessas ocasiões, a sacralidade estava atribuída ao Estado, à nação e não à pessoa humana. A sacralidade da dignidade vem com o intuito de tratar o ser humano como objeto sagrado, independente do interesse ou “sacralidade da nação”.

A humanidade como um fim será garantida na sacralidade da pessoa quando uma ofensa contra a dignidade de um ente da humanidade corresponde a uma ofensa contra a dignidade de toda a humanidade.

Feito um estudo introdutório sobre a pessoa e suas particularidades, seguir-se-á no intento de compreender a origem do Estado e da Sociedade. É de se dizer, nestes termos, que a aceitação que se faz ao poder político, como explicitado por Locke (2019), parte necessariamente da liberdade como condição natural dos homens subsistentes em ilimitada condição. Como se denota dos escritos de Locke (2019) e Hobbes (2015), na origem da sociedade pairava uma condição de inexistência de limitadores impeditivos de ações humanas capazes de nortear ou delimitá-las por modo outro que não o fosse pela sua própria vontade. Nesta condição, inexistia qualquer poder ou força vinculativa capaz de defender a sobrevivência humana, pelo que incumbia a cada um utilizar-se de suas próprias forças e destrezas para manutenção da vida. Havendo, portanto, uma liberdade ilimitada, tanto se podia, que inclusive os poderes e liberdades individuais acabavam por se sobrepor.

Depreende-se que a criação do Estado a partir da teoria de Hobbes (2015) indica um estado natural do homem em uma condição animalesca, segundo o

qual todos são iguais em direitos. Guiados por suas paixões e instintos individuais, buscam o benefício próprio em detrimento dos outros. Desta forma é que surge uma conjectura de luta de todos contra todos, representativo da inexistência de controle sobre o que cada um poderia ser ou até onde a liberdade de cada um se limitaria. Parte-se da premissa da existência “de um Estado de Natureza pertencente a todos os homens”. Nesse sentido, todos as pessoas são iguais e, em razão disso, cada um teria o direito de utilizar seu poder e força para resguardar seus interesses particulares”. (Lopes, 2012, p. 173).

Em *Leviatã*, Hobbes emparelha o homem em sua forma de gênero animal, de modo que argumenta o sentido de suas paixões involuntárias, que segue sempre o seu desejo, o seu bem-estar, e a razão para que se submeta a uma restrição, como no caso da formação do Estado, “é a preocupação com sua própria preservação”, ou seja, ao fim e ao cabo, é a “preocupação em sair do miserável estado de Guerra”, que é tido como “necessário das paixões naturais dos homens, sempre que não existir um Poder visível que os mantenha intimidados e os vincule”. (Hobbes, 2015, p.145). A respeito do tema, Schreider (2014, p. 03), salienta que a expressão utilizada por Hobbes o foi para justificar a existência do Estado e “frear os instintos egoístas do ser humano”.

O estado de natureza é verificado como um momento de igualdade de todos os homens, em especial com relação à “igualdade de esperança que cada homem tem de atingir seus objetivos, ou seja, seus fins” (Lopes, 2012, p. 174). Na própria medida de igualdade é que surge a discórdia, o medo e a insegurança, pois se todos são iguais, a todos é permitido fazer e ter o que bem entender, não havendo controle ou limitação, pois “cada um fará o que lhe apraz e o que tiver ao seu alcance na tentativa, já que não há quem diga o que pode e o que não pode ser efetivado para tal, é dentro desse escopo que suscita a luta de todos contra todos” (Rousseau, 2013, p. 26).

O estágio inicial de competição, que origina a Guerra exige a concessão de parte de direitos para que o homem se sujeite a um soberano e, então, garanta a sua sobrevivência, “é a entrega de todo poder e força individual a um único Homem ou a uma Assembleia de homens, que possa transformar as Vontades de cada um, pela pluralidade das vozes em uma Vontade Única”. (Hobbes, 2015, p. 156).

Hannah Arendt (2020, p. 46), em consonância com as ideias manifestadas por Hobbes, sob essa perspectiva de estágio inicial de guerra de todos contra todos, assevera que a manutenção da vida humana e a continuidade do convívio entre as pessoas exige o monopólio do poder que imponha limites e faça cessar esse estado de guerra, visto que podendo tudo e guiado por suas paixões e vontades, cada um fará o que melhor lhe convir, mesmo que para tanto se oponha a outro (Hobbes, 2015, p. 117). O contratualismo representa “a liberdade originária que fundamenta o *pactum societatis* está determinada pela ideia da liberdade, a qual se mostra necessária não só do ponto de vista econômico, mas igualmente do político. (Martins e Siqueira, 1999, p. 182)

Hobbes trata sobre a criação do Estado como uma necessidade de sobrevivência, haja vista que, em sendo as pessoas iguais por natureza, seria indispensável a existência de um soberano capaz de regular sua atuação. Em um primeiro estágio, então, tem-se uma liberdade sem limites e é, a partir da criação do Estado, que as pessoas cedem parcela da liberdade para a viabilidade de sua manutenção (Lopes, 2012, p. 173). Com o contrato social é firmada uma relação de concessão mútua entre o Leviatã e seus súditos, de modo que a pessoa concede parte de sua liberdade, deixando o direito de agir ilimitado e poder tudo e contra qualquer pessoa, em contrapartida lhe é concedido o direito quanto à propriedade e posse, em outras palavras: a liberdade civil (Rousseau, 2013, p. 31).

Após sua entrada no Estado social, a pessoa, como uma forma de buscar sua própria preservação, renuncia a parte de sua liberdade para que seja garantida a sua sobrevivência. O Estado, portanto, apenas existe por uma necessidade das pessoas e apenas por sua vontade. O Estado não é um fim em si mesmo, é criado pelas pessoas e para as pessoas. Lopes (2012, p. 178) assevera que os homens “[...] delegam inexoravelmente ao Leviatã o direito de governá-los”, de modo que a relação permeia uma troca entre, de um lado, o poder concedido pelas pessoas ao Estado e, de outro, o recebimento da segurança garantida pelo poder de limitação estatal. Em consonância com o entendimento de Hobbes, Bobbio (2017, p. 43) enfatiza que a juridicidade que envolve a criação do Estado, na forma de “sucessivas cartas” indicativa de “concessões soberanas”, formaliza uma relação que é “resultado de um verdadeiro pacto entre as partes

contrapostas no que diz respeito aos direitos e deveres recíprocos na relação política”.

Assim como destacado por Hobbes (2015, p. 153-14), o poder que se concede ao Estado é posterior à existência dos homens e da sociedade, sendo indispensável a intimidação do homem para que não descumpra o pacto social, sob pena de que lhe seja imposta uma punição, tal qual imponha a observância de leis naturais, inerentes ao homem e, por conseguinte, anteriores ao Estado. Neste ponto sobrevém uma conexão entre a teoria contratualista e o jusnaturalismo.

A ausência de um poder limitador do agir humano, garantidor da segurança e propiciador da convivência pacífica demonstrar-se-ia deveras temerário, em virtude de confiar na habilidade individual de afastar a existência de possível ofensa ao direito de qualquer um (HOBBS, 2015). Assim é que o pacto social reconhece a liberdade do homem não em seu sentido natural, mas de legitimidade para fazer cumprir com a segurança que lhe deve ser garantida pelo próprio poder limitador advindo do pacto (Rousseau, 2013, p. 27).

Vislumbra-se uma relação intrínseca entre os direitos naturais e o contratualismo, uma vez que “o exercício do poder político só é legítimo se estiver fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido (também essa é uma tese lockiana)”. Há, portanto, essa correlação entre a teoria do contrato social que formaliza um poder que deve promover um direito que é natural do homem, ou seja, que é anterior ao Estado e à pactuação com o soberano (BOBBIO, 2017, p. 46). A doutrina do jusnaturalismo reconhece a existência de leis anteriores ao Estado e independentes da vontade humana. Tratam-se, portanto, de “direitos e deveres que são derivados de uma lei natural” (Bobbio, 2017, p. 42)¹⁶.

Por conseguinte, o nascimento do liberalismo em contraposição ao absolutismo, revela a existência dos direitos da pessoa, quanto a isso destaca-se a promulgação da Carta Magna na Inglaterra como um marco de tais direitos,

¹⁶ [...] todos os homens indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência e seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros”. (BOBBIO, 2017, p. 42).

especialmente no tocante à liberdade em sentido de limitação do poder do monarca em face do ser humano. O que se chama por *pactum subjectionis* transmite a ideia de obrigações bilaterais, quanto ao dever de obediência do súdito e ao dever de proteção do soberano, o que indica a existência de “limites do direito de comandar” (Bobbio, 2017, p. 43)¹⁷.

Embora as pessoas careçam da formação estatal, vê-se que o poder concedido, o é pelas próprias pessoas, de modo que a soberania não se daria de modo ilimitada, mas com o específico propósito de servir àqueles que são os seus verdadeiros detentores, ou seja, o povo. A esse respeito, Bobbio (2017, p. 44) preleciona que:

[...] o Estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei, [...] racionalmente, o Estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura. Ao passo que o curso da história procede de um estado inicial de servidão a estados sucessivos de conquista de espaços de liberdade por parte dos sujeitos, mediante um processo de gradual liberalização, a doutrina percorre o caminho inverso, na medida em que concebe o homem como naturalmente livre é que consegue construir a sociedade política como uma sociedade de soberania limitada. (Bobbio, 2017, p. 44). (Grifei).

Tratando acerca da finalidade do Estado como sendo a pessoa, Peces-Barba Martínez (2003) considera a dignidade não como um conceito puro e simplesmente, mas como resultado de uma construção filosófica valorativa da pessoa. Nesses termos, Novais (2004, p. 52) traz a ressalva para a importância da dignidade como importante na formação da estrutura do Estado, especialmente quando tida como princípio balizar no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, sendo, pois, a democracia e sua instrumentalização a garantia de que a dignidade, mormente a individualmente considerada, parte importante do provimento do direito das pessoas.

A finalidade do Estado em si é a pessoa e a dignidade o norteador do Estado do Estado Democrático de Direito. À vista disso, Comparato (2015) aponta

¹⁷ [...] ideais liberais e método democrático foram gradualmente se combinando em um modo tal que, que é verdade que os direitos de liberdade foram, desde o início, a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos da liberdade” (BOBBIO, 2017, p. 66).

a importância de ter a dignidade como um conceito que uma análise multidisciplinar; isto significa que a análise da pessoa não se pode restringir apenas a aspectos jurídico, devendo-se, sobretudo, incluir um olhar da ciência, da teologia e da filosofia.

Especificamente no que concerne aos estudos de Immanuel Kant, sobleva a noção suscitada por Ernani José Pera Junior (2017, p. 31) ao rememorar que a historicidade e processo de estudo dos direitos relativos à dignidade foram de importância ímpar ao elencar-se as condições inerentes ao homem. Em Kant (2007, p.73 e 77), a dignidade deve ser compreendida tomando por base a humanidade em um sentido finalístico e não instrumental, isto é, não como um meio para, mas como um fim; a pessoa deve ser o propósito final da dignidade e não o contrário. Não há, portanto, como renunciar a dignidade, não podendo, ainda, trocar, substituir, ou condicionar de qualquer forma. Isso porque, a pessoa e nem a dignidade possui conteúdo patrimonial, posto que inexistente um equivalente valorativo, em termos financeiros, capaz de perfazer qualquer contraprestação. O filósofo de Königsberg já afirmava que tudo na sociedade ou possui um preço (*Preis*) – que se relaciona ao valor de mercado de algo, ou uma dignidade *Würde*) – que representa um valor interno – moral (Zanini, 2011, p. 67).

A natureza humana é essencialmente indefinida pela liberdade originária que advém do homem o que, de acordo Giovanni Pico Della (2011, p. 57) permite que “cada indivíduo alcance o status bestial ou mesmo divino, segundo o próprio desígnio”. Nesse sentido, o que diferencia o homem dos demais seres não racionais, ou seja, sem capacidade de discernimento é a liberdade de arbítrio. Em análise à filosofia Kantiana Daniel Sarmiento (2016, p. 107 e 108) examina o preceito de que o homem seria um fim em si mesmo, apontando três aspectos importantes: I – que o ser humano como fim é respeitá-lo como racional e capaz de escolha e autodeterminação; II – que o tratamento da pessoa como meio não impede a utilização de um pela outra para atingir uma finalidade; e III – que tal finalidade não permite que um sujeito como se mero objeto fosse. Inexiste, portanto, hierarquia entre as pessoas, de modo que, assim como estabelecido por Locke (2019, p. 90), a liberdade do homem não permite que destruam uns aos outros, sendo a conservação da vida uma necessidade.

Nos dizeres de Kirste (2013, p. 186), os pensamentos humanistas levaram à neutralidade do Estado e, por conseguinte, à concepção individualista, não em um sentido de considerar as individualidades, mas de reduzir a humanidade em um todo unitário e igualitário. O imperativo categórico kantiano expressa a dignidade como um atributo intrínseco à espécie humana, “todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal” (Zanini, 2011, p. 68). Segundo o raciocínio de Ikeda e Teixeira (2022) a filosofia kantiana inseriu à pessoa novas lapidações.

O Estado existe tão somente para que se obtenha o bem comum e o pacto social somente se fez necessário uma vez que “a imposição dos interesses privados tornou necessário o estabelecimento das sociedades’ (Rousseau, 2013, p. 40). Tem, neste sentido, o contrato social um objetivo de preservação daqueles que contrataram, mormente com relação à sociedade, pois para e por quem foi criado o Estado.

Há portanto uma necessidade de relacionar, em um primeiro momento, o nascimento do Estado, como uma necessidade das pessoas, com a teoria contratualista; em um segundo momento, o jusnaturalismo, que vislumbra a existência de direitos, que por ser o Estado nada mais do que um pacto, anteriores à própria formação estatal; e, em terceiro ponto, o surgimento do Estado liberal em contraposição ao absolutismo, visto que tal momento corrobora com a ideia de soberania popular e da existência de uma liberdade humana que restringe os poderes do Estado no sentido de um agir voltado ao bem-estar social, isto é, de que deve servir aos homens e não o contrário (Sarlet, 2019, p. 78).

Demonstrada a essencialidade da pessoa para o Estado, passa-se a analisar a pessoa no Estado Democrático de Direito.

2.1.2 PESSOA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Partindo-se do pressuposto que a pessoa se trata de sujeito de direito e de seu relacionamento em sociedade ser regulado pela ordem jurídica, importante se faz a análise do Estado Democrático de Direito e sua importância na tutela da pessoa.

A análise quanto ao surgimento do Estado Democrático de Direito realizar-se-á partindo-se das revoluções oitocentistas, com o intuito de abordar as mudanças nos Estados Modernos Ocidentais resultantes do contexto de transição político-social e de ruptura com a ordem jurídica medieval. Todavia, a adoção deste ponto de partida não significa desprezo pelas contribuições históricas ocorridas anteriormente as revoluções oitocentistas, haja vista que, como pondera Norberto Bobbio (2017, p. 44), “o curso o histórico procede de um estado inicial de servidão a estados sucessivos de conquistas de espaços de liberdade por parte dos sujeitos, mediante um processo de gradual liberalização”.

A transição político-social de ruptura com a ordem jurídica medieval, apoiada na teoria do jusnaturalismo, resultou no surgimento dos Estados Modernos Ocidentais (Martins e Siqueira, 2021, p. 304).

Sustentava-se, no direito do medievo, que a existência de normas jurídicas absolutas, universais, permanentes, imutáveis e não escritas, “eternamente válidas para todos os povos em qualquer espaço e tempo, e destinadas a resguardar os direitos inatos advindos da própria condição humana”, e era exercida a função jurisdicional com bases metafísicas, isto é, “o poder estatal era a manifestação dos desígnios divinos”. Já na modernidade, todavia, buscou-se um embasamento ético-racional ao direito, por intermédio da ideologia iluminista que tinha como núcleo conhecimento científico o homem racional (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 38).

Antônio Gomes de Vasconcelos e Marcelo Veiga Franco (2016, p. 38) apontam que o surgimento das bases políticas e filosóficas dos Estados Modernos Ocidentais e a ocorrência das revoluções oitocentistas (Revolução Norte-Americana em 1776 e a Revolução Francesa de 1789) foram possíveis pela “superação da ideia da fundamentação transcendental do Estado e do Direito; a ideologia iluminista, fruto do racionalismo”.

A declaração francesa se trata de instrumento de maior amplitude política pela necessidade comum a muitos países em romper com a forma do Estado Absolutista existente, seu conteúdo tem caráter universal, tornando-a uma típica declaração de direitos humanos, ao passo que a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, em razão das condições peculiares que envolviam os Estados Unidos,

não tinha intenção em proceder à supressão imediata e completa com o antigo regime (Fioravante, 2007, p. 78).

As declarações antecedentes a francesa feitas pelos ingleses (Magna Carta de 1215 e Declarações de Direitos da Inglaterra do século XVII) e pelos norte-americanos em 1776 são destinadas a uma camada social privilegiada, quando muito, a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, à medida que, pelas condições da época, a Declaração francesa de 1789 foi a mais abstrata de todas as formulações solenes feitas, até então, no tocante à liberdade, sendo destinada ao gênero humano (Bonavides, 2008, p. 562).

Ao tratar da diferenciação entre a Revolução estadunidense e francesa, Lynn Hunt (2009, p. 116-117) afirma que no século XVII havia duas versões da linguagem dos direitos: uma versão particularista e uma universalista, sendo que os estadunidenses, dependendo das circunstâncias, usavam uma ou outra linguagem, ou ambas em combinação, à medida que os franceses adotaram quase imediatamente a versão universalista.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é fruto da Revolução Francesa que rompeu com o Estado absolutista, em que inexistia liberdade e era outorgado poder irrestrito ao monarca que conduzia o Estado da forma que melhor lhe aprouvesse, restringindo liberdade individual e os direitos políticos. No Estado absolutista, a liberdade não se revelava como direito natural outorgado a todos indistintamente, mas como um privilégio do bem-nascido outorgado pelo rei, ou mesmo sinônimo de imunidade contra o poder (Martins e Siqueira, 2021, p. 305).

Os privilégios estamentais conferidos ao monarca colidiram com o desenvolvimento econômico da burguesia, que necessitava de maior liberdade econômica para expandir suas atividades e seu lucro, privilégios esses que, por meio do desenvolvimento do arcabouço filosófico iluminista, passaram a ser contestados culminando, em 4 de julho de 1789, com a Prise de la Bastille, momento histórico de ruptura com a ordem estatal vigente e o nascimento de uma nova ordem social, não mera adaptação político-social ou de ajustamento prudencial da história (Bauman, 1989, p. 57).

A queda do absolutismo monárquico e a ascensão da classe burguesa permitiu que os ideais da limitação do poder estatal e da proteção dos direitos individuais por intermédio da edição de Constituições fossem difundidos, sendo “o primeiro dos grandes modelos de Estado da Era Moderna Ocidental, denominado Estado Liberal” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 38).

O advento do Estado liberal casou uma revolução copernicana, por intermédio da qual passou a ser observado o problema do Estado a partir dos súditos em vez do poder soberano.

As bases da teoria do Estado de direito foram lançadas, por John Locke (2003, p. 102), ao afirmar que o poder do governo destina-se ao bem estar da sociedade e que deve ser exercido “mediante leis estabelecidas e promulgadas”, não podendo o poder ser arbitrário e caprichoso, trazendo esboço do princípio da separação de poderes ao afirmar que, o poder de legislar e de governar deveriam ser exercidos por pessoas distintas.

Martins-Costa (1999, p. 185) afirma que o pensamento de Rousseau foge da idéia de Montesquieu sobre a tripartição de poderes, visto existir uma “premissa rousseauniana” de que não existe a possibilidade de representação da vontade geral que não passe por um processo de ratificação pessoal. Uma forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente todos os cidadãos, mas que possibilitem uma discussão futura (Gutmann; Thompson, 2007, p. 23, Apud Moraes; Leal de, 2020, p. 39).

De fato, seria necessário reconhecer que a motivação humana, especialmente quando se analisa o processo de tomada de decisões provém de uma pessoa ou de algumas pessoas que detém o poder decisório, podem resultar em deliberações parciais, visto que, como já observado em análise anterior, o homem tem uma natureza essencialmente egoística. O processo deliberativo se não considerado aspectos como o da formação social, poderia incorrer em violações de direitos que são próprios daqueles que verdadeiramente são titulares da legitimidade, ou melhor, que conferem legitimidade ao poder soberano.

Todavia, a importância da separação de poderes está estampada no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao afirmar que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. Extrai-se desse artigo que “um país verdadeiramente democrático deve possuir um mecanismo de controle do poder estatal, para proteger os cidadãos contra o abuso e a opressão” (Marmelstein, 2016, p. 38).

Ao aplicador do direito, sob a perspectiva do Estado liberal, cabia se “afastar de influências externas, já que conhecer o texto da lei equivaleria a conhecer o Direito”, bastando apenas “uma interpretação literal (ou gramatical) da legislação escrita, buscava-se alcançar a *voluntas legislatoris* (ou vontade do legislador)” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 40).

A liberdade conquistada permitiu a degradação do homem pelo homem, como se observou na Revolução Industrial, período em que as pessoas se sujeitavam a situações desumanas de moradia e trabalho para suprir suas necessidades básicas, tudo permitido pela ordem jurídica vigente, que afastava o Estado das relações entre particulares. Os abusos ocorridos demonstraram que não bastava o homem ser protegido contra os desmandos do Estado, deveria também ser protegido das agressões de seus semelhantes, de maneira que surgiu o Estado do Bem-Estar Social (ou Welfare State), diante do “cenário de declínio da ideologia do liberalismo político, tendo em vista que a postura omissiva do Estado Liberal e o individualismo preponderante à época geraram desarmonia social”, caracterizando-se o Estado do Bem-Estar Social pela sua postura intervencionista que visava a realizar o bem comum em detrimento da vontade individual, possuindo o Welfare State “caráter paternalista, uma vez que atuava por meio da formulação estatal de políticas públicas assistencialistas [...] destinadas à redução das desigualdades sociais e das discrepâncias econômicas verificadas na sociedade” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 41).

Após o término da Segunda Guerra Mundial, o Estado do Bem-Estar Social foi alvo de críticas e questionamentos pela utilização da ideologia do constitucionalismo social para justificar determinadas atrocidades (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 43), de modo que houve a incorporação, com amplitude, do fenômeno democrático, em sua multidimensionalidade e da relevância da

perspectiva humanista e social, no contexto das novas constituições estruturadas (Delgado, 2014, p.154-158). A partir de então, o papel do Estado foi redefinido, deixando de tratar apenas dos interesses estritamente estatais para tutelar igualmente os direitos individuais e sociais da pessoa humana, agora tida como construtora, partícipe e beneficiária do Estado democrático de direito. Nesse novo paradigma constitucional, a esfera pública ostenta, também, o propósito de proteção do cidadão, detentor de direitos fundamentais, o que não pode ser confundido com interesse 'meramente' estatal. Há, portanto, uma reconstrução da concepção do público e do privado, o que implica a releitura desse binômio, a partir do conceito de democracia inclusiva (Lobato, 2014, p. 46).

A fusão principiológica entre Estado democrático e Estado de direito, segundo Raphael de Souza Almeida Santos (2014, p. 106), consubstanciou-se “por mudanças sociais modificadoras da própria essência estatal, onde o bem-estar social foi assegurado por meio de princípios provenientes da participação do povo quando da ocorrência do processo político decisório”.

De Moraes (2014, p. 278) destaca que o Estado Democrático de Direito compreende a junção entre Estado Liberal e Estado Social, uma vez que a passagem de um para o outro não exclui completamente o anterior, por esse motivo se torna difícil compatibilizar Estado de Direito e Estado Social, eis que o primeiro preserva ideias de “restrições e proibições à atuação estatal como forma de manter a liberdade dos indivíduos” e o outro que, por essência, “requer funções distributivas e desconhece o dualismo entre Estado e Sociedade”. Nesse sentido, o autor apresenta como desafio o impedimento que o poder garantido ao Estado transforme “funções sociais” em “funções de dominação”.

O Estado democrático de direito, para José Afonso Silva (1988, p. 21), configura um conceito novo e não a mera união formal dos conceitos de Estado democrático e Estado de direito, conceito que “leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo”.

Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 161) entende que “a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva” formam a estrutura do Estado democrático de direito.

No Estado democrático de direito não há mais a satisfação dos interesses de um ou de poucos indivíduos, mas a busca do bem comum por ética do Estado, como sustentou Jean-Jacques Rousseau em sua obra Contrato Social e pode ser observado no Discurso de Gettysburg de 1863 proferido Abraham Lincoln, ao afirmar que “o governo era do povo, pelo povo e para o povo” (Marmelstein, 2016, p. 38).

O Estado democrático de direito busca a promoção da justiça social e de proteção dos direitos e garantias fundamentais, tratando-se de modelo político-jurídico maleável que “visa a se adequar às cada vez mais complexas e emaranhadas relações sociais”, de modo que o modelo democrático de Estado de Direito busca ser “líquido, diluído e fluido” e de “estrutura societária móvel” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 43).

O conteúdo do Estado democrático de direito, segundo Lenio Luiz Streck (2013, p. 113), “não se restringindo, como Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência”, esse conteúdo “ultrapassa o aspecto material da concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade”, que se apropria “do caráter incerto da democracia, para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão democrática contém e implica, necessariamente, à solução do problema das condições materiais de existência”.

No Estado democrático de direito iniciou-se a universalização dos valores democráticos com a internacionalização dos direitos humanos por intermédio da “edição de diversas Cartas Jurídicas de abrangência transnacional, direcionadas à proteção de direitos fundamentais mínimos para uma existência com dignidade” (Vasconcelos; Franco, 2016, p. 43).

O Estado democrático de direito, portanto, consiste no patamar civilizatório mais elevado alcançado pelo Direito Constitucional e pelo próprio fenômeno jurídico, suas conquistas, características e realizações espalham-se por diversos países, particularmente os europeus ocidentais, cujas ordens jurídicas e respectivas sociedades políticas e sociedades civis absorveram seus princípios, institutos e regras de profundo sentido humanista, social e civilizatório.

Tratando sobre a questão da democraticidade, Neves (2020, p. 135) argumenta ser grande desafio a estruturação da esfera pública em meio a conflitos caracterizados pela pluralidade de “expectativas, valores, interesses e discursos”. Waldron (2005) indica a necessidade de que a atividade do Poder Judiciário esteja sempre alicerçada no Estado Democrático de Direito, sob pena de ser uma decisão antidemocrática. A concepção sobre decisão democrática pauta-se na igualdade, que, segundo explicitado por Azevedo e Dias (106, p. 106) deve “levar em consideração todas as opiniões de forma idêntica no processo democrático”.

A formação definitiva do organicismo se deu a partir da obra *A Política* de Aristóteles, segundo o qual “O Todo precede necessariamente à parte, com o que, quebrado o todo, não haverá mais nem pé nem mãos”. Melhor explicitando, enquanto o “[...] organicismo considera o Estado como um grande corpo composto de partes que contribuem – cada uma segundo sua própria destinação e em relação de interdependência com todas as demais”. Nesse caso, não haveria um olhar individual e específico para as partes que compõem a totalidade. (Bobbio, 2017, p. 67).

Enquanto pelo organicismo, Aristóteles defendia a anterioridade das cidades, ou seja, que estas precediam os indivíduos, a teoria de individualista de Hobbes, formata a criação do Estado a partir de uma necessidade social, portanto, as pessoas não somente seriam anteriores ao Estado, como sua formação teria se dado tão somente por sua vontade deliberada. (Bobbio, 2017, p. 67).

O que une a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo é a comum concepção individualista da sociedade, a concepção segundo a qual primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e seus carecimentos, que tomam a forma dos direitos de hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa, como sustenta o organicismo em todas as suas formas. (Bobbio, 2017, p. 47).

Noberto Bobbio (2017, p. 83), indica seu temor quanto à tirania e a necessidade de proteção, não se excluindo a democracia, mas indicando ser a melhor forma de governo a democracia representativa. Santos (2011, p. 16), por sua vez, afirma que “a revolução democrática do direito e da Justiça só se faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade”.

A pessoa, como parte integrante do povo, deve ser reconhecida como detentora da soberania e para quem se exercita o Estado Democrático de Direito, nesse sentido é que “[...] o povo não pode nem mesmo tolerar que se toque em seus males para destruí-los, tal como os doentes estúpidos e covardes que estremecem à visão do remédio”. (Rousseau, 2013, p. 52). O soberano, enquanto legitimado pelo povo, “não saberia agir senão quando o povo está reunido”, de modo que a atividade de criar e aplicar as leis, partindo da ideia de que “[...] não sendo as leis senão atos autênticos da vontade geral [...]”, deve considerar as peculiaridades de seu destinatário, que é justamente a pessoa. (Rousseau, 2013, p. 92).

A pessoa, portanto, representa o vínculo que une o liberalismo e a democracia, uma vez que ambos, em contraposição ao organicismo - fundamentado, originariamente, em Aristóteles, que parte da ideia de anterioridade das cidades e da existência de um todo, o liberalismo e a democracia convergem no que diz respeito à “concepção individualista da sociedade” (Bobbio, 2017, p. 67). Neste sentido, em obra diversa e no mesmo sentido, Norberto Bobbio (2019, p. 177) reafirma seu entendimento ao afirmar que houve uma transmutação de um direito com função predominante “protetora-repressiva” para uma essencialmente promocional.

Considerando o voto como uma reafirmação do pacto social, o Estado democrático de Direito compreende, mas não deve se limitar a tal momento, uma vez que a compreensão de soberania, conquanto ao pensar, a partir do contratualismo, na passagem de poderes do homem para o soberano, não há esgotamento do poder, visto ser essa transferência limitada. Assim, o soberano exerce uma legitimidade que tem sua origem na soberania popular.

O Estado Democrático de Direito deve realizar a institucionalização do poder popular, num processo de convivência social pacífico, numa sociedade livre, justa e solidária e fundada na dignidade da pessoa humana, como pondera Dirceu Pereira Siqueira e Bruna Caroline Lima de Souza (2019, p. 267):

De tal modo, essas liberdades positivas dos direitos positivos, que permitem um status ativo frente às decisões públicas, não devem ser ignorados nem pelo Estado, nem pelos cidadãos, devendo ser constante esse exercício participativo, sob pena de perder a própria essência de um Estado democrático de direito, bem como de permitir que decisões que afetem diretamente a vida da população vá em sentido contrário ao

interesse coletivo, justamente pelo fato de não ter havido esse consenso de ideias que pode ser originado de um debate democrático.

Em essência, a pessoa, como integrante do povo, é o sujeito da democracia, quem cria o Estado e para quem este é criado. Assim, a célebre frase de Abraham Lincoln, citada por Moraes da Silva (2005, p. 226), “governo do povo, pelo povo e para o povo representa” indica uma fórmula que, ao ser decomposta, “Governo do povo” é o sujeito da democracia, o seu fundamento; o “governo pelo povo” diz respeito ao exercício do poder democratizado, revelador do seu correto funcionamento; e “governo para o povo” será a finalidade do poder democrático, o atingimento do bem comum”.

2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A IMPORTÂNCIA DA PESSOA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos da personalidade, da mesma forma que os direitos fundamentais, são de grande importância, apesar de sua construção teórica ser recente, em que pese formas antigas de proteção à pessoa estarem às vistas na literatura jurídica. As origens mais remotas de tutelas da personalidade humana são encontradas na *hybris* grega e na *iniura* romana. A *hybris* se traduzia na ideia de injustiça, excesso, desequilíbrio em face da pessoa, era uma ação punitiva que vedava qualquer ato de excesso de um cidadão para com outro. A *actio iniuriarum* romana protegia as pessoas contra qualquer atitude injuriosa, abrangendo qualquer atentado à pessoa física e moral do cidadão, teoricamente a *actio iniuriarum* destinava-se à proteção da vida e da integridade física, mas evoluiu para proteger contra qualquer prática injuriosa (Cantali, 2009. p. 28-31). Na antiga Roma, se previa direitos à pessoa em função do respectivo estado (*status*) ou dos modos particulares de existência na sociedade, sendo, como pontua Carlos Alberto Bittar (2015, p. 63): a) *status libertatis* (condição de liberdade da pessoa); b) *status civitatis* (situação de nascimento na cidade, de que gozavam os cidadãos romanos, ou *civies*, ou *quirites*, cuja ausência significava *capitis deminutio media*, própria do estrangeiro) e; c) *status familiae* (posição do cidadão como chefe de família, cuja falta importava em subordinação à ascendente masculino, na denominada *capitis minima*).

Atribui-se aos romanos a concepção dos primeiros interditos proibitivos dos direitos da personalidade, tais como “as primeiras leis a tutelar a privacidade do indivíduo, vedando a violação do seu domicílio (*lex Cornelia*), de sua integridade física (*lex Aquilia*) ou de seus escravos, sua liberdade individual (*lex Fabia*)” (Maluf, 2018, p. 172). No direito romano, a personalidade se restringia aos indivíduos que reuniam conjuntamente o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*, de modo que quem não possuísse a liberdade, igualmente não possuiria nenhum outro status, a exemplo dos escravos que não possuíam liberdade, não eram cidadãos e não podiam constituir família por meio das justas núpcias, não possuindo personalidade, embora fossem seres humanos. Apenas os cidadãos romanos detinham capacidade civil plena, podendo votar, serem votados, exercer o comércio, ter propriedade e casarem-se entre si, os *latini* (que habitavam as colônias romanas) e os *peregrini* possuíam capacidade jurídica reduzida, aos primeiros eram concedidos os mesmos direitos dos cidadãos romanos, exceto pertencer aos quadros da magistratura, votar, serem votados e contrair núpcias com cidadão romano. Já aos *peregrini*, além das mesmas limitações impostas aos *latini*, eram sujeitos a um estatuto e a uma justiça própria, aplicada pelo pretor peregrino. O *peregrini deditício* não possuía direito, isso em decorrência do fato de os estrangeiros serem considerados inimigos, nos primórdios da história romana. Porém, aos poucos, foi concedido aos *latini* o direito de adquirirem a cidadania romana e mais lentamente tal direito foi estendido aos *peregrini* (Szaniawski, 2005, p. 25-27).

A expressão direitos da Personalidade foi tratada inicialmente pelos jusnaturalistas como direitos inerentes ao homem e preexistentes ao Estado. Direitos esses que devem ser protegidos “não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem. Domado o *Leviatã*, o direito se propunha agora a enfrentar o lobo” (Schereiber, 2014, p. 05).

A categoria dos direitos da personalidade emergiu com a pandectista alemã, no final do século XIX. Windscheid introduziu a noção de direito sobre a própria pessoa e da própria existência pessoal. Ennerccerus concebia e defendia a existência de um poder jurídico sobre a própria pessoa, afirmando que “o poder da vontade do homem não se estende somente ao que lhe é exterior, mas também

à sua própria pessoa”. A doutrina e jurisprudência alemãs formularam duas concepções acerca dos direitos da personalidade, com arrimo no direito ao nome facultado no § 12º do Código Alemão de 1900 – BGB (Bürgerliches Gesetzbuch). A primeira, defendida por Regelsberger, Gierke, entre outros, ficou conhecida por direito geral de personalidade, que acreditava no “poder do sujeito sobre a sua própria pessoa, configurava um direito geral à livre atuação e manifestação da sua individualidade, em todos os sentidos e dimensões”. A segunda concepção compreendia como desnecessária à formulação de um direito geral, acreditando que a personalidade humana e as suas manifestações estavam tuteladas na própria lei civil, em normas de polícia e na legislação penal. A segunda concepção “chamava a atenção para a amplitude desmedida daquela figura, que podia colidir com o desenvolvimento de outras personalidades humanas” (Gonçalves, 2008, p. 78-79).

Nos escritores do século XIX, não se encontra referência aos direitos da personalidade, restringindo-se aos direitos da pessoa no tratamento correspondente, fato que se nota no trabalho pioneiro de Edmond Picard acerca dos direitos intelectuais de 1877, em que os distinguiu como categoria autônoma. Pasquale Fiore apresenta os direitos pessoais como sendo aqueles em que uma pessoa desfruta sem poder transmiti-los a outrem, cessando com a sua morte, cingindo-se às relações correspondentes à cidadania, à naturalização e à família. Robert Beaudant apresenta a pessoa como ente humano, cujos direitos vêm da própria natureza, ou seja, direitos naturais. Baudry Lacantinerie enfatiza os problemas da nacionalidade, do estado, do domicílio e da ausência ao tratar dos direitos da pessoa. Marcel Planiol e Georges Ripert falam em atributos da personalidade do ser humano, especificando e estudando o nome, o domicílio e o estado (Bittar, 2015, p. 67-68).

De Cupis (1982, p. 145) sobreleva a existência de “direitos supremos dos homens” sem os quais não seria possível garantir fruição de ser quem o é. Segundo as lições de Ferrara (1972), existe uma incumbência negativa e destinada a toda coletividade de que respeite o seu cumprimento. São, pois “nos direitos absolutos o objeto não é a res, mas os outros homens obrigados a respeitar o seu exercício”.

Giampiccolo (1958, p. 466-477) assevera, ainda, que esse dever geral de abstenção é necessário para a própria constituição e manutenção do ser diferenciando o dever geral de abstenção da utilidade jurídica que há de ser protegida. Os civilistas passaram a tratar sobre a configuração dos direitos subjetivos na medida em que a tutela da pessoa humana conquistou certo espaço no direito privado. No Brasil, especificamente no Código Civil, de modo inicial reservado ao direito de propriedade.

O advento da teoria dos direitos da personalidade apenas foi possível em razão da Revolução Francesa, que rompeu a estrutura estatal existente na época, que servia como instrumento de abuso de monarcas e de privilégios para a nobreza, representando o marco inicial da Idade Contemporânea, fundada na influência do liberalismo econômico e no surgimento de Códigos Civis, levando à dicotomia entre o direito público e o direito privado, criando espaço de autonomia para a livre realização da vontade dos particulares, que podiam reger suas próprias vidas sem a intromissão do Estado. A insurreição foi fortemente influenciada pelo liberalismo econômico e, após séculos de abuso de poder pelos monarcas, fez insurgir uma nova ordem jurídica que limita a atuação estatal. Ressalta-se, neste sentido, que a liberdade se vê exprimida no próprio artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo o qual “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo”. (Schreiber, 2014, p. 03).

A teoria dos direitos da personalidade é fruto da reação em face ao domínio absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo, à escola jusnaturalista e à Revolução Francesa que “consagraram os direitos fundamentais e essenciais do indivíduo, oriundos da sua íntima condição de indivíduo, que somando à proteção estatal gerava a categoria dos direitos inatos” (Mattia, 1978, p. 35). O Código Civil de Napoleão foi o primeiro de seu gênero e inspirou inúmeros outros códigos da primeira geração, contudo, apesar de ser fruto da Revolução Francesa que almejava consagrar os direitos dos homens, como se observa da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o código napoleônico não disciplinou os direitos da personalidade (de Cupis, 2004, p. 28).

A relevância dos direitos da personalidade ganha um papel de destaque com “a explosão qualitativa e quantitativa de meios de conexão de massa”, que

se passam em duas vértices: desconsideração da particularidade da vida e, por outro lado, a juridicização de relações jurídicas. Segundo explicitado por De Moraes (2010, p. 02) “vem ocorrendo em todos os cantos do mundo – por inovações científicas e tecnológicas de grande magnitude e de consequência aparentemente científicas e tecnológicas de grande magnitude”. Assim é que as relações se tornam cada vez mais complexas, de tal forma que “uma apriorística decisão diz respeito à proteção dos bens jurídicos em jogo”, acarretando “consequências aparentemente imprevisíveis, incontrolláveis e inevitáveis”, o que, por consequência, demanda um olhar cada vez mais apurado do aplicador da norma.

O Código austríaco de 1811 tratava de direitos inatos “fundados na única razão pela qual o homem há de considerar-se pessoa” (§ 16). O Código português de 1867 definiu os direitos à existência, à liberdade, à associação, à apropriação e à defesa (arts. 359º a 367º). O BGB reconheceu o direito ao nome (§ 12) e impôs-se a obrigação de reparação do atentado contra as pessoas (§823). O Código suíço de 1907, igualmente, tratou do direito ao nome (arts. 29 e 30) e fixou a obrigação de indenização no atentado contra a pessoa, elencando a liberdade como irrenunciável (artigo 28º) para a proteção da personalidade (artigo 27º). O Código espanhol de 1902 determinou a indenização pelo dano. Contudo, as primeiras leis isoladas que trataram sobre os direitos da personalidade foram a belga de 1886 e a lei romena de 1895 (Bittar, 2015, p. 66-67). No célebre caso *Arrêt Lecocq*, de 25 de junho de 1902, revelou-se pela primeira vez a noção de personalidade, por dentro do reconhecimento da Corte de Cassação da faculdade inerente à sua personalidade, do autor de uma obra literária ou artística¹⁸ (Lindon, 1974, p. 5).

A personalidade, segundo Elimar Szaniawski (2005, p. 70-72) pode ser resumida por características que são inerentes à pessoa. A natureza da personalidade jurídica tem em seu estudo inúmeras controvérsias dentre os doutrinadores, dentre as quais se encontra o enquadramento dos direitos da personalidade como subjetivos, bem como a natureza propriamente dita de tais

¹⁸ “[...] Pode-se definir jusnaturalismo como a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis por meio da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais.” (Bobbio, 2017, p. 42)

direito. Especificamente, no tocante à subjetividade dos direitos personalíssimos, parte da doutrina, como Savigny, Von Tuhr e Ennerccerus compreendem a personalidade como uma “evolução do *ius in se ipsum*”, isto é, representando o direito de alguém sobre si mesmo. Essa noção subjetiva por si só poderia levar a probabilidade que as pessoas pudessem dispor de si mesma, o que, será possível verificar adiante, constitui o inverso do elemento próprio da indisponibilidade.

Segundo Alves (2012), o ordenamento jurídico se encontra a serviço da pessoa humana, como se observa do disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. A pessoa, dessa forma, exige uma proteção jurídica oponível *erga omnes* (Carnelutti, 1955, p. 03), mas não é apenas esse o único atributo da personalidade. De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.

Elimar Szaniawski (2005, p. 125-127) explica que os fenômenos de constitucionalização foram culminados por uma “Crise do Direito Civil” muito influenciada pelas transformações econômicas e sociais oriundas da Segunda Guerra Mundial e da repersonalização civilista com o surgimento do direito geral de personalidade. Além de tratarem sobre aspectos formais do Estado como as organizações dos poderes e da estruturação estatal abordaram aspectos da vida privada. Segundo o autor, a doutrina tipificadora e fracionária do Direito Civil não logrou êxito em garantir a segurança jurídica, visto que geraram um fracionamento ao infinito que não poderia tipificar de modo exaustivo os direitos, trazendo, ao contrário do que almejado em grande insegurança jurídica.

Giddens (1991, p. 98) nomeia a modernidade reflexiva e considera que a expansão social já não mais se enquadra na estrutura jurídica atual. As modificações advindas de um mundo globalizado e conectado por tecnologias, o surgimento da biogenética e alterações em reconhecimento de direitos cada vez mais específicos impõe uma identificação do sujeito de modo múltiplo e não unificado, posto que são tantas as diferenças que fica cada vez mais difícil formar

uma identidade. São cada vez mais diversificados os grupos, cada vez mais distintos em valores e cada vez maiores em número e complexidade.

A fragmentação da pessoa enquanto ser se confronta em maior escala com uma multifacetada identificação de sistemas e ordens que se multiplicam com o decorrer do tempo. De acordo com Hall (2011, p. 13), a ausência de uma unificação de identidade permite a apropriação de sentidos diversos do reconhecimento do ser a depender das modificações sociais que impõem uma adequação do Direito para ajustes dos tradicionais institutos.

Imperioso se faz acrescentar as lições de Perlingieri (2007, p. 34) que, ao considerar a extrema importância dos direitos da personalidade, destaca que não seria suficiente apenas afirmar sua relevância em um capítulo específico, ao passo que, seria mais adequado uma “reconstrução” do Direito Civil com uma tutela diversa da que é direcionada à propriedade, realinhando-se o ordenamento jurídico ao reconhecimento da indispensabilidade da pessoa para o Estado.

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2006, p. 244) afirma os direitos da personalidade tratam dos direitos subjetivos protegidos pelo Estado, de modo que surge “um encontro de grandeza jurídica entre o direito privado, a liberdade pública e o direito constitucional, verdadeiro paradigma que se constituiu como fruto de lutas pela tutela dos direitos personalíssimos.”

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos, inerentes à pessoa humana, são prerrogativas concedidas ao indivíduo pelo ordenamento jurídico para assegurar os meios de direito para fruir como senhor dos atributos da sua própria personalidade. Demonstram-se como aspectos individualíssimos da pessoa humana, suas emanções e desdobramentos decorrem da necessidade de preservação e resguardo da integridade do ser humano no seu desenvolvimento psicossocial (Gogliano, 2012, p. 163).

Os bens da personalidade são os diversos aspectos que envolvem a pessoa natural, bem como seus prolongamentos e projeções, os campos básicos nos quais incidem as relações jurídicas: a própria pessoa, a pessoa ampliada na família e o mundo exterior, vale dizer, os bens patrimoniais (França, 1992, p.5).

A denominação de direitos da personalidade compreende os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina preconiza, como direitos

absolutos, desprovidos de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos (Gomes, 1996, p. 131-132).

Na perspectiva da doutrina tradicional, o objeto desses direitos se encontra nos bens constituídos, conforme Castan Tobeñas (*apud* Bittar, 2015, p. 35), “por determinados atributos ou qualidades físicas ou mais do homem, individualizados pelo ordenamento jurídico e que são alvo de especial atenção e proteção.” Assim, têm sido considerados, em todos os países, pela doutrina, como na Itália: Ferrara Venzi, Ruggiero, Pacifici-Mazzoni, Coviello, Gangi, Messineo, De Cupis, Rotondi e Degni; na França: Planiol, Ripert, Boulanger, Lindon; em Portugal: Pires de Lima e Antunes Varela, além, em estudos mais recentes de, José de Oliveira Ascensão, Pedro Pais de Vasconcelos e Paulo Mota Pinto; na Espanha: Martin Ballester; no Brasil: Limongi França, Orlando Gomes, Milton Fernandes, Maria Helena Diniz, Tereza Ancora Lopes, Alvaro Villaça Azevedo, Silvio Salvo Venosa e outros tantos autores” (Bittar, 2015, p. 35 e 36).

O objeto dos direitos da personalidade não é exterior ao sujeito, diferentemente dos demais bens, todavia a não exterioridade não significa a identidade entre a pessoa e os bens da personalidade (Beltrão, 2014, p. 33).

Segundo o formalismo de Kelsen, a pessoa possui sua identificação não como indivíduo, mas, sim, como uma “unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poder a um mesmo indivíduo”, assim é como se desenvolve a concepção iluminista de sujeito. A esse respeito, convém mencionar o raciocínio do pranteado mestre, segundo o qual a pessoa “Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica”. (Kelsen, 2009, p. 194).

Os direitos da personalidade possuem diversas características, sendo uma das primeiras a absolutilidade, visto que, na doutrina, são apresentados quase que de modo unânime como sendo absolutos. Sendo assim “a primeira acepção a ser analisada é estribada na eficácia ou na oponibilidade. Partindo daí, teríamos nos direitos absolutos uma oponibilidade em relação a todos (*erga omnes*)”. Um ponto, porém, precisa ser ressaltado, na medida em que qualquer generalização enquanto do emprego dos direitos da personalidade como absolutos, exige que

sejam observados como “uma categoria bastante vasta e em construção, o que permite, no futuro, a inclusão de novos direitos, os quais, eventualmente, podem não ser absolutos” (Zanini, 2011, p. 168). Portanto, considerando a plena expansão de tais direitos, somente poderia ser afirmada oponibilidade absoluto no tocante aos direitos que se fazem presentes na atualidade, posto que seria deveras temerário deduzir tal eficácia a todo e qualquer direito que possa vir a surgir.

Outra característica tratada pela doutrina é a da extrapatrimonialidade, segundo a qual seria impossível atribuir um valor econômico a tais direitos, e, quando se trata da citada atribuição, está se referindo a inviabilidade de que sejam avaliados em quantia monetária (Zanini, 2011, p. 173). Capelo de Sousa (2011, p. 415) observa que não fazem os direitos da personalidade parte do patrimônio da pessoa *stricto sensu*, o que não afasta que sua inobservância possa gerar a devida indenização.

Além disso, o direito da personalidade também conta com a qualidade de ser vitalício, dado que acompanha o ser humano por toda a sua vida, desde a concepção até a morte. Vale salientar algumas características que outorgam uma proteção além da vida como a existência de direitos do nascituro e aqueles *post mortem*. (Zanini, 2011, p. 191). São, ainda, considerados pela doutrina como imprescindíveis, eis que tutelam a dignidade da pessoa humana. Nesses termos, a sua ausência torna praticamente irrealizável a personalidade. Oportuno salientar que “tratam do conteúdo mínimo da esfera jurídica da pessoa”, são, portanto, condizentes com “a tutela do *minimum*”. (Zanini, 2011, p. 191).

Os direitos da personalidade são também indisponíveis, posto que não se limitam voluntariamente. Frise-se que o conceito doutrinariamente adotado para disponibilidade é deveras incerto, não apenas no Brasil, mas também no estrangeiro. Segundo Garcia (2007, p. 46), qualquer ação que tenha por objeto a personalidade deve se sujeitar a uma cláusula do direito da personalidade que, já se pode acrescentar, é geral, conforme será abordado de forma mais específica em tópico adiante. (Zanini, 2011, p. 227).

A extrapatrimonialidade também deve ser destacada, na medida em que não perdem com o tempo a sua possibilidade de lhes fazer exigir. Nesses termos, “enquanto não há lesão a um direito da personalidade inexiste pretensão a prazo

prescricional”. Tal característica se mostra evidenciada a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal, a saber: REsp 797989/SC e REsp 1002009/PR, que abordam a indenização por dano moral em casos de tortura e morte (Zanini, 2011, p. 235). Por derradeiro, ainda se cita uma característica que é citado por alguns doutrinadores, que, em caso de colisão entre direitos outros e os da personalidade, haveria uma prevalência destes, isso se daria em razão da tamanha peculiaridade da personalidade que envolve a tutela do próprio ser como pessoa (Zanini, 2011, p. 255) e como já visto em tópicos anteriores, a pessoa é para quem e por quem o Estado é criado.

Alexy (2008, p. 94) destaca que os direitos humanos são caracterizados, além da universalidade (destinam-se a todos), fundamentabilidade e prioridade (fazem parte da natureza humana e devem ser considerados por toda a sociedade), também pela abstratividade, uma vez que postos de forma ampla e genérica para que vincule a cada pessoa em seus aspectos distintivos.

Os direitos da personalidade estão inseridos na parte geral do Código Civil brasileiro de 2002, especificamente entre os artigos 11º e 21º, representando grande evolução em relação ao Código de 1916 “carregado de tintas patrimoniais”. A existência de um capítulo específico de proteção à pessoa demonstra o compromisso “de todo direito civil com a tutela e a promoção da personalidade humana. O acerto do legislador nesse aspecto é indiscutível e merece todos os aplausos” (Schreiber, 2014, p. 12).

Os direitos da personalidade, na atual codificação brasileira, estão disciplinados em duas grandes modalidades. A primeira, consubstanciada no artigo 12º, que constitui a cláusula geral protetora do direito geral de personalidade do homem. A segunda, advinda dos artigos 13º a 21º, que trazem algumas tipificações de direitos da personalidade, “tendo o legislador inserido aleatoriamente alguns tipos, filiando-se, de certa maneira, à teoria tipificadora e fracionária do direito de personalidade” (Zsaniawski, 2005, p. 178).

O Brasil repete a fórmula adotada por Portugal e Itália ao definir as características gerais e regular alguns aspectos especiais que, independentemente da regulamentação dos direitos da personalidade no Código Civil, os seus principais direitos ainda são mantidos na Constituição. O vigente Código Civil brasileiro “estabelece um regime comum aplicável aos direitos da

personalidade e à previsão de alguns direitos da personalidade em espécie, regulando aspectos sobre o corpo, o direito ao nome ou o direito à imagem, não suficientemente versados na Constituição Federal” (Beltrão, 2014, p. 48-49).

Apesar da tardia tipificação dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, é de se observar que os direitos do homem “não nascem de uma vez, nem de uma vez por todas”, eles se desnudam em resposta à opressão infligida à pessoa, como os direitos que impõem a abstenção do Estado surgiram como resposta ao absolutismo e os direitos às liberdades sociais nascem do desenvolvimento dos agrupamentos proletariados em réplica à opressão econômica imposta pelos detentores dos meios de produção (Bobbio, 2004, p. 4).

A evolução da civilização com as conquistas advindas do pensamento filosófico, religioso e social, proporcionou novas ideias, que vieram povoar o universo jurídico da pessoa, prevalecendo a concepção de que se podem divisar quatro estados básicos para o ser: a) o estado político; b) o estado individual; c) o estado familiar e d) o estado profissional. Distinguindo-se os direitos em questão dos de personalidade, pela perspectiva de análise e pelo aspecto intrínseco, versando esses a respeito de elementos individualizadores do ser, voltando-se para aspectos íntimos da pessoa, como ente individualizado na sociedade. Desta feita, considerada a pessoa em seu conjunto, é tratada pelo direito, incidindo: “a) os direitos da personalidade sobre o ente em concreto e identificado, em si considerado, ou em seus desdobramentos na sociedade; enquanto b) os direitos pessoais abrangem a pessoa como indivíduo, ou ser abstratamente analisado, ou como membro de uma família, ou de uma comunidade, ou de uma nação, com toda a gama de relações daí defluentes” (Bittar, 2015, p. 63-65). Diferenciação que demonstra que a construção da teoria dos direitos da personalidade é recente, apesar da existência de formas antigas de proteção à pessoa.

A natureza jurídica dos direitos da personalidade advém dos direitos subjetivos da pessoa em defender o que lhe é próprio, como a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a imagem, a privacidade, a autoria, entre outros. Os direitos da personalidade são o conjunto de caracteres próprios da pessoa sendo, dessa forma, objeto de direito (Maluf, 2018, p. 178).

Os bens da personalidade representam o poder de cada indivíduo sobre si mesmo, o que conduz ao dever jurídico de respeito por parte de terceiros e a

vontade humana, mola propulsora e pressuposto da personalidade jurídica, opera não apenas sobre os direitos patrimoniais e direitos familiares (mundo exterior), mas sobre a própria realidade antropológica do ser humano, fazendo com que cada indivíduo seja guia de sua vida, corpo, honra e demais atributos e energias que emanam da personalidade (Mattia, 1978, p. 39-40).

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos inerentes à pessoa humana, são prerrogativas concedidas ao indivíduo pelo ordenamento jurídico para assegurar os meios de direito para fruir como senhor dos atributos da sua própria personalidade. Demonstram-se como aspectos individualíssimos da pessoa humana, suas emanações e desdobramentos decorrem da necessidade de preservação e resguardo da integridade do ser humano no seu desenvolvimento psicossocial (Gogliano, 2012, p. 163).

Os bens da personalidade são os diversos aspectos que envolvem a pessoa natural, bem como seus prolongamentos e projeções, os campos básicos nos quais incidem as relações jurídicas: a própria pessoa, a pessoa ampliada na família e o mundo exterior, vale dizer, os bens patrimoniais (França, 1992, p.5).

A denominação de direitos da personalidade compreende os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina preconiza, como direitos absolutos, desprovidos de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos (Gomes, 1996, p. 131-132).

Os direitos da personalidade são os direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Desse modo, são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, que avultam, desde logo, as seguintes: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se antepõem inclusive como limites à própria ação do titular.

Os direitos da personalidade, portanto, são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, compreende os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo, são os direitos ínsitos à pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral, sendo, portanto, os diversos aspectos

que envolvem a pessoa natural, bem como seus prolongamentos e projeções, possuindo como sua base axiológica a dignidade da pessoa humana.

2.3 A DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO DIRECIONADOR E CONSTRUTOR DA CLÁUSULA ABERTA QUE COMPÕE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O humanismo, na ciência do direito, representou a criação da concepção moderna de personalidade, simbolizando esgotamento do *mos itálico*, o transpassar do pensamento tópico-aristotélico de interpretação baseada no *corpus juris*.

O jusracionalismo, por sua vez, inaugura sistemáticas a partir das quais as polaridades entre *sistema interno* (inexistência de um pressuposto de ordenação) e *sistema externo* (inexistência de relações específicas entre as normas) se desdobram em sistemática central e periférica. Uma sistemática, atrelada ao sistema externo, relaciona-se à formatação de ideias gerais e uma segunda sistemática traz à tona a concepção de “sistema imanente”, posto que não toma como pressuposto uma certa ordenação, havendo, ao contrário, uma conexão material e própria das normas, sendo que tal conexão é resultante da mútua relação existente entre os princípios. Daí porque o termo “sistema imanente” se refere à sistemática que não advém do externo, mas da relação de vinculação que é própria dos princípios (Martins-Costa, 1999, p. 101).

A contemporaneidade se vê marcada pela “funcionalização” de institutos jurídicos, uma vez que se criam para além dos direitos subjetivos formas outras, que sejam alternativas para efetivar a proteção da pessoa humana. Assim, os direitos subjetivos teriam sido idealizados em um sentido individual e não considerando a complexidade em nível de solidariedade. (Perlingierl, 2007, p. 121). Cunha (2006, p. 24), afirma que essa taxação dos direitos subjetivos acaba por restringi-los, impedindo que haja o atingimento de sua integralidade. Carece, portanto, de aceção suficiente a abarcar a complexidade dos direitos da personalidade.

A subjetividade a que se refere os direitos da personalidade diz respeito não a uma oposição às situações objetivas, mas do fato de advirem do próprio

sujeito. Alberto Spota, como exposto por Eliminar Szaniawski (2005, p. 79), entende que são os direitos da personalidade aqueles que representam um dever jurídico que “pesa sobre toda a coletividade”, constituindo, desta forma “o próprio âmbito da liberdade. Adriano de Cupis (2008, p. 23-24/), por sua vez, salienta que deveriam ser chamados de direitos da personalidade todo os que têm por objeto a personalidade humana, sendo imperioso ressaltar que a proteção jurídica se relaciona com o “*minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo”, de modo que são essenciais por constituírem a “medula” da personalidade humana.

Leonardo Estevam de Assis Zanini, citando Heinrich Hubmann, diferencia os direitos da personalidade, direitos individuais e direitos ao desenvolvimento da personalidade. Os primeiros, que são o objeto deste estudo abarcariam:

[...] toda a equipagem do indivíduo, de certo modo comum ao ser humano em geral, incidindo sobre a existência (a vida, os meios de conservação da vida, o corpo e a saúde), o espírito (a criação cultural e, enquanto objetivações do espíritos pessoal, os produtos culturais, inventivos, estéticos e industriais), a vontade (como força anímica que autoriza o homem a se autodeterminar, a tomar decisões e a confrontar o mundo circundante), a vida sentimental, a restante vida anímica e certas relações pessoais com as coisas e com outras pessoas (Zanini, 2011, p. 115)

Os direitos da personalidade devem atender às modificações sociais, de maneira que são construídos ao longo do tempo e por isso são tidos como cláusula aberta, amoldando-se às mais diversas situações.

A dignidade da pessoa humana trata-se da base axiológica dos direitos da personalidade (Siqueira; Martins, 2022, p. 23)¹⁹, dignidade esta que o presente estudo se pauta na matriz Kantiana, haja vista que a conceituação da dignidade humana não consiste em uma fórmula matemática, existindo inúmeras variações do que se entende ser ou não essencial ao ser humano, motivo pelo qual

¹⁹ “Verifica-se, pois, que a Constituição em vigor adota a *cláusula geral*, como princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira. Nossa Constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do *princípio da dignidade* da pessoa, que consiste em uma *cláusula geral* de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez ser a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica.” (Szaniawski, 2008, p. 345).

apresenta-se a matriz Kantiana como fundamento teórico quanto a dignidade humana, isto é, o ser humano como fim em si mesmo.

Segundo Michael Rosen (2015, p. 38) o termo em alemão que corresponde à dignidade é *würde* que possui etimologicamente uma relação com *wert*, por sua vez utilizado para se referir a algo valioso ou merecedor. O entendimento do autor acerca de dignidade pautasse na concepção kantiana, especialmente no que diz respeito à moralidade, conforme se observa do trecho abaixo retirado de sua obra:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma *dignidade*. Uma coisa que tenha um preço pode ser substituída por outra qualquer que lhe seja *equivalente*; aquela que, por outro lado, eleva-se acima de todo preço e, pois, não admite equivalente, esta comporta uma dignidade. Aquilo que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço de mercado* (Market Price); aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, a certo deleite no exercício gratuito de nossas faculdades mentais, isto tem um preço *extravagante* (*fancy price*); aquilo, no entanto, que constitui a condição sob a qual uma coisa pode ser um fim em si mesma não possui um valor meramente relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é, *dignidade*. A moralidade é, portanto, a única condição sob a qual pode um ser racional ser um fim em si mesmo, pois somente por ela é possível ser membro legislador no reino dos fins. A moralidade, pois, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, é a única coisa que possui dignidade (Rosen, 2015, p. 39).

O excerto acima retirado da obra de Michael Rosen contém descrição da concepção Kantiana acerca da dignidade, especialmente no que diz respeito à moralidade, vez que Kant distingui os valores em duas espécies, isto é: os que podem ser substituídos (fungíveis) e aqueles que “estão acima de todo preço” (Rosen, 2015, p. 38).

A dignidade, para Kant (2007, p. 73 e 77), “age de tal maneira que use a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca como um meio”, a ponto que não está condicionada a qualquer preço, não podendo ser substituída, trocada ou comprada, haja vista que “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então, tem ela dignidade”. O pensamento Kantiano, por sua vez, inaugurou novo alicerce para a dignidade humana, ao substituir os postulados cristãos pela razão pautada na autodeterminação moral

do indivíduo, o que permitiu um sentido universal ao conteúdo da dignidade humana (Pera Junior, 2017, p. 31).

A teoria Kantiana sugere que “diferentemente das coisas e dos animais, não têm preço, mas *dignidade*, constituindo fins em si mesmas”. A esse respeito, insta consignar que a fundamentação de Kant encontra fundamento na autonomia humana que oferece ao ser humano a capacidade de agir conforme uma lei moral, bem como de se autodeterminar por essa. Assim é que a autonomia “oferece a capacidade de agir de acordo com a moralidade”, bem como de ‘agirem de modo racional” (Sarmiento, 2016, p. 29-45).

Kant associa a dignidade ao respeito, quando faz tal associação, refere-se “a forma” em que se reconhece o “status” de outrem. Em Kant, portanto, o que deve ser reconhecido como digno de respeito não é o status social ou a posição que a pessoa ocupa, mas sim “a função legisladora da moralidade, algo que os homens carregam inalienavelmente dentro de si” (Rosen, 2015, p. 43).

Daniel Sarmiento (2016, p. 107-108), ao analisar a filosofia Kantiana, apresenta três pontos fundamentais da “fórmula do fim em si mesmo”, a saber:

Em primeiro lugar, deve notar que, para Kant, tratar uma pessoa como fim significa respeitá-la como um sujeito racional, capaz de fazer escolhas e de se autodeterminar. Assim, não é lícito constranger, manipular ou mentir para uma pessoa, ainda que se considere que o resultado da ação reverta em seu próprio benefício. A teoria Kantiana é essencialmente antipaternalista. Em segundo lugar, há que se atentar para o fato e a interdição contida no imperativo categórico é de que as pessoas sejam tratadas apenas como meios. Não veda que, em alguma medida, uma pessoa se valha de outra para atingir os fins que persegue. Quando, por exemplo, um indivíduo contrata os serviços de um profissional para pintar as paredes de sua casa, ele se utiliza dessa pessoa para perseguir um fim que é seu, mas nada há de errado nisso. O pintor, por sua vez, também visa a obter um fim de quem o contratou – o recebimento do pagamento pelos seus serviços. As vontades das partes se ajustam e ninguém é tratado pelo outro como um mero objeto. Em regra, quando celebramos um contrato, não tratamos o outro contratante apenas como um instrumento para servir os nossos interesses, pois a celebração pressupõe o exercício da autonomia de ambas as partes. Ao exprimir o seu consentimento, cada contratante age como sujeito racional, e não como um simples objeto, não se cogitando a priori, portanto, em ofensa ao imperativo categórico. Finalmente, para Kant, o indivíduo também não poder tratar a si próprio como um mero objeto. Ele deve tratar a humanidade, que carrega em si, sempre como um fim. Nas suas palavras, ‘em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele (o homem) tem sempre de ser considerado simultaneamente um fim.’ Por isso, Kant considera imorais certas ações individuais que, embora não causem danos a terceiros, deixam de exprimir o necessário respeito à humanidade de quem as pratica. Com base nesta ideia, ele se opôs,

por exemplo, ao suicídio e, até mesmo, ao sexo casual, que, na sua ótica, degradaria quem o praticasse.

Apesar do desenvolvimento do pensamento cristão e kantiano, maior relevância foi concedida ao tema dignidade humana, após a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, tendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 como marco histórico, texto que foi elevado a código das nacionalidades com o intuito de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade humana (BONAVIDES, 2008, p. 578). A relevância dada à dignidade humana ocasionou na busca de valores que pudessem explicar e dirigir as ações do Estado e do direito, bem como na reestruturação da ordem política e jurídica, por intermédio da qual, o indivíduo foi elevado como o início e o fim do debate jurídico, não sendo por acaso a afirmação nas palavras de Magalhães (2012, p. 153) de que a “dignidade da pessoa humana é o pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico e de toda a Constituição”, de modo que no Estado democrático de direito, os demais princípios estão fundamentados na dignidade humana, sob a qual emergem, cuja ausência destitui o sentido ou valor da própria liberdade (Bonavides, 2008, p. 646).

Em decorrência do movimento constitucionalista pós-segunda guerra mundial, foi possível reconhecer a dignidade da pessoa humana não apenas como balizador, mas também como centralizador do ordenamento jurídico, sendo o termo dignidade humana citado em média em 4% de todas as decisões no Supremo Tribunal Federal (Sarmiento. 2006, p. 14-15), de maneira que é possível concluir que²⁰:

[...] importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global deve ser saudada como sinal de avanço civilizatório. Afinal, trata-se de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão” (Sarmiento, 2016, p. 15).

²⁰ “[...] a força moral do princípio, bem como o seu profundo apelo emocional, dirigido não só aos juristas como também ao cidadão comum, são boas razões para continuar apostando nele como um poderoso instrumento para humanização do ordenamento jurídico e das práticas sociais. O princípio da dignidade da pessoa humana, corretamente interpretado, pode ajudar a colorir com tintas mais emancipatórias a ordem jurídica; pode servir como arma de combate, nos tribunais e fora deles, contra práticas sociais injustas e opressivas; pode contribuir para o enraizamento de um genuíno sentimento constitucional na sociedade em favor da inclusão e já justiça” (Sarmiento, 2016, p. 19).

Em contraposição à concepção individualista do liberalismo estatal burguês, diante do qual “os indivíduos são vistos e tratados como abstrações racionais e incorpóreas”, portanto, baseando-se, “em concepção atomizada da sociedade, que relega a um plano secundário os laços sociais e os interesses comuns compartilhados pelas pessoas”, de maneira que “não se dá maior atenção às suas carências materiais, aos seus sentimentos, aos seus vínculos sociais, à sua corporalidade”, (Sarmiento, 2016, p. 43), o emprego da dignidade humana como elemento central do ordenamento jurídico incorporado pela filosofia kantiana inova ao compreender a necessidade de observar os aspectos intrínsecos de cada ser, não se verificando a sociedade como um átomo, como um todo único e universal, mas sim como partes compostas de um, partes estas que possuem aspectos particulares e que possuem a dignidade humana como elemento de essencial observância.

Na contemporaneidade, a dignidade humana passa a ser o fundamento do Estado, capaz de legitimar o poder constituído e dirigir os fins estatais e sociais, servindo ainda como guia à atuação concreta de cada uma das funções (legislativa, executiva e judiciária), que decorre justamente do reconhecimento de que a pessoa é o fim e o Estado não mais que um meio para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais (Sarmiento, 2004, p. 111).

Atento às novas diretrizes estabelecidas no pós-guerra e na DUDH, inúmeros países passaram a consignar, no próprio texto constitucional, o fundamento supralegal pautado na dignidade da pessoa humana (Barroso, 2012, p. 20). A Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988 (CF/88), sob inspiração da Constituição de Portugal e da Lei Fundamental da Alemanha, previu a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, inciso III, ao erigi-la como um dos fundamentos do nosso Estado democrático de direito. O valor supremo eleito, por conseguinte, torna-se o vetor de atuação dos poderes do Estado e do agir de cada pessoa (Fachin, 2012, p. 207).

A garantia da dignidade humana tem a estrutura de um princípio, por ser algo que pode “ser realizado na maior extensão possível, segundo as possibilidades jurídicas e fácticas consideradas” (Alexy; Baez; Silva, 2015, p. 18). O conceito de dignidade humana é complexo, por conjugar aspectos descritivos ou empíricos com elementos normativos ou avaliativos e a autonomia aparece

como o elemento mais frequente apontado da dignidade humana, como se pode observar no estudo de Immanuel Kant, que afirma que “a autonomia é, portanto, a base da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (Kant, 1964, p. 436). A concepção Kantiana está correta pela ótica da teoria moral, todavia, a proteção jurídica da dignidade humana não se limita à proteção da autonomia, mas inclui o direito de existir e o direito de tomar decisões de qualquer tipo (Alexy, 2005, p. 37). A autonomia desempenha papel fundamental nos estudos de Immanuel Kant (1964, p. 428) sobre a pessoa e empresta ao conceito de dignidade humana base descritiva ou empírica mais ampla.

Pico Della Mirandola (1990, p. 6) considera que a capacidade de autoformação é a razão decisiva para a dignidade dos seres humanos, ao caracterizar o homem como seu próprio escultor criativo. Todavia, o resultado advindo da autoformação poderá ser de “brutal degeneração e de desenvolvimento para uma dimensão superior”.

A dignidade humana é titularidade de todo aquele que preenche as condições da estrutura ‘duplo-triádica’, posto que toda pessoa é possuidora da dignidade humana. Assertiva que é mais bem compreendida pela ligação do conceito de dignidade humana com o conceito de valor, como feita por Ronald Dworkin (2006, p. 9), que relaciona o conceito de dignidade humana com os conceitos de deveres e direitos ao tratar do princípio do valor intrínseco.

A conexão da dignidade humana com os direitos e os deveres pode ser expressa pelo dever que prevê que a dignidade humana exige que todos os seres humanos sejam levados a sério como pessoas, ou que todos os seres humanos ‘têm o direito’ de serem levados a sério como pessoas. A divergência entre as duas formulações é de que, na primeira, o conceito de dignidade humana aparece, o que não ocorre na segunda. Porém, a dignidade humana pode ser suprimida da primeira formulação e inserida na segunda, passando a ser: todos os seres humanos devem ser levados a sério como pessoas e a dignidade humana dá a todos os seres humanos o direito de serem levados a sério como pessoas.

Situação que, na concepção de Alexy; Baez e Silva (2015, p. 27) demonstra uma importante característica formal do conceito de dignidade humana, qual seja, a dignidade humana é um conceito-ponte, isto é, “um conceito de conexão, que conecta um conceito empírico ou descritivo com um conceito normativo ou

avaliativo”, tratando-se o conceito descritivo do conceito de pessoa e o normativo do “dever de levar a sério todos os seres humanos como pessoas” e do “direito de todos os seres humanos serem levados a sério como pessoas”, formulações essas que são as “normas operativas da dignidade humana”.

A regra da dignidade humana não tem significado independente, haja vista que o conteúdo no nível de regra depende diretamente do conteúdo no nível de princípio, de modo que a concepção de dignidade humana como regra é possível, mas vazia. A construção como regra implica a concepção absoluta da dignidade humana, ao passo que a construção como princípio implica a concepção relativa. O teorema de dominação demonstra que a característica essencial da estrutura normativa da dignidade da pessoa humana é o seu status como princípio. Por essa razão, apenas a concepção relativa pode ser correta.

A concepção relativa poderia objetar que é possível conceber a norma de dignidade humana como um princípio, que deve ser aplicado por meio de balanceamento. A dignidade humana pode ser objeto de balanceamento, ao se aceitar que o conteúdo da garantia da dignidade humana possa ser expresso pela norma de deveres “todos os seres humanos têm de serem levados a sério como pessoas” e pela norma de direitos “todos os seres humanos têm o direito de serem levados a sério como pessoas”.

A conceituação da dignidade humana é tarefa complexa, pois engloba aspectos da esfera religiosa, filosófica e científica (Comparato, 2001, p. 01). A complexidade é tamanha, que juristas como François Borella (1999, p. 37) e Claire Neirink (1999, p. 50) sustentam que é impossível atribuir definição jurídica para a dignidade humana, por representar noção filosófica da condição humana, associada às suas imensuráveis manifestações de personalidade.

A resistência cultural se mostra como considerável obstáculo para a utilização da expressão ‘dignidade humana’ associada à DUDH da Organização das Nações Unidas (ONU) que está assentada nos parâmetros morais ocidentais, desvinculada da história e da forma como as demais culturas desenvolveram, ao longo da sua trajetória, o respeito e a proteção da dignidade de seus membros (Santos, 2001, p. 18).

As diferentes proposições que visam conceituar a dignidade humana convergem no sentido de ser atributo possuído por todos os seres humanos, que

os diferencia das outras criaturas da natureza (Sarlet, 2005, p. 35). Para o autor supracitado (2007, p. 217), a dignidade humana é atribuída ao indivíduo independentemente das circunstâncias concretas ou dos danos que, eventualmente, tenha causado, pois é reconhecido como pessoa e seus atos, por mais tenebrosos que sejam, não são capazes de apagar esse traço inato, em decorrência de os motivos que levaram ao encarceramento compulsório, ainda que reprováveis, não autorizam que eles venham a ser tratados como meros objetos (Dworkin, 2003, p. 310).

O ser humano, sendo dotado da capacidade de tomar consciência de si mesmo e de alterar a sua inserção no meio em que vive, se distingue da natureza impessoal e em concordância com Sarlet (2005, p. 21) essa característica é inerente à espécie humana em que se encontra a dignidade, diferente de um objeto qualquer que não possui um fim em si mesmo, o que lhe permite ser deslocado de um lado para outro, ter sua forma alterada a fim de ser adaptado às finalidades diversas e até mesmo ser descartado.

Martinez (1996, p. 21) disserta que a dignidade humana independe de reconhecimento jurídico para sua existência, por ser bem inato e ético, colocando-se acima, inclusive, das especialidades culturais e suas diversas morais, posto que sua violação evidencia desrespeito à capacidade de autodeterminação do ser humano e de sua própria condição de liberdade (Silva, 2002, p. 191). O ser humano ser um fim em si mesmo, em certas circunstâncias, não impede de ser voluntariamente instrumento da satisfação de vontades alheias, prática que não ocasionaria afronta à sua dignidade. Todavia, como refere Sarlet (2005, p. 36), seria afronta à sua dignidade a exposição a situações degradantes, mesmo que o faça de forma voluntária, nas quais o escopo da conduta não fosse a recíproca sujeição das partes envolvidas, mas a simples instrumentalização de um dos componentes da relação, fato que ocorre, por exemplo, na venda de órgãos, onde o corpo estaria sendo despojado para fins de comércio, situação em que haveria relativização da autonomia da sua vontade e no sentido de proibir a prática, posto que a autonomia deve ser restringida, segundo Adorno (2009, p. 73), sempre que se mostrar prejudicial à dignidade de quem a está exercendo ou para terceiros. Estando a dignidade humana acima de todos os preços, não admite qualquer

substituição por valores, por não existir nada que lhe possa ser equivalente (Kant, 1964, p. 62).

Considerada como valor, a dignidade humana é um bem inalienável que não pode ser objeto de transação ou renúncia por parte de seu titular, sobrepondo-se, inclusive, à autonomia da vontade, quando seu exercício acarretar qualquer forma de subjugação ou de degradação da pessoa.

A abordagem ontológica da dignidade humana que a qualifica como atributo intrínseco ao indivíduo deve ser acrescido de sentido cultural, crescente e variável, dentro de cada momento histórico, como referem Croce (2002, p. 17-19) e Pérez-Luno (1984, p. 48), contexto histórico-cultural em que a dignidade humana exige respeito e proteção da sociedade e do Estado, por ser fruto de certo consenso social, que serve de parâmetro para o exercício do poder de controle da sociedade e das autoridades, as quais se incumbem de protegê-la contra quaisquer formas de violação (Maurer, 2005, p. 85). A condição ontológica que se traduz na dignidade humana revelada pelo descortinar histórico, inevitavelmente acarreta a imposição de tarefas ao Estado, de modo que a integridade humana seja preservada (Sarlet, 2005, p. 21).

Daniel Sarmento (2016, p. 104) afirma que “a dignidade é ontológica e, não, contingente”, haja vista que “todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas” e que “ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos ou que pratique os atos mais abomináveis”, pois “a dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular”.

A dimensão negativa e prestacional da dignidade humana, também denominada como dimensão objetiva e subjetiva, ao passo que estabelece liberdades ao indivíduo, também impõe obrigações ao Estado como aos demais seres humanos (Barroso, 2012, p. 27). Não pode olvidar, ainda, que a “A dignidade também se presta a parâmetro de controle de atos estatais”. (Sarmento, 2016, p. 84).

A dignidade ainda pode ser observada pela dimensão destinada à transcendência, que evidencia o aspecto promocional do desenvolvimento humano, por meio da qual, a cada indivíduo compete estabelecer sentido à própria vida, às metas e objetivos que permitam almejar o desenvolvimento pessoal. A dignidade humana, assim, transpassa pela figura do indivíduo como sujeito “conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual” (Canotilho, 2003, p. 225).

Afirmar a primazia da pessoa não significa subscrever os princípios do individualismo e considerar cada homem como absoluto que necessita de nenhum outro. “Ao contrário, o reconhecimento da primazia da pessoa está intimamente ligado à admissão da transcendência; o homem é sempre mais do que ele é, e é sempre menos do que deve ser” (Modin, 1980, p. 174).

Jorge Miranda (2012, p. 220) aponta que a dignidade da pessoa humana se reporta a todas e cada uma das pessoas, no sentido de que a dignidade é individual e concreta. O fato de o indivíduo viver em relação comunitária implica no reconhecimento individual da igual dignidade das demais pessoas e que a dignidade que possui é dela mesma e não da situação em si, de modo que a dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos sociais. O jurista afirma, ainda, que o primado da pessoa é o do ser, não o do ter.

Jurgen Habermas (2003, p. 33) entende que a dignidade humana não é propriedade inata ou biológica do indivíduo, como a inteligência ou a cor dos olhos, que a pessoa possui por natureza, mas ela consiste em uma espécie de inviolabilidade que assume significado somente em relações interpessoais de mútuo respeito, decorrente da igualdade de direitos presentes nas relações interpessoais.

Robert Alexy (2008, p. 355-357) buscando uma vinculação entre princípio formais e materiais, aborda a dignidade de modo a afastá-la de concepções genéricas como as que buscam apenas um significado que resulta em uma máxima de que o ser humano não pode ser reduzido à condição de objeto. Existem questões outras que tornam difícil uma concepção generalista como essa, mas um consenso inegável é o de que as concepções são muito próximas umas das outras, ao que se denominou como “semelhanças de família”. À guisa de exemplo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão resumiu ao destacar uma

fórmula pela qual estaria a dignidade humana “baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade”. Vale salientar que essa liberdade não condiz com a individualidade isolada e ilimitada, mas sim com noção de um ser relacionado à uma determinada comunidade. Resume-se, pois, tal orientação à seguinte citação: “o indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada”.²¹

À dignidade humana é relacionada a existência humana por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 361), para quem, acima de tudo, a dignidade “diz com a condição humana do ser humano, e, portanto, guarda íntima relação com as complexas, e, de modo geral, imprevisíveis e praticamente incalculáveis manifestações da personalidade humana”, sendo o Direito o resultado da evolução acerca do entendimento da pessoa e dos direitos que lhe são inerentes, tais valores “acabam por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade”.

Não se pode concluir por um “esmaecimento das facetas não jurídica” decorrente da positivação massiva do princípio da dignidade humana como um fenômeno praticamente universal de internalização deste princípio como norteador. Com efeito, “a dignidade da pessoa humana converteu-se em importante ‘porta de entrada’ da argumentação moral e filosófica no campo jurídico. A sua consagração no patamar mais elevado dos ordenamentos jurídicos diminuiu, inclusive, a relevância prática da interminável querela entre positivistas e jusnaturalistas” (Sarmiento, 2016, p. 57).

Subsistente, todavia, uma grande disfunção relacionada à aplicabilidade da dignidade humana nos tribunais brasileiros, mormente quando se trata das razões que levam à sua utilização, por vezes calcada em uma simples razão de ser, ou sem qualquer tipo de demonstração ou motivação para tanto. Em resumo, o que se quer expressar é que não de maneira excepcional inexistente explicação entre as

²¹ Neste sentido, vislumbra-se a menção do autor acerca da máxima da proporcionalidade, segundo o qual “a liberdade é restringível, mas também que ela é restringível somente diante da presença de razões suficientes”. (Alexy, 2008, p. 357).

razões que levaram o intérprete a utilizar-se deste princípio. Segundo entendimento explanado por Sarmiento (2016, p. 308), o uso da dignidade humana nos tribunais é uma verdadeira “patologia”, uma vez que “Invoca-se a dignidade sem nenhuma explicitação das razões que justificariam a incidência do princípio, nem tampouco dos motivos que levariam tal aplicação a produzir o resultado alcançado pelo intérprete”.

A dignidade da pessoa humana busca ser protegida incessantemente a partir dos direitos humanos, seguem com a inclusão de sua proteção em movimentos constitucionalistas com a inserção de direitos fundamentais na legislação de cada nação e culminam na proteção mais específica dos direitos personalidade, direitos esses que se materializam por meio de cláusulas gerais e não a partir de um rol *numerus clausus* (Sousa, 1995, p. 84).

Os direitos da personalidade são previstos na forma de cláusula aberta por estarem intimamente relacionados à pessoa, motivo pelo qual não poderiam ignorar a sua complexidade e mutabilidade ao decorrer do tempo. Assim, deve o direito estar pronto para se amoldar às particularidades existentes e as que estiverem por existir. Trata-se, portanto, de um direito vivo, que esteja pronto a atender e se amoldar às mais diversas particularidades. Os indivíduos possuem diferenças, mas não as pessoas; essas, por outra maneira, equivalem-se.

Schreiber (2011, p. 2013) argumenta no sentido de que a tentativa de delimitar uma divisória entre direitos torna-se cada vez menos precisa, especialmente na atualidade que reclama por princípios e cláusulas gerais que abarquem e se amoldem às mais variadas situações. Tratar-se-ia de uma oxigenação do sistema para a sobrevivência desse, diante dos nos problemas e desafios oriundos da contemporaneidade.

A tutela da personalidade não deve se desenvolver de modo fracionado ou fechado em variadas *fattispecie*, não haveria, portanto, autonomia dos direitos da personalidade como aplicáveis por si, mas sim diante de uma comunicabilidade entre os diversos direitos existentes, de modo que se considere a garantia personalidade em um todo que se une e tem como elo a dignidade humana. São complexas e subjetivas as situações que engendram a humanidade e, mais especificamente, a personalidade humana. Diante de tal complexidade, também deve haver uma abertura para considerar que a personalidade somente o é

quando considerado o caráter pessoal. Desse modo, a mutação dos aspectos humanísticos e até a observância das peculiaridades humanas em um mesmo recorte histórico leva a crer que a previsão dos direitos personalíssimos deve ser tão aberta quanto lhe caiba as mais variadas conjecturas e arranjos sociais (de Moraes, 2010, p. 05). Nesse sentido já caminhava o entendimento de Martins-Costa (1999, p. 312):

A padronização da linguagem não constitui, no entanto, um *desideratum* a ser perseguido por si só. Há uma polaridade dialética que permeia todo o direito e que se constitui entre a necessidade de certeza e precisão, de um lado, e a *necessidade de imprecisão*, de outro, pois é esta que possibilitará o amoldamento *fattispecie* normativa às situações novas, sequer possíveis de terem sido previstas quando posto o texto pelo legislador. (Martins-Costa, 1999, p. 312).

Judith Martins-Costa (1991, p. 13) inicia sua análise sobre a aplicabilidade das Cláusulas Gerais a partir da noção de *sistema jurídico* e de sua trajetória, sendo a ideia de sistema empregada sob a ótica de um método que determina a função do ordenamento jurídico e que compreende uma estrutura particularizada²².

O sistema romano-germânico, fundado na positivação de leis escritas e na distinção entre direito público e privado, bem como na tripartição dos poderes, entabula discussões no tocante à abertura ao grupamento de leis que formam este sistema. (Martins-Costa, 1999, p. 13).

O início da formação do *Corpus Juris*, por volta dos séculos XII e XIII, indica um sistema aberto, em razão da necessária observância quando da implementação de outros estatutos e de valores metajurídicos. A interpretação dos operadores do direito, visando conferir mais segurança e certeza, levou a um processo progressivo de fechamento, por intermédio dos binômios “da dialética *mens-verba*, *verba-voluntas* e *mens-aequitas*” (Martins-Costa, 1999, p. 15).

O “liberalismo jurídico”, que representou a pluralidade de soluções a partir da aplicabilidade casuística pelo trabalho dos operadores do direito, mesmo que diante da ausência legislativa, haja vista a inexistência à época de códigos, era

²² “[...] estrutura particularizada pelo emprego de determinado vocabulário correspondente a certos conceitos, pelo agrupamento de regras em certas categorias, pela utilização de determinadas técnicas de interpretação, e por específicas concepções da ordem social” (Martins-Costa, 1991, p. 13)

tido propriamente como norma jurídica e então o sistema foi se revelando para uma necessidade de positivação para certeza do direito (Martins-Costa, 1991, p. 16).

A codificação representa de forma máxima o fechamento de um sistema²³, sendo assim, “supõem, em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária”. De forma semelhante, a jurisprudência também passa a se restringir “à estrita aplicação da lei” (Martins-Costa, 1999, p. 17-18).

A partir do início do século XX, especialmente na Alemanha, tem papel importante a Teoria do Direito no debate que revelou a denominada “crise das fontes”, doravante se compreendeu um sistema jurídico alicerçado não apenas no direito escrito, mas também em “princípios, máximas, regras da experiência, usos e diretivas reveladoras da cultura”. Voltou-se, portanto, sob a ótica do dinamismo das relações sociais, a considerar um sistema jurídico aberto, adotando-se o entendimento de que “o direito positivado é apenas uma parte do conjunto”, de modo que, por mais amplo que lhe o faça, não é possível que abarque por completo o *Corpus Juris* vigente (Martins-Costa, 1999, p. 18).

Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 485), citado por Comparato (2012, p. 150), enfatiza que a personalidade ganhou uma tutela ampla com a combinação do artigo 12 da Convenção de Direitos Humanos de 1948 e o artigo 8º da Convenção da Europa quando admitidos e introduzidos como lei fundamental pelo § 823 no BGB.

A exemplificação célebre de uma cláusula geral é o § 2º do BGB, segundo o qual “o devedor deve [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico”. O dispositivo citado remonta a relevância da autonomia da vontade e coloca a boa-fé como algo não relacionado com a vontade (Martins-Costa, 1999, p. 287). De fato, deve existir uma relação que já era mencionada por Savigny ao destacar o direito como a que

²³ “Tal pensamento se consubstancia, já no séc. XVIII e, em especial no séc. XIX, nas grandes codificações europeias. E embora no seu substrato mais profundo o fenômeno da codificação guarde alguma similitude com o ocorrido no séc. XIV – pois o que se visa obter, seja através da sedimentação da *communis opinio*, seja através da consagração da lei em um *corpus* específico é, na verdade, um parâmetro de certeza e segurança jurídica – uma das grandes diferenças está que, no primeiro caso, o Direito é ainda *construído* pelos juízes e juristas, envolvendo-se, em consequência, intimamente com a prática, para no segundo ser elaborado pelo professores de modo que, só através da legislação, vale dizer, dos códigos, vai poder influenciar na prática”. (Martins-Costa, 1999, p. 17).

se relacionado com a atividade do jurista ao empregar expressões tais quais “direito vivente”, “espírito do povo” e “consciência da comunidade” (Martins-Costa, 1999, p. 288).

A cláusula geral é tida como técnica legislativa, à medida em que se contrapõe à casuística “técnica de regulamentação por *fattispecie*” e que em muitas passagens se observa no Código Civil brasileiro. No entanto, não haveria que se vincular as cláusulas gerais a uma concepção de generalidade, posto que o que se tem como geral é a sua capacidade de mobilidade em termos de adaptabilidade conforme a situação. A casuística, por outro lado, retoma um grau elevado de tipicidade, as cláusulas gerais possuem um grau mínimo de tipicidade. Apesar de “dotadas de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que *estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência*”. (Martins-Costa, 1999, p. 299).

Existe uma contraposição que é destacada por Engisch e citada por Judith Martins-Costa (1999, p. 303), segundo o qual:

[...] parece-me equívoco contrapor ao polo da casuística o das cláusulas gerais: mais acertado seria dizer que, na contracorrente da casuística, está a técnica de legislar mediante normas dotadas de *vagueza socialmente típica*, também ditas normas vagas ou “abertas”, gênero do qual são espécies as cláusulas gerais. Em segundo lugar, peca pela confusão semântica que promove ao utilizar o termo “generalidade” como atributo das cláusulas gerais, ao invés de nomeá-lo por vagueza. Na verdade, são também opostos à casuística os métodos de legislar mediante princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Estes – os princípios (ou ao menos alguns deles) os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais – pertencem a um campo que se marca por alto grau de vagueza semântica, entendida esta como *imprecisão de significado*. É preciso, pois, examinar no que consiste a distinção entre a vagueza e a generalidade, introduzindo o tormentoso problema da linguagem das cláusulas gerais.

Cumprе destacar que “um enunciado é geral, quando diz algo que vale, ao mesmo tempo, para todos os objetos que pertencem a uma determinada classe” (Martins-Costa, 1999, p. 304), de maneira que os direitos personalíssimo são tidas como verdadeiras cláusulas gerais.

Leonardo Estavam de Assis Zanini (2011, p. 69) ressalta a existência de grande crítica a concepção insular ou individualista oriunda da visão iluminista do homem que se fundamenta na razão e na vontade, uma vez que foi justamente essa visão que resultou no fechamento do sistema e sua positivação, bem como

no fenômeno da codificação. Consoante explicitado pelo autor, muitos foram os avanços ocorridos desde a época do iluminismo, a exemplo, cita-se a inexistência naquele período de grandes teorias revolucionadoras como a Teoria Evolutiva de Charles Darwin.

A dignidade humana é tida como cláusula geral de proteção da pessoa. Nesses termos, “o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser vislumbrado sob dois aspectos. De um lado, representa uma qualidade substancial do ser humano e, de outro, o fundamento da ordem política e de paz social, revelando-se uma fonte de direitos” (Zanini, 2011, p. 32). Trata-se de um princípio gerador de direitos.

O conceito de cláusulas gerais pressupõe que estas assumem um caráter “proteiforme”, haja vista que abarcam uma longa lista de problemáticas que possuem um mesmo núcleo. São gerais, porque afastam um possível “reducionismo ou simplificação”. Nesse sentido, Judith Martins-Costa (1999, p. 274) afirma existir na atualidade uma crise das fontes jurídicas, na medida em que “sucede a emergência de novos modelos culturais, a admissão da crise da teoria das fontes implica, por igual, o reconhecimento de uma diversa cultura no direito”.

A adoção de cláusulas gerais traz abertura ao sistema jurídico, uma vez que torna possível a regulação de um número variado de situações, que, inclusive, nem sequer pudessem ser previstas e reguladas por ocasião de edição legislativa. Em contrapartida, existe um risco na aplicação do casuísmo, em razão de se tratar de uma “regulação fragmentária e provisória”, sendo provável a impossibilidade de abarcar determinadas situações (Mattietto, 2017. p. 22)²⁴. O fechamento casuístico, portanto, contrário à abertura de cláusulas gerais, faz nascer um sistema rígido e limitado.

Do direito comparado, notadamente da doutrina italiana e portuguesa, se espraíam os argumentos para sustentação do direito geral de personalidade.

²⁴ “Acatar a tese de um direito geral de personalidade, rechaçando a de cláusula geral de proteção da pessoa humana, significaria optar pela técnica tipificadora. Seja tipificar um único direito subjetivo da personalidade, genérico e alargado, seja reconhecer vários direitos específicos da personalidade, ou ainda estes como aspectos particulares do direito geral de personalidade, são posições insuficientes para proporcionar à pessoa a proteção integral que decorre dos objetivos constitucionais. O ideal é, sem dúvida, o modelo de cláusula geral, hábil a ajudar a fornecer respostas para todas as situações subjetivas em que haja necessidade de tutelar a personalidade, ainda que tais situações não tenham sido amparadas como direitos subjetivos e até mesmo, o que pode ser bastante polêmico, na falta de pessoas a quem a capacidade seja formalmente reconhecida, como os nascituros e os já falecidos” (Mattietto, 2017. p. 23)

Compreendem que a atomização dos direitos da personalidade não atende a tutela da personalidade humana una, indivisível e multifacetada; que a tutela fragmentada não daria conta das situações subjetivas que envolvem o sujeito em suas multiformes fases da vida do nascimento à morte.

O capítulo ao que se intitulou o direito civil de *Direitos da Personalidade* acabará por acarretar a errônea percepção de que o legislador civilista cuidou de salvaguardar apenas alguns direitos referentes à pessoa, quando em verdade, o ordenamento jurídico busca resguardar a pessoa em sua integralidade. Assim, há uma interpretação de que a dignidade, a liberdade e igualdade como direitos fundamentais empregados de modo articulado, revelam a existência de uma cláusula geral de proteção (Tepededino, 2011, p. 48; Moraes, 2003, p. 117).

Relacionando-se, pois, a dignidade da pessoa humana e a verificação dos direitos da personalidade como cláusulas abertas, a confirmação que se tem é a de que a dignidade humana “atua também como um importante *critério para a ponderação* entre interesses constitucionais conflitantes”. E em igual medida, com relação aos direitos personalíssimos também é empregada de modo análogo. O que se vislumbra é a que a dignidade humana como elemento hermenêutico concede “um peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade, e de um peso menor aos interesses mais afastados do princípio” (Sarmiento, 2016, p. 81).

Qualquer reflexão que se pautar nos direitos da personalidade necessita de uma observação de que estes não são regulados de modo exaustivo pelo Código Civil, constituindo-se em verdadeira cláusula geral de tutela humana, fundamentada em essência no princípio da dignidade humana²⁵²⁶.

²⁵ As cláusulas gerais são um modo de permitir a inclusão no ordenamento jurídico de “princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo”. (Martins-Costa, 1999, p. 274).

²⁶ “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)” (Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil de 2006)

2.4 PLURALISMO JURÍDICO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS ASPECTOS MULTIFACETADOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA

Tratar sobre a estruturação de poder em uma sociedade, especialmente em um sistema democrático, é tratar também sobre o constitucionalismo. Difícil é a tarefa de fazer a “combinação de vozes” tão plurais e distintas em sentido social e ideológico cada vez mais crescente (GARGARELLA, 2021, p. 239). Segundo o autor comenta “a pior opção é a imposição da vontade exclusiva de um grupo sobre a do resto da comunidade”.²⁷ Segundo Haberle (2012, p. 11), uma análise generalista do texto constitucional poderia levar à errônea conclusão de que “existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista”. No entanto, sabe-se que o modelo teórico até então adotado sempre teve relação com um uma sociedade fechada e concentrada na atuação dos juízes e pouco preocupada com a integração da social. O autor explica que a realidade constitucional demais uma junção com as ciências sociais e interpretação direcionada ao interesse público e “bem-estar geral”.

Haveria a necessidade de uma reordenação política do espaço público para descentralizar a democracia em meio a participação popular. Uma das condições para se pensar o pluralismo comunitário *comunitário-participativo* apontadas por Wolkmer e Fagundes (2011, p. 291) seria “viabilizar as condições para a implementação de uma política democrática que direcione e ao mesmo tempo reproduza o espaço comunitário descentralizado e participativo”. A interpretação constitucional e seus critérios “há de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. (Haberle, 2012, p. 13).

Torna-se fácil compreender a total inexistência de uma tradição democrática de descentralização e participação das comunidades locais. O poder de autonomia, controle e autodeterminação da organização provincial, regional, municipal e distrital nunca tomou forma e nunca se desenvolveu em nosso pseudofederalismo, porquanto a sociedade frágil, desorganizada e conflituosa sempre esteve à mercê, tanto de relações políticas calcadas no clientelismo, no coronelismo e nos privilégios cultivados pela dominação dos grandes proprietários de terras, quanto de atuações paternalistas, autoritárias e intervencionistas do Estado”. (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 291).

²⁷ Traduzido do original: “la peor opción es la imposición de la voluntad exclusiva de una facción sobre la del resto de la comunidade”.

Martins-Costa (1999, p. 280) aborda a existência de uma “reengenharia jurídica” calcada em técnica de solução de controvérsias, muito em razão das necessidades advindas da internacionalização dos processos produtivos e as modificações das atividades econômicas e, por consequência, das próprias formas de organização social. Martí (2006, p. 37) argumenta que seria indispensável um cuidado especial ao desenhar institucionalmente um modelo deliberativo democrático para que seja viável que o máximo de vozes discordantes possam participar do processo com o intuito de evitar uma neutralização dos aspectos sociais de grupos polarizados, preservando-se, com isso, o pluralismo. A ruptura com as amarras dos poderes que tendem a limitar e a aprisionar o ser ao passar por um movimento personalista fez com que a dignidade tivesse uma importância singular para o sujeito como pessoa.

Wolkmer e Fagundes (2011, p. 375), abordam o processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos após a independência, de modo que relacionam a trajetória do estado em individual para liberal com o avanço do constitucionalismo de uma perspectiva individual para pluralista. Os autores tratam sobre como o processo de independência das colônias da América Latina, não geraram uma ruptura significativa, mas uma dependência ao “[...] modelo hegemônico eurocêntrico de matriz romano-germânica[...]”, visto que a positivação constitucional tratou apenas de uma reestruturação. Os autores tratam como “constitucionalismo “novo”, “emancipatório” ou “transformador, tratado por Boaventura de S. Santos (2009) como “Constitucionalismo desde abaixo”. Algumas experiências riscas no sentido de pluralidade jurídica devem ser citadas, a saber o que se revela com o sistema de justiça dos povos originários, que é tema de grande relevância na América Latina. Alguns autores citam o pluralismo jurídico ou constitucionalismo andino como uma forma de ruptura da matriz eurocêntrica. (Wolkmer; Fagundes, 2011, p.239). Como referência deste movimento plural, cita-se a Constituição do Equador de 2008 que desenvolve o *buen vivir*, bem como a experiência da Bolívia no processo de “refundação” do Estado, tendo o pluralismo como “princípio estruturante”, tanto em perspectiva política quanto jurídica, enquanto há a consagração e “reconhecimento ancestral de formas comunitárias e autônomas de Justiça, em que as decisões são tomadas coletivamente para a resolução dos conflitos”. (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 245).

Esse constitucionalismo latino-americano busca (re)fundar as instituições políticas e jurídicas com ideias alheias ao modelo liberal individualista de matriz eurocêntrica, atomizado em singularidades, como diria José Luis Bolzan de Moraes (2002) de “maneira isoladas”. O processo **prioriza a riqueza cultural diversificada**, respeitadas as tradições comunitárias históricas e superado o modelo de política exclusivista, comprometida com as elites dominantes e a serviço do capital externo. (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 380). (Grifei).

Há, portanto, uma priorização da pessoa enquanto dotada de suas peculiaridades que distinguem seres humanos com base em valores muito próprios e individuais, valores estes que dizem respeito à religião, cultura, tradição. Sendo justamente em respeito a diversidade, que deve ser necessariamente respeitada é que se entende pelo direito de dar voz ao povo que submete a norma judicial específica. “A esfera pública (e o público como dimensão interna do sistema político) torna-se ‘anestesiada’ de tal maneira que se viabiliza a prevalência de interesses particularistas em detrimento do pluralismo”. (NEVES, 2020, p. 225).

Tornou-se comum nos dias de hoje distinguir dois tipos de sociedade, as “abertas” e as “fechadas”, respectivamente. No primeiro tipo, afirma-se existir um vasto campo favorável à decisão pessoal, em que o indivíduo assume a responsabilidade pelos seus próprios atos, ao passo que na sociedade “fechada” existe um modelo tribal ou coletivista, em que a comunidade é completamente dominante e o indivíduo conta pouco ou nada. Esse contraste é usualmente feito entre a sociedade democrática ocidental, por um lado, e a sociedade totalitária, como a da União Soviética ou a extinta Alemanha nazista, por outro. (Loyd, 1998, p. 199).

Não se pode olvidar que desde a fundação do Estado grandes foram as alterações sociais, de uma sociedade tida essencialmente por “indivíduos isolados, iguais e indiferenciados, que contratavam, em termos paritários e abstratos, um contrato de convívio político”, o que se verifica na atualidade é uma maior complexidade, isto é, “uma sociedade mais complexa e menos monótona integrada por pessoas marcadas pela diversidade e pela desigualdade de estatutos sociais, por grupos portadores de diferenças (culturais, vivenciais [de gênero, de idade de capacidades físicas e intelectuais], profissionais, políticas) e por redes sociais que criam novos laços de solidariedade entre as pessoas” (Hespanha, 2019, p. 53).

Existem ao menos dois problemas, segundo Gargarella (2023), que afetam o Poder Judiciário: um primeiro referente à questão da legitimidade democrática e um segundo sobre a interpretação constitucional e suas dificuldades. Ciente disso é que o autor destaca aquilo que Jeremy Waldron anunciou como o problema do desacordo das pluralistas sociedades contemporâneas e a sua intenção de continuidade da sociedade. Neste sentido, tem-se que:

Uma forma possível de abordar o primeiro dos problemas mencionados seria a seguinte. Começemos, antes de tudo, pelo que Jeremy Waldron chamou de “o fato de desacordo”, fato que constitui uma marca essencial das sociedades contemporâneas, e que diz que vivemos em sociedades pluralistas, nas quais somos divididos por profundas divergências relacionadas a como pensar e resolver problemas. Grandes dilemas morais que enfrentamos. Segundo Waldron, esses tipos de divergências nos levam a divergir sobre como resolver questões tão básicas quanto que arranjo econômico pode ser considerado justo, como resolver a questão do aborto, como avaliar a eutanásia, que política penal adotar, qual a dimensão protegida pela ideia de privacidade. No entanto, acrescenta o autor neozelandês, apesar de tudo o que nos separa em termos de valor, queremos continuar a viver em sociedade, queremos continuarmos juntos, não queremos que eventuais desentendimentos impossibilitem nossa convivência. Essas são, segundo Waldron, as principais características das sociedades democráticas modernas: o desacordo e -por causa dele e apesar dele- a vontade continuar convivendo em sociedade.

Sem negar ou anular as manifestações normativas estatais, é avançar democraticamente para uma legalidade diversa, à margem da juridicidade posta pelo Estado. Esta pluralidade concomitante está fundada não mais na lógica tecnoformal e nos controles disciplinares, mas na justa satisfação das necessidades cotidianas e na legitimidade de novos sujeitos coletivos. Vejam-se, então, alguns desses primeiros indícios (ainda não inteiramente definidos) presentes na sociedade periférica latino-americana que apontam, de modo ainda tênue, informal e semiautônomo, para uma nova forma de produção jurídica mais autêntica e justa em grau de resolução de conflitos (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 355).

O período pós-moderno trouxe modificações no seio social que ampliaram a dimensão das conflituosidade, não mais pautada no individualismo, mas envolvendo relações complexas, com maior numerosidade de sujeitos inter-relacionados. Nesse sentido, é que o ordenamento jurídico deve acompanhar a maior complexidade desses arranjos institucionais, de modo que “para a

caracterização de discussões que transcendem a individualidade dos envolvidos e acabam por evidenciar a utopia existente na pretensão de ter um ordenamento jurídico completo, pois a natureza metaindividual desses conflitos extirpa exatamente a base do juspositivismo que se pauta no pressuposto da existência de um ordenamento jurídico livre de lacunas” (Siqueira; Lara de; Souza, 2022, p. 5).

Há, portanto, uma priorização da pessoa dotada de suas peculiaridades que distinguem seres humanos com base em valores muito próprios e individuais, valores esses que dizem respeito à religião, cultura, tradição. Em decorrência do respeito à diversidade que dever ser respeitado, é que se compreende o direito de dar voz ao povo que se submete à lei judicial específica.

A tradição latino-americana desenvolve-se de praxe com base na institucionalidade do direito a partir da noção abstrata de igualdade formal perante a lei. Assim é o que dispõe o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal Brasileiro. No entanto, a igualdade em seu sentido material há de ser considerada, uma vez que os iguais devem ser analisados sob o viés de sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade. Assim sendo, formou-se uma noção de “[...] cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um “Estado de Direito” universal. Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial”. (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 377). A igualdade de fato, de acordo com Neves (2020, p. 166) deve ser rechaçada e transmutada em igualdade de direito.²⁸

[...] estruturas sociais periféricas, como a brasileira estão moldadas profundamente por uma tradição político-cultural centralizadora, colonizada e excludente. Há de se ter em conta que a organização do território se formou dependente de amplo processo de imposição da produção do capital internacional e de interesses exclusivistas de uma elite burocrático-oligárquica, detentora de hegemonia política, econômica e cultural. Nesse aspecto, torna-se fácil compreender a total inexistência de uma tradição democrática de descentralização e

²⁸ “A própria ideia de tratar iguais como iguais, se é que significa alguma coisa, é que existe um sistema de normas aplicáveis a casos análogos; dificilmente se poderá afirmar que uma lei é uma lei se não se aplicar geralmente a todas as pessoas ou situações por ela abrangida; e se as leis não forem aplicadas imparcialmente de acordo com os seus termos, então não existirá, na realidade, um sistema de normas legais. Não surpreenderá, portanto, que uma concepção de justiça que corresponde meramente a pôr em prática as implicações lógicas de normas legais trate de pouco mais que dos aspectos processuais de justiça e nada nos diga sobre como devemos avaliar se as normas são realmente justas. (Lloyd, 1998, p. 124).

participação das comunidades locais (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 291).

Nino (2017) apresenta uma crítica sobre a igualdade indicada pelo liberalismo, uma vez que se mostra antagônica à necessidade de grupos minoritários. A partir da indicação de um princípio de Inviolabilidade das Pessoas que permeia a noção de nivelação e considera a importância da dignidade humana como princípio estruturante da pessoa. A igualdade, mormente no que diz respeito à substancial, conforme explicitado por Racimo (2006, p. 53) possui especial enfoque na medida em que busca promover uma deliberação entre membros de uma determinada comunidade sobre o que se pretende formar como norma judicial, sendo este, para o autor, o verdadeiro significado de democracia.

[...] lidar com o direito de hoje, descrevê-lo, ensinar a trabalhar com ele, fazer a sua teoria, implica tomá-la como ele de facto é nossos dias. E, conseqüentemente, ter sempre presente que o direito é um fenómeno mutável nas suas fronteiras, plural nas suas fontes de criação ou de revelação, complexo na sua lógica interna, não consistente nem harmónico nos seus conteúdos, e, finalmente, nada efeito a um saber que pretenda certezas e formulações seguras e não opináveis. Em suma, trabalhar como direito exige que se assume que ele é algo de “local” (Hespanha, 2019, p. 25)

O mundo da vida tratado por Neves (2020, p. 128) deve ser constituído de forma integrativa, levando-se em conta “as diferenças e as autonomias de esferas plurais de comunicação”. Para o autor é deveras importante que essas “interações intersubjetivas” e “divergências quanto a valores e interesses” sejam respeitadas em seus mais diversos grupos que “circulam nos vários âmbitos de comunicação”. Doravante, “(...) o pluralismo jurídico numa das características inegáveis da complexidade do mundo moderno, a sua relação com a questão da legitimidade das decisões judiciais só se perfaz pela lente da argumentação discursiva”. Cumprir observar a necessidade de adotar uma noção de “heterogeneidade argumentativa” que seja capaz de atender a interesses e valores diversos, o que seria possível de ser recepcionado no âmbito da Jurisdição por meio da “abertura de espaços de interlocução discursiva com a esfera pública” (Goes, 2013, p. 175).

Wolker e Fagundes, (2011, p. 220-381) ao tratarem sobre a questão abordada por Griffiths e Rouland, destacam que a autonomia dada pelo Estado a

determinadas entidades é em verdade um “pluralismo mascarado e de fachada”, posto que impõe que estas comunidades se limitem aos regramentos, ou seja, que estejam subordinados ao Estado. Os autores ainda partem de uma análise de aspectos desenvolvidos nos países da Europa, quando da introdução de uma política de bem-estar, devendo renovar as “facetas do capitalismo” diante da ampliação dos direitos ao introduzirem-se cartas garantistas acabou por reafirmar o “modelo econômico de debilidade social”, mostrando-se “fraco e insuficiente”. Assim como explanado por Bim (2014, p. 43) “Em uma democracia pluralista como a nossa, a gama de interesses envolvidos não raramente é contraditória, além de as decisões estatais poderem ter efeitos muito mais amplos do que se imagina”.

[...] a mudança dos paradigmas em nível político e social e sobre as formas alternativas de normatividade a partir de novos sujeitos coletivos de juridicidade, torna-se imperioso recuperar a conceptualização de ‘comunidade’ [...] ‘comunidade’ implica certo aglomerado social com características singulares, interesses comuns e identidade própria, que, embora inseridos num espectro de relações pulverizadas por consenso/dissenso, interligam-se por um lastro geográfico espacial, coexistência ideológica e carências materiais. No universo de compreensão da comunidade há de se convir que a justificação ética para o que seja ‘interesse público’ e ‘bem geral’ está assentada na ‘consciência de reciprocidades’ valorativas. A percepção essencial de que a comunidade é a instância de subjetividades individuais e coletivas que ‘experimenta uma reciprocidade de consciência’ envolve todo um conjunto de valores, que, se estão íntima e genericamente vinculados às necessidades humanas fundamentais, podem – por que não? Mais especificamente, expressar a sociabilidade afetiva, produtiva e racional. (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 294).

Hespanha (2019, p. 61) agrega aos ensinamentos da antropologia do direito quando revela a existência de diferentes gerações pluralistas, mormente com relação a uma primeira geração que “visava dar voz, no plano do direito, a ordens jurídicas subalternizadas pelo poder do Estado: nomeadamente, as ordens indígenas ou as de grupos menos integrados no mundo do direito oficial”. Segundo o autor, o direito não existe por si só, mas segundo a vontade do povo e, dessa maneira, só a pluralidade de direitos deve ser considerada pelo Estado. Sendo assim, o Estado “só existe porque alguém (algum grupo) fala dele, o designa, o refere, dando-lhe um determinado conteúdo e delimitando-a (Hespanha, 2019, p. 14).

A pluralidade deve ser considerada quando se fala em diferentes narrativas jurídicas. Assim sendo, “[...] realizar o direito da comunidade por sobre os direitos

dos grupos pressupõe uma intenção fundamental de procurar conciliar a atenção a uma pluralidade de ordens jurídicas com o princípio central do republicanismo [...] “. A irreduzibilidade das diferenças humanas levaria a nada menos do que uma verdadeira tragédia. Nesse aspecto, é fundamental que a compatibilização dos fatores que distinguem a humanidade, cabe ao direito que “não é mais uma coisa do Estado” não fortalecer uma atuação que “parece deixar de ser a expressão da vontade de um povo, como sustentava o melhor da tradição democrática” (Hespanha, 2019, p. 15).

Não é nada fácil o papel do direito, notadamente quando se trata de um mundo globalizado como o atual, em que “um povo” não é fácil de ser identificado; ou melhor, sequer existe, pois não apenas um, mas a diversidade de povos distintos em suas formas de se relacionar, de desenvolvimento, de comunicação, de cultura e de tudo mais que lhe faz ser pela existência de um “mundo atomizado”. Assim, não havendo “um povo” também fica difícil imaginar que exista uma única vontade (Hespanha, 2019, p. 25) e, de igual forma, que apenas uma ou algumas poucas vozes possam ter a capacidade de compreender a melhor forma de se fazer valer o melhor interesse ou a melhor decisão para este povo sem que se possibilite uma anterior oitiva.

No Brasil, ao longo dos séculos XVII e XVIII, há “uma tradição comunitária subjacente e espontânea, mas nem sempre reconhecida, de pluralismo jurídico, nos antigos ‘quilombos’ de escravos negros e em ‘reduções’ de comunidades missionárias”. O estudo de Oliveira Viana (1974, p. 22) traz à tona a existência de *Instituições Políticas Brasileiras* para as quais seria necessário o reconhecimento de um direito formado para além das elites e da figura do Estado.

O que se verifica, portanto, é que o Direito ao observar certas manifestações e organizações sociais que surgem “à margem do Direito oficial” acaba por evidenciar um “Direito vivo, nascido dos fatos normativos da própria sociedade: chama-se também a isso de Direito social, extraestatal, direito este espontâneo, autorregulador dos grupos profissionais” (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 247).

Tratando acerca da dimensão estratégica e a forma de analisar a atividade política dos tribunais Silva et al. (2022) apontam que “a interpretação constitucional afirma a concepção de uma sociedade justa e legítima que investe

seus membros – indivíduos, grupos e organizações – em uma visão de mundo comum. Esse poder constitutivo não é o produto identificável de decisões judiciais individuais, mas expresso no legado cultural coletado de sua atuação”.

Segundo explicitado por Wolkmer e Fagundes (2011, p. 291), as necessidades humanas oriundas de novos direitos sociais decorrentes de um processo “histórico-social periférico” no Brasil. As insatisfações sociais reivindicam uma série de “vontades coletivas” e a observância de novos direitos que surgem a cada momento. Como um dos elementos indicados pelos autores como condição geral para articulação de um “pluralismo comunitário-participativo” tem como base a “implementação de uma política democrática que direcione e ao mesmo tempo reproduza o espaço comunitário descentralizado e participativo”. Um país como o Brasil, formado de uma estrutura social periférica, possui uma tradição político-cultural centralizadora e excludente.

3 ABERTURA PARA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NAS DECISÕES JUDICIAIS

Neste capítulo, analisar-se-á a possibilidade de abertura da participação da sociedade nas decisões judiciais, visto que tais decisões são proferidas por pessoas que foram aprovadas em concursos públicos ou indicadas por governadores (desembargadores integrantes do quinto constitucional) ou presidente da República (desembargadores integrantes do quinto constitucional ou ministros das cortes superiores), de modo que a legitimidade do exercício da função pública não advém do sufrágio, mas sim da aprovação em concurso público ou indicação política.

Oportuno destacar que não se crítica no presente estudo a forma como o Poder Judiciário no Brasil é composto, mas apenas busca-se analisar a possibilidade e a necessidade de sua abertura para a participação da sociedade na construção democrática da solução de conflitos que envolvam direitos caros à sociedade, como são os direitos da personalidade.

A investigação científica deve começar pela gênese do tema em questão para melhor compreendê-lo. Dessa forma, a democracia não deve ser iniciada pela Suméria, Babilônia, Egito, China, Pérsia, ou Canaã, mas sim pela Antiga Grécia, local reconhecido como de seu surgimento (Ayala, 2018, p. 78-79)²⁹, apesar da controvérsia existente quanto à temática.

A democracia é uma invenção continua da política (Chauí, 1983, p.7), entendimento esse corroborado por Robert A. Dahl (2001, p. 19) para quem “como fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local”, a origem controversa e a modificação constante do significado de democracia torna a sua conceituação uma tarefa quase impossível, “mormente porque o termo ‘democracia’, com o passar do tempo, foi transformado em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa” (Streck; Moraes, 2014, p. 111).

Apesar da controvérsia existente quanto à origem da democracia, o presente estudo filia-se à corrente majoritária que atribui à antiga cidade-estado grega Atenas a origem da democracia³⁰, onde os cidadãos teriam inventado “um novíssimo modo de governar”, o qual defendiam com todas as suas forças, “mesmo sob ameaças de um punhal junto a sua garganta”, pensamento nutrido por “um mito fundador com raízes profundas que retrocedem ao século 19” (Keane, 2010, p. 36-40). Esse modo de governar denominava-se *demokratia*, onde as decisões de governo da polis³¹ eram tomadas coletivamente e diretamente pelos cidadãos atenienses, “desconhecendo-se a representação política” (Soares, 2011, p. 220), a vida política da polis era realizada segundo “os juízos do povo” e cujas decisões eram precedidas “por discursos persuasivos” em

²⁹ “Una pregunta que siempre vale la pena hacerse es por qué surgió la democracia en Grecia y por qué en ese momento. Siempre debe volverse al comienzo, al principio, al *arjé* de aquello que se investiga. La democracia, como sabemos, no surgió en Sumeria, ni entre los caldeos, ni entre los babilonios y sus colgantes jardines. No surgió en Egipto, que conoció grandes imperios y levantó las pirámides que todavía nos maravillan, ni tampoco en China ni en Persia. No surgió en la tierra de Canaán entre los israelitas, que querían tener un rey como los demás pueblos y que quizá perdieron así la ocasión, siendo gobernados directamente por Dios, de tener estructuras de gobierno diferentes de las de sus vecinos, los filisteos, cuyo nombre, dicen los que saben, tiene que ver, al menos etimológicamente, con los ahora llamados ‘palestinos’” (Ayala, 2018, p. 78-79).

³⁰ A democracia surgiu na Antiga Grécia por intermédio de reformas implementadas por Clístenes (século VI a.C.) e Péricles (século V a.C.), onde as decisões eram tomadas em debates realizados na *agorá*. (Bonavides, 2014, p. 288)

³¹ “o Estado Grego é a cidade – polis; cada Estado é uma fração do povo heleno e não excede dos limites da comuna. Uma particularidade constante do Estado grego é o seu caráter de unidade interior – comunidade urbana, cantonal” (Lima, 1957, p. 62)

assembleias, as quais poderiam abordar todos os assuntos, não havendo assunto intocável (Poles, 2019, p. 18).

No século V a.C. que o termo *demokratia*³² teria sido introduzido por Heródoto ao se referir as instituições e processos de decisão política surgido no século anterior em contraponto a antiga forma aristocrática outrora imperante³³, em que os governantes herdaram a legislação política, religiosa e econômica dos povos por pertencerem a famílias nobres, estabelecidas como tal com base na hierarquia social derivada da mitologia (Ariza, 2007, p. 151)³⁴.

³² “Chamando-a *demokratia*, termo que significava capacidade de se autogovernar entre iguais, os cidadãos de Atenas celebravam o triunfo da democracia em canções e festas sazonais, nos dramas representados nos palcos e nos campos de batalha, nas assembleias e nas procissões mensais de cidadãos orgulhosos que ostentavam guirlandas de flores.” (Keane, 2010, p. 36-40)

³³ “É na estrutura social da vida da polis que a cultura grega atinge pela primeira vez a forma clássica. A sociedade aristocrática e a vida feudal e campesina apareceram na história mais primitiva da polis e persistem ainda nos seus estágios finais. [...] As palavras ‘política’ e ‘político’, derivadas de polis, ainda se mantêm vivas entre nós e lembra-nos que foi com a polis grega que apareceu, pela primeira vez, o que nós denominamos Estado – embora o termo grego possa ser traduzido tanto por Estado como por cidade. Para os séculos entre o fim do período patriarcal e a fundação do Império macedônio, por Alexandre, Estado e polis são equivalentes. [...] A polis é o centro principal a partir do qual se organiza historicamente o período mais importante da evolução grega. Situa-se, por isso, no centro de todas as considerações históricas” (Jaeger, 1995, p. 106)

³⁴ “Hacia el siglo VI esta situación empezó a modificarse. En parte, gracias a la influencia de Heráclito y de la Escuela de Éfeso, se desarrolló un proceso de “racionalización” de la vida política en Grecia, ya que las instituciones y leyes, empezaron a ser abordadas de manera reflexiva, es decir, fueron identificadas y conceptuadas mediante la reflexión individual y colectiva, y ya no únicamente a partir de las creencias y tradiciones religiosas. Este proceso racionalizador insertó en la vida cultural griega una idea igualitaria entre *demos* y aristocracia, a la vez que generó una comprensión de la política como proceso dinámico moldeado por el ejercicio del razonar y orientado hacia la consecución de una mejor situación colectiva.

De este modo, lo político dejó de ser asumido como un hecho contingente e inmutable, definido por una voluntad divina incuestionable, y la organización social y política de la aristocracia panhelénica fue desplazada progresivamente por una forma de organización que centra el actuar político en torno al gobierno y a la administración de la *polis*, en cuanto entidad colectiva superior y con intereses propios. De ahí que en Esparta surgieran disposiciones legales y constitucionales para regular el conjunto de cargos e instituciones políticas “independientemente de quien los ostente en un momento determinado”¹ (Requejo, 1990, p. 27), a la vez que se estableciera el carácter de ciudadanía al *demos*, buscando así su acceso a los derechos políticos y su estado de igualdad frente a la ley. Entre tanto, en Atenas, Solón introducía reformas de orientación contrarrestada, como la prohibición de realizar préstamos con base en la libertad personal; el acceso de las clases sociales más altas del *demos* a cargos políticos y administrativos; la institucionalización de la Asamblea; la intervención del *demos* en procesos judiciales acusatorios y la creación del tribunal de apelación (*Heleia*). Durante el siglo V a.C. el sistema de organización política y socialdemocrática se consolida y profundiza en Atenas, mediante la continuidad de las reformas solonianas y la creación de nuevas reformas democratizadoras de ampliación de la participación e igualdad del *demos*.

Las reformas más significativas en este proceso fueron el subsidio de los campesinos más pobres mediante un impuesto a la producción agrícola y la introducción del *ostracismo* como mecanismo de control político del *demos* sobre los funcionarios. Tal y como se observa: “El sistema ateniense va evolucionando hacia una popularización de los procesos decisivos en los que la asamblea y la *heleia* desempeñan los principales papeles legitimadores” (Requejo, 1990, p. 49). Ya están sentadas, pues, las condiciones para el desarrollo del sistema político democrático, el cual se caracteriza por la participación e injerencia del *demos* en el gobierno de los destinos colectivos (de

A democracia clássica, segundo Guilherme Dourado Aragão Sá Araújo (2018, p. 46), teve início em meados do século V a.C. em Atenas, espalhando-se por outras cidades-estados gregas com o passar do tempo, e que seu surgimento seria fruto da superação da filosofia pré-socrática (estudo da natureza e da física) pelo estudo do homem e do corpo social que aquele, organicamente, constrói, ponderando, ainda, que a democracia seria produto “de graduais e sucessivas reformas políticas instituídas, principalmente, pelo filósofo Sólon e pelo estrategista Péricles”, de maneira que não se trata de um modelo de governo “primeiramente idealizado e posteriormente posto em prática” e que apesar da democracia não ter se revelado por meio de um “nodal próprio, é possível identificar, na filosofia grega, elementos que demonstram a evolução do pensamento político até culminar no desejo de uma forma de governo protagonizada pelo povo”, destacando a obra de Demócrito de Abdera, da qual apesar haja apenas fragmentos, como detentora de “interessantes fundamentos da essência do regime democrático”, indicando que o valor da democracia como regime político estaria contido na teoria atomista.

A teoria atomista apresenta o átomo como a unidade indivisível, invisível, infinito em quantidade, pleno, uno, eterno e imutável que forma todas as coisas (Albuquerque; Araújo, 2017). Essa unidade, na doutrina atomista de Leucipo e de seu discípulo Demócrito, é tida como elemento fundamental de tudo o que existe. Cada unidade dessa divergia entre si pela forma geométrica e pelo peso. Os “átomos arredondados seriam responsáveis pela percepção do sabor adocicado, enquanto átomos com ângulos agudos seriam responsáveis pelo sabor amargo, por exemplo”, sendo que a percepção gustativa de um sabor ou de outro era percebida com base no princípio majoritário, isto é: “no sabor doce havia mais átomos arredondados que agudos”. Estas unidades indivisíveis possuíam, ainda, movimento e interagiam entre si ao se chocarem ou se afastarem, podendo se unirem “conforme o encaixe de suas formas geométricas, e, uma vez unidos, formavam um turbilhão que atrairia outros átomos [...] ao crescerem em tamanho, esses agrupamentos de átomos tornar-se-iam visíveis e, assim, originariam todas

la polis) y por el reconocimiento de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley”. (Ariza, 2007, p. 151)

as coisas”, a compreensão atomista levou Demócrito de Abdera³⁵ a concluir que “a sociedade também deveria ser organizada em uma estrutura semelhante” onde cada cidadão manifestaria sua vontade de forma plena (Araújo, 2018, p. 46).

A manifestação de vontade na cidade-estado de Atenas, todavia, não era permitida a todos, como explica David Held (1987, p. 21), ao pontuar que na polis de Atenas havia muitas pessoas que não podiam participar das decisões políticas, dentre os quais se encontravam os imigrantes, cujas famílias tinham se estabelecido na cidade-estado há várias gerações, os escravos e as mulheres, estando aptos a participar da vida política os homens atenienses com mais de 20 anos. A condição das mulheres, dos escravos, dos estrangeiros e o direito de vida e de morte dos pater famílias em Atenas demonstram o “pouco respeito que se tinha então pela pessoa humana” (Pauperio, 1976, p. 27-28).

A antiga cidade-Estado de Atenas estava dividida em três classes de pessoas: eupátridas, metecos e escravos. Na primeira classe, estavam os cidadãos atenienses detentores da prerrogativa de participar da vida política. Na segunda classe, estavam os estrangeiros que embora fossem livres não podiam participar da vida pública. Na terceira, por sua vez, estavam as pessoas que não tinham liberdade e eram responsáveis pela realização dos trabalhos manuais (Vanzella; Silva Júnior, 2017, p. 90-91), estando o funcionamento do sistema de governo democrático ateniense apoiado nessa terceira classe, o que permitia ao eupátrida ocupar-se apenas dos negócios públicos de maneira permanente e diuturna, não tendo, desta feita, preocupação de ordem material (Bonavides, 2014, p. 289).

Em que pese a divisão de classes na estrutura da cidade-Estado de Atenas, os gregos compreendiam que a democracia como a forma de governo que garantisse a todos os cidadãos, isto é, aos homens atenienses acima de 20 anos de idade, isonomia, isotimia e isegoria. A isonomia foi trazida pelas reformas realizadas por Clístenes permitindo o tratamento igual a todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza. A isotimia veio com a abolição dos títulos ou funções hereditárias, o que permitiu a todos os cidadãos as mesmas oportunidades e o livre acesso ao exercício das funções públicas. A isegoria, em

³⁵ “La pobreza en una democracia es preferible al llamado bienestar de manos de los poderosos, en la misma medida en que la libertad lo es a la esclavitud” (Abdera Demócrito de, 2012, p. 308)

seu turno, tratava-se do direito de palavra e assegurava a igualdade de manifestação na Eclésia (Bonavides, 2014, p. 291). A necessidade de coexistência desses três pilares para ocorrência da democracia no pensamento grego alicerça a afirmativa de que “o compromisso com a igualdade política e a liberdade é o símbolo da democracia (ateniense). A *demokratia* era tratada com seriedade. À época, o governo (*kratos*), realmente, era do povo (*demos*) e a máxima ‘governar e ser governado, por sua vez’, era considerada”. (Lopes, 2019, p. 16).

Alejandra Ariza (2007, p. 152) indica que o desenvolvimento do sofisma contribuiu para o sistema democrático de apoio ao processo secularizador e analítico da política iniciado pela Escola de Éfeso. A *demokratia* deixou de ser um mero exercício prático e se tornou, em grande parte, um problema teórico e educacional, haja vista que, para viabilizar o processo democrático, os cidadãos precisavam estar aptos às capacidades racionais, reflexivas e analíticas necessárias para argumentar, deliberar e coordenar adequadamente ações e decisões políticas coletivas, de modo que o uso e o pronunciamento livres da palavra eram considerados uma habilidade essencial para os cidadãos³⁶.

O modelo de governo germinado na cidade-Estado de Atenas caracterizava-se por:

1. La sujeción de las instituciones y funcionarios del gobierno a un sistema de leyes y normas (regulación legal del poder).
2. La ampliación progresiva de la participación directa y efectiva del *demos* (población con derechos políticos) en las decisiones políticas y administrativas de la *polis*, lo cual implica su participación en la veeduría y penalización del desempeño de los cargos políticos y administrativos.
3. La consolidación de la *polis*, como unidad de interés amplio y común, que supera y es priorizado frente a las comunidades y poderes locales

³⁶ “La *demokratía* griega implicó, así, la aparición de lo que Castoriadis (1994) denomina la *institución autónoma de las sociedades*, pues es autogobierno consciente de la polis con la participación conjunta de sus miembros: gobernantes y ciudadanos. También implicó el surgimiento de la condición ciudadana en su calidad de derecho de participación *directa y positiva del demos* en el gobierno de lo colectivo. Como si fuera poco, y aunque en dicho contexto no se hablara de *formación ciudadana*, los procesos analíticos impulsados por las escuelas filosóficas ya identificaban la necesidad de generar procesos educativos para el adiestramiento de virtudes del pensamiento, que como la argumentación clara y consistente, posibilitaran deliberar y concertar en pro de la mejor situación colectiva posible.” (Ariza, 2007, p. 152)

de las tradiciones aristocráticas. Surge, así, la consolidación de un ámbito público, en tanto esfera del bienestar general e interés común, en Grecia.

4. El establecimiento de la igualdad entre los ciudadanos, al menos en tres planos: igualdad frente a la ley (*isonomía*), igualdad de palabra en la Asamblea (*isegoría*) e igualdad socioeconómica.

5. La comprensión de la política como proceso dinámico susceptible de ser transformado mediante la actividad reflexiva (Ariza, 2007, p. 152).

O sistema de governo existente em Atenas, que entrou em declínio após a perda da Guerra do Peloponeso (431 a 404 a. C.), restou marcado, como visto, pela participação direta dos cidadãos nas decisões políticas da cidade por meio das Eclésias, onde cada cidadão tinha o mesmo direito de fala, podendo, por intermédio de sua capacidade de convencimento, contribuir com o destino da cidade.

Paulo Bonavides (2014, p. 293) afirma que na Grécia Antiga não existia uma verdadeira democracia, mas, sim, uma aristocracia, posto que “no oriente prevalecia a liberdade de um só, para a Grécia e Roma, a liberdade de alguns, e o mundo germânico, ou seja, o mundo moderno, a liberdade de todos”.

Apresentada a democracia grega, passar-se-á a análise da democracia na contemporaneidade.

3.1 CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DA DEMOCRACIA, LEGITIMAÇÃO E SOBERANIA DA PESSOA

Há inúmeras discussões doutrinárias acerca dos tipos de democracia e os pontos positivos e negativos a partir da utilização de cada uma, seja direta, participativa ou representativa. Neste sentido é que esta pesquisa centrar-se-á na evolução da democracia e na importância da construção de uma democracia pautada na participação e inclusão da pessoa como detentora de voz e da necessidade de que esta voz seja de fato ouvida. Sob o viés da participação popular e sua influência no poder decisório, o estudo abordará a democracia deliberativa e a amplitude de sua concepção.

Não se pode dizer que a democracia demanda uma reinvenção, mas sim que a democracia grega, quando de sua criação, exigia algo distinto dos tempos

atuais, como ponderado por Giovanni Sartori (1965, p. 267), para quem “a diferença entre democracias antigas e modernas não é simplesmente de dimensões geográficas e democráticas, que requerem soluções completamente diversas, mas também uma diferença de fins e valores”. Na democracia antiga, como visto anteriormente, o cidadão participava diretamente das decisões tomadas na Ágora, enquanto na democracia moderna há um afastamento político a partir da eleição do representante, resultado contrário à exigência apontada por Habermas, segundo o qual as decisões precisam ser além de fundamentadas, também consultadas, em outros termos, que exista a participação efetiva do cidadão e que esta seja realizada “*face to face*”. (Habermas, 2012, p. 212-213). Ayala (2018, p. 90), analisar a democracia atual e a clássica, poderá que a “participação política não [deve ser] adstrita ao voto” na democracia contemporânea.

Gararella (2023) evidencia uma democracia que vai além das “visões elitistas” e pressupõe uma intervenção no “processo de tomada de decisão”. Sendo assim, “das decisões coletivas (predomina aqui uma presunção de “confiança” que contrasta com a “desconfiança” face à regra da maioria presente nessas visões)”.

[...] essa ideia de democracia pressupõe, ao contrário das concepções populistas expostas acima, que a regra da maioria é um recurso necessário, mas insuficiente para a adoção de decisões imparciais. Em outras palavras, sem uma ampla garantia de liberdade de expressão; nenhuma liberdade de associação (especialmente liberdade de associação política); e principalmente sem um processo de debate entre iguais, a regra da maioria perde seu significado. Como sabemos na América Latina, o ditador Augusto Pinochet ou o governante autoritário Alberto Fujimori podiam apelar para processos majoritários como referendos ou plebiscitos com plena confiança: eles sabiam muito bem que, sem garantias como as referidas, o recurso à vontade da maioria pode ser muito cómodo para quem está no poder, que fica assim em condições de manipular o processo decisório mais ou menos ao seu gosto. (Gargarella, 2023).

São vários os fatores que influenciam os modelos de democracia, De Moraes e Leal (2020) indicam alguns como “o tamanho do território, [...] o tempo de participação e de atenção dos representantes aos participantes”. Conforme entendido pelos autores “tanto a democracia participativa quanto a democracia deliberativa tem como problema central a efetividade das participações da sociedade, contudo, há na democracia deliberativa aspectos mais teóricos e na participativa relacionados à sua aplicabilidade”. A respeito da democracia

deliberativa, evidencia que a doutrina rousseauiana considera a participação, remetendo-se a *demokratia*, que apesar de inviável nos tempos atuais, destaca o papel importante do diálogo como uma forma de amadurecimento das decisões. Deste modo, “a participação do cidadão na construção e na tomada de decisão estatal provoca naqueles que participavam um efeito psicológico, superando, assim, a descrença política” (Lopes, 2012, p. 43).

Hoffe (2005, p. 132) preleciona de forma distinta que as “democracias participativas do mundo atual são resultado de um longo processo evolutivo, um processo de civilização que tem sido apoiado por instituições bem-intencionadas, tais como grêmios e constituições esclarecidos, e por meio de virtudes cívicas bem-intencionadas”. Sendo assim “democratizar a democracia por intermédio da participação significa, em termos gerais, intensificar a otimização da participação direta e ativa da sociedade nos processos de decisão” (Grinover, 2016, p. 10).

Merece destaque o estudo realizado por Azevedo e Dias (2018) que analisou a visão da democracia segundo Ronald Dworkin. A partir da pesquisa, os autores citam diversas obras como *A Raposa e o Porco-Espinho*, *A Virtude Soberana*, *O Direito da Liberdade: uma leitura Moral da Constituição*, *Levando os Direitos a Sério*. Na obra *A Raposa e o Porco Espinho* (2014), Dworkin tece uma crítica aos posicionamentos neutralizantes e padronizados que incorreriam, caso adotados, em sérios dilemas. Opõe-se aos modelos de democracia majoritária³⁷ ou procedimental e o coparticipativo ou substancial, posto que não é sempre que se obtém resultados socialmente justos. Especificamente quanto ao modelo majoritário, Dworkin aponta que um dos fatores negativos ao ser adotado é a rejeição da possibilidade de que as decisões judiciais sejam revistas. Já nas obras de Dworkin *Levando os Direitos a sério*, *Uma questão de Princípio* e *o Império do Direito*, bem como em *Justiça para Ouriços* há uma modificação da democracia, especialmente quando adentra o autor na teoria de Jeremy Waldron, que tem como intento a inclusão de “desacordos morais que ocorrem no seio de uma sociedade, principalmente aquela democrática, no âmbito jurídico”. Conforme elucidado por Azevedo e Dias (2018, p. 105) “[...] dentro de um Estado

³⁷ Para Dworkin (2005, p. 255) o método majoritário não leva em consideração os direitos das minorias, posto que se sustenta na opinião da maioria. Deste modo, “presume-se que a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito”.

Democrático, para que uma decisão seja ao menos razoável, ela deverá considerar os profundos desacordos presentes em nossa sociedade”, deste modo, o que defende Waldron (2005) é que “[...] todas as opiniões deverão ser respeitadas e consideradas de igual forma”.

O sufrágio universal no qual se funda o “sistema representativo puro” não conta com a abertura de espaço para participação direta daqueles que serão representados, há uma presunção de suficiência da legitimidade originária que é a que se detém a partir do voto, de modo que se pressupõe que os eleitos agirão de modo condizente com os interesses dos que lhes brindaram com o poder de governo (Paiva de, 2019, p. 81).

A crítica apresentada por Gresta (2014, p. 26) corrobora com a constatação de que o sistema de participação política em que o cidadão apresenta a sua vontade por meio do voto tem como resultado uma ideia de autorização para ampla atuação dos representantes e de que a limitação de controle ao sistema de freios e contrapesos “elimina o dever do representante de prestar contas de seus atos frente aos representados (responsividade ou *accountability*)”.

Goes (2013, p. 119) pondera a importância de vislumbrar a sociedade “[...] como espaço próprio destinado ao desenvolvimento de um poder social caracterizado pela permanente possibilidade de influência, da participação e de comunicação de cada cidadão, mesmo quando age individualmente”. Em tal ponto faz-se necessário destacar o enfoque para a consideração das vozes em sua individualidade, ou seja, levando-se em conta os particulares de cada cidadão e não apenas as características de um Estado como um todo, posto que, são as sociedades modernas extremamente distintas e compostas de elementos multifacetados. O povo, portanto, não é mais um povo uníssono, mas diversificado.

Nos dizeres de Nino (2003, p. 97) é problemático que uma teoria dos direitos individualista seja capaz de legitimar a garantia de direito em um sistema que não considera como democrática uma “tomada de decisão coletiva”. Segundo apontado pelo auto, é essencial “[...] para o ideal constitucionalista que incorpora o reconhecimento de direitos, que a democracia seja justificada de tal forma que seu valor dependa do fato de seu funcionamento não invadir o espaço moral ocupado pelos direitos”

Sucede que o constitucionalismo não é mais o mesmo que em sua origem e o Estado Democrático de Direito não repousa mais na mesma sociedade da qual se fundou. “O tipo de sociedades em que vivemos tem muito pouco a ver com as sociedades que, na época, os pais do constitucionalismo tinham em mente: tais sociedades (hoje e do momento original) não se assemelham entre si em sua estrutura social. Composição, nas dificuldades que enfrentam, nos conflitos por que passam ou nas divisões que os afetam”.³⁸ (Gargarella, 2021, p. 17).

Martí (2006, p. 25) destaca que algumas democracias seriam mais justificadas do que outras, conforme o cumprimento de condições exigidas pelo ideal democrático e pela proximidade com o “estado de coisas ideal”. Sob o viés do Estado Democrático de Direito repousa a garantia tanto do desenvolvimento econômico como social. Assim, as normas constitucionais se veem apenas como promessas, mas como mandamentos que demandam efetivação para “promoção da igualdade material”. Diante disso, a importância da pessoa para o Estado demanda a observância das divergências de uma sociedade que se conecta por grupos distintos. A existência inevitável da desigualdade material humana não poderia, segundo Martí (2006, p. 31), “na formação adquirida ou mesmo nas capacidades naturais de reflexão e discussão” não poderia supor a impossibilidade de deliberação e de realização da igualdade a que se relaciona a democracia. Nesse sentido, ainda relembra que Rousseau foi um dos pensadores que defendeu um modelo de democracia mais radical e não elitista. O autor clarifica que o elitismo fez suprimir a deliberação extensiva ao público sob o argumento de haver um “risco de manipulação retórica e irracionalidade” (Martí, 2006, p. 21).

A linha de argumentação de Robert Dahl (1997, p. 26) é a de que existe um mito de que a democracia direta contaria com a participação efetiva dos cidadãos. A democracia participativa, por sua vez, traria maior “responsividade” para as decisões estatais, na medida em que ao aumentar-se a influência da vontade e dos interesses da população, tem-se uma não apenas uma legitimidade conferida a tais decisões, como também um “controle da sociedade sobre o aparato estatal”.

³⁸ Traduzido do original: “El tipo de sociedades en las que vivimos tienen muy poco que ver con las sociedades que, en su momento, tuvieron en mente los padres del constitucionalismo: tales sociedades (la de hoy y la del momento originario) no se parecen en su composición social, en las dificultades que enfrentan, en los conflictos que atraviesan ni en las divisiones que las afectan”.

Bim (2014, p. 33) pondera que as “discussões complexas de nosso tempo não se encaixam bem no esquema binário (sim ou não) das consultas plebiscitárias” de maneira que “a leitura correta da democracia participativa é aquela que a considera como instrumento auxiliar da democracia representativa e, como tal, não deve deformar os institutos da participação nas decisões estatais, transformando-os em instrumentos do mito da democracia direta”, a democracia participativa deve conviver com a representativa, sendo essa a regra e aquela a exceção, cujo exercício deve ocorrer dentro dos estritos parâmetros constitucionais (Bim, 2014, p. 35).

Nestes termos, é clara a manifestação de Bim (2014, p. 40-43), quando destaca que a “democracia é animada pela ideia da ‘justaposição de forças para o bem comum’, exigindo que as pessoas ‘busquem participar ativamente considerando que as decisões coletivas devem ser objetivas na busca da concretização ‘do bem comum’”.

A concepção de Dworkin sobre a democracia participativa, segundo Da Silva (2023, p. 262) segue na contramão da noção de democracia majoritária, havendo um entendimento de “democracia como parceria”. Assim é que a democracia se desenvolve não de maneira exclusivista, mas sim agregativa, de tal modo que a norma não pode ser verificada pela simples correspondência fática, havendo a necessidade de que seja “ajustada à moralidade política”. Essa noção de parceria retratada por Dworkin segue a ideia de que “autogoverno não significa o governo pela maioria”, sendo indispensável que “os integrantes do povo se reconheçam mutuamente como participantes do governo que devem ter seus interesses considerados pelo governo”.

A respeito da temática, convém destacar que:

[...] se as decisões judiciais não exibem em regra uma preocupação com a interpretação integral do direito, se os tribunais modificam sua posição quanto a diversos temas de modo frequente, então os prejuízos da escolha da leitura moral da constituição e da adoção do modelo participativo da democracia tendem a superar com grande margem os benefícios que poderiam decorrer de tal prática. (Silva da, 2012, p. 266).

Racimo (2006, p. 47) expõe que as teorias normativas da democracia buscam “identificar quais são as características de uma autoridade legítima e

impor os princípios essenciais para impô-las às autoridades reais”³⁹, uma vez que parte da conjectura das atuais sociedades democráticas para expor os defeitos teóricos de um modelo agregativo de democracia. A democracia agregativa, também denominada como modelo elitista, a realização desta pelos cidadãos se daria apenas com base em interesses pessoais, na medida em que caberia como forma de participação política, apenas a eleição periódica de seus governantes. (Gonçalves, 2011, p. 27-33) Ocorre que esse modelo de união de preferências “[...] pesa apenas o agregado dos interesses privados dos cidadãos, independentemente da forma como foram alcançados e, em particular, sem considerar os prejuízos que essa soma de interesses indiferenciados pode acarretar os direitos dos demais cidadãos”⁴⁰ (Racimo, 2006, p. 48-49).

Esta equalização de interesses leva à necessidade de se estabelecer um sistema de opção coletiva que reconheça a igualdade das preferências dos cidadãos, que geralmente consistirá no estabelecimento da regra da maioria. O problema da democracia agregativa - não contemplada pelas definições usuais de democracia - é que não existe um mecanismo que simultaneamente se adapte a um esquema relativamente objetivo de critérios normativos e gere, ao mesmo tempo, decisões coerentes. (Racimo, 2006, p. 51).⁴¹

Moraes da Silva (2005, p. 226), citando a célebre frase de Abraham Lincoln “governo do povo, pelo povo e para o povo”, sintetiza a função do Estado e da democracia que se fundamentam, de forma segmentada o ‘governo pelo povo’ diz respeito ao exercício do poder democratizado, revelador do seu correto funcionamento; e ‘governo para o povo’ será a finalidade do poder democrático, o atingimento do bem comum”.

A legitimação das decisões judiciais abordada por Da Silva (2023) revela a democracia participativa como meio necessário para se promover um “direito

³⁹ Tradução livre do original: Las teorías normativas de la democracia pretenden, en efecto, identificar cuáles son los rasgos de una autoridad legítima e imponen, además, los principios esenciales para imponerlos sobre las autoridades reales.

⁴⁰ No original: “la idea de la agregación de preferencias remite a un modelo de democracia en el cual solo pesa el agregado de los intereses privados de los ciudadanos, sin importar el modo en que se ha llegado a ellos e, en particular, sin considerar los perjuicios que esa suma de intereses indiferenciados puede causar sobre los derechos de otros ciudadanos”.

⁴¹ No original: “Esa igualación de intereses lleva a la necesidad de establecer un sistema de opción colectivo que reconozca la igualdad de las preferencias de los ciudadanos, que generalmente consistirá en el establecimiento de la regla de la mayoría. El problema de la democracia agregativa - no contemplado por las habituales definiciones de democracia - es que no existe un mecanismo que simultáneamente se adecue a un relativamente objetivo esquema de criterios normativos y genere, a la vez, decisiones coherentes.

como integridade” e que depende de arranjos interpretativos em um sentido de leitura moral da constituição a fim de que a legitimação do direito, como já mencionada, se dê com base no equacionamento da segurança jurídica. Consoante explicitado por Gargarella (2023):

O sistema democrático se justifica na medida em que contribui para a tomada de decisões imparciais e para isso é fundamental contar com um processo igualitário de discussão coletiva. O ideal regulatório em questão consiste em uma situação em que todos os potencialmente afetados por uma determinada decisão sobre os conteúdos terão o mesmo e o farão em uma posição de relativa igualdade (três elementos: inclusão, deliberação, igualdade).

Sob essa perspectiva, o poder se legitima não apenas no momento de investidura, o que segundo exposto por Barroso (2017, p. 581) possui relação com a noção de democracia deliberativa, que pode ser conceituada, segundo o autor, como o modelo de democracia que se fundamenta “em uma *legitimação discursiva*”, assim é que “as decisões devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual forneçam as razões das opções feitas”.

Racimo (2006, p. 51-52) trata sobre a democracia deliberativa, em contraposição à agregativa, como um resultado da constatação das sociedades modernas e avançadas e de suas necessidades múltiplas, de modo que considera ser este um modelo democrático que postula por uma “separação da concepção dominante sobre a que se edificou pela democracia liberal”. Há que se acrescentar, ainda, que Martí (2006, p. 22) conceitua a democracia deliberativa como “[...] um modelo político normativo cuja proposta básica é que as decisões políticas sejam tomadas por meio de um procedimento de deliberação democrática [...] de justificação ou legitimação de decisões políticas”.⁴²

Nesse sentido é que o procedimento deliberativo permite uma contraposição de informações, tratando-se de uma confrontação argumentativa que proporciona racionalidade para a tomada de decisão (Moraes de; Leal, 2020, p. 40). Para Mouffe (2003) não seria suficiente apenas levar em consideração os interesses de todos os envolvidos, fazendo-se necessário que exista um

⁴² “la democracia deliberativa es un modelo político normativo cuya propuesta básica es que las decisiones políticas sean tomadas mediante un procedimiento de deliberación democrática [...] concite [...] en un modelo de toma de decisiones [...] actúa como proceso de justificación o legitimación de las decisiones políticas”.

verdadeiro “poder comunicativo” capaz de ensinar na formação do consentimento daquele que decidirá. (Mouffe, 2003, Apud Moraes de; Leal, 2020, p. 40)

Dessa forma, falar em democracia é falar em poder do povo, não apenas no sentido daquele que é representado, mas também daquele que é legitimado para influenciar o poder do soberano, de modo que se deve “realizar a institucionalização do poder popular, num processo de convivência social pacífica, numa sociedade livre, justa e solidária e fundada na dignidade da pessoa humana” (Moraes da Silva, 2005, p. 227-228). A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é a “premissa cultural antropológica do Estado Constitucional” (Haberle, 2008, p. 106).

[...] convergências e divergências de toda ordem, é certo que tal debate, ainda mais quando travado na esfera pública e pautado pela prática racional discursiva (necessariamente argumentativa), constitui o melhor meio de, pelo menos numa sociedade democrática, estabelecer os contornos nucleares da compreensão das diversas dimensões da dignidade e de sua possível realização prática para cada ser humano. Assim, não há mais — ao contrário do que alguns parecem crer — como desconhecer e nem desconsiderar o papel efetivo do Direito no que diz com a proteção e promoção da dignidade. (Sarlet, 2007, p. 362).

A democracia deliberativa é um caminho que privilegia soluções oriundas não de uma posição privilegiada em que a maioria atinge por meio do processo eleitoral, o poder decisório, mas, sim, da livre deliberação pública e participativa (Racimo, 2006, p. 51). Desse modo, a participação no processo democrático de discussão e tomada de decisão requer participação igualitária dos afetados pelas decisões a fim de maximizar a qualidade epistêmica do processo. Para tanto, exige-se que não apenas o voto, mas também a voz seja considerada, “bem como todas as precondições para que essa igualdade seja substantiva e não meramente formal” (Nino, 2003, p. 93), trata-se do reconhecimento de que ao cidadão, individual ou coletivamente, assiste um campo amplo de atuação social (Goes, 2013, p. 119).

À medida em que a sociedade avança e, à esta altura, convém salientar, que o estudo não parte da ideia de evolução como aperfeiçoamento, mas apenas de mudança, em qualquer que seja o sentido, deve também o direito se amoldar. Por esta via de análise, Gargarella (2021, p. 17) aborda o problema da “erosão da democracia” partindo de um conceito de *déficit democrático*, sendo esse, nas palavras do autor “A forma como nossas instituições resistem e bloqueiam o poder

de decisão e controle cidadão) que apresentam problemas inerentes ao sistema de controle interno (os freios e contrapesos de cada ramo do governo sobre os demais)”.⁴³

A democracia, nos dizeres de Bobbio (2019, p. 41-43), necessita passar por um processo de atualização, tendo em vista que é formada sob uma ótica individualista, não mais atende aos anseios de uma sociedade plural e multicultural. Para o autor, antes de considerar-se a figura do Estado, faz-se necessário compreender que entre o povo soberano e seus representantes “não existem as sociedades particulares desprezadas por Rousseau e canceladas pela Lei Chapelier”, o que houve em verdade foi que a relevância se deslocou muito para os grandes grupos em vez dos indivíduos isolados. No entanto, o modelo ideal da sociedade democrática era o de uma sociedade centrípeta. A realidade que temos diante dos olhos é a de uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder, ao que foi denominado por Bobbio como sociedade policêntrica ou poliárquica.

A democracia representativa, portanto, estaria atrelada apenas ao momento de pactuação, dando uma falsa sensação de governo pelo e para o povo, mas que em realidade o “pelo povo” se veria concretizado somente por meio do exercício do voto e o “para o povo” em verdade representaria os anseios daqueles que foram eleitos, ao passo que as decisões se tornam cada vez mais legítimas, conforme o nível de deliberação e, neste ponto, tem-se deliberação como a forma de diálogo dos participantes (Martí, 2006, p. 23). Quanto maior o diálogo, maior legitimidade é conferida ao processo de tomada de decisões.

Habermas (2018, p. 418-419) apresenta três modelos normativos de democracia, contrapondo os ideais liberal e republicano a partir da função da política (sentido de formação da vontade dos cidadãos) e indicando que o equilíbrio de interesses passa pela teoria do discurso, uma vez que “assume elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal de deliberação e tomada de decisão”. Neves (2020, p. 140-147) descreve o Estado Democrático de Direito ao seguir a teoria do discurso de Habermas faz prevalecer a ideia de legitimidade popular por meio de “procedimentos

⁴³ No original: “El modo en que nuestras instituciones resisten y bloquean el poder de decisión y control ciudadanos que con problemas propios del sistema interno de controles (los checks and balances de cada rama de gobierno sobre las otras)”.

institucionalizados e de pressupostos comunicativos”. Neves defende a “moral do dissenso”, em que acerca do procedimento se impera o consenso, todavia, reconhece-se em conteúdo o dissenso, esse no sentido de que existem interesses e valores diversos e conflitantes oriundos de uma “sociedade supercomplexa”. Desta feita, o ponto de convergência entre a teoria do consenso e teoria da constituição tem como base a existência de um “consenso fundamental”, sendo necessário que esse passe por um constante processo de reformulação do que seria um “consenso ético mínimo”.

Na concepção liberal, a política tem como função a integração dos “interesses sociais privados ao aparato do Estado especializado no uso administrativo do poder político para fins coletivos”. A visão republicana, no entanto, se baseia na ideia de que a política “forma o *médium* em que os membros de comunidades solidárias naturais se tornam conscientes de sua dependência uns dos outros e, como cidadãos, levam adiante as relações de reconhecimento recíproco já dadas e as configuram como vontade e consciência, em uma associação de parceiros livres e iguais” (Habermas, 2018, p. 398).

Pende a distinção de cidadão sob as concepções em contraste, uma vez que sob o viés liberal “o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade”. Em relação a visão republicana, porém, a política é “muito mais um elemento constitutivo para o processo de socialização como um todo”. (Habermas, 2018, p. 398-399). Consoante o raciocínio de Bim (2014, p. 23) “através da incursão na teoria da cidadania e da participação, ver-se-á a hipertrofia na teoria participativa gera distorções nos instrumentos de participação postos à disposição do cidadão”.

À vista disso, é possível identificar uma transformação importante da tônica liberal para a republicana, na medida em que “ao lado da instância hierárquica de regulação da autoridade soberana do Estado e da instância descentralizada do mercado, ou seja, ao lado do poder administrativo e do interesse próprio, surge a *solidariedade* como uma *terceira fonte* de integração social” (Habermas, 2018, p. 398). Neves (2020, p. 158) compreende a soberania do Estado não como “supremacia de uma ordem jurídico-política em relação às demais”, mas sim de que existem “juridicidades diferenciadas pelas suas temáticas e destinatários”.

Sendo assim, haveria o que o autor denominou como soberania “dispersa”, dada a heterogeneidade do povo que é sua titular.

A teoria do discurso de Habermas é apresentada como um modelo de democracia que representa a junção de elementos tanto do modelo liberal quanto os republicanos “e os articula de uma nova forma” (Habermas, 2018, p. 412). Nesse sentido, tem-se o entendimento de que:

Ela não opera mais com o conceito de um todo social centrado no Estado que seria representado por um macrossujeito que age orientado por fins. Ela tampouco situa o todo em um sistema de normas constitucionais que regula de modo inconsciente o equilíbrio de poder e de interesses segundo o modelo das trocas do mercado. Ela dispensa em geral as figuras de pensamento da filosofia da consciência inclinadas a atribuir a prática de autodeterminação dos cidadãos a um sujeito social como um todo ou de referir o império anônimo das leis a sujeitos individuais que competem entre si (Habermas, 2018, p. 412).

A comparação dos modelos democráticos a partir da análise da teoria do discurso de Habermas perpassa a noção de legitimidade e soberania popular. O ideal liberal se prende ao fato de que a democracia teria como exclusiva função, a partir do processo eleitoral, de promover a legitimidade do poder político. Em contrapartida, a formação democrática segundo a concepção republicana teria uma função essencial de constituição da sociedade, de modo que a eleição seria uma forma de rememorar o ato de fundação social (Habermas, 2018, p. 414). Ocorre que, ao trazer para o debate a teoria do discurso, inclui a necessidade de observar o dever de comprometimento do Estado acerca da implementação de políticas determinadas. Consoante entendimento explicado pelo autor:

A teoria do discurso, em contrapartida, conta com a *intersubjetividade de ordem superior* dos processos de entendimento que se realizam, por um lado, na forma institucionalizada das deliberações nas corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicações das esferas pública e política. Essas comunicações sem sujeito, dentro e fora das corporações políticas programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais se pode dar uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade sobre temas relevantes para a sociedade e sobre matérias que precisam ser regulamentadas (Habermas, 2018, p. 413).

Na teoria de Habermas, portanto, a sociedade civil é tida como a base social das esferas públicas autônomas, sendo, dessa forma, compreendido como papel da democracia participativa promover deslocamento na relação entre

sociedade e Estado, a partir da contraposição com a concepção liberal, da tríade (dinheiro, poder administrativo e solidariedade), sob o entendimento de que não se pode verificar como exclusiva fonte de comunicação o “poder de integração social”, havendo, desta forma, a necessidade de que este poder se desenvolva em esferas públicas autônomas e amplamente difundidas, e nos procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados no Estado de direito.

Nos dizeres de Moraes da Silva (2005, p. 226), “[...] embora seja um elemento importante e indispensável do Estado Democrático de Direito, o controle do poder político nos parece ser insuficiente para caracterizar todo o significado desse conceito [...], especialmente quanto à necessária legitimidade desse mesmo poder, o interesse público que deve movê-lo e a promoção da justiça social”. Nesse sentido, Bobbio (2019, p. 50) explicita que a identificação quanto ao desenvolvimento da democracia em determinado país deve partir de uma busca de “perceber se aumentou não o número dos que têm direito de participar das decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer tais direitos”

Imperioso se faz destacar a advertência de Martí (2006, p. 23) de que democracia e deliberação são conceitos distintos, visto a possibilidade de vislumbrar uma democracia não deliberativa e a existência de uma deliberação que não seja democrática. Para tanto, faz-se indispensável a aplicabilidade não de um ou outro modelo, mas da combinação de ambos, de modo que se possibilite a todos os cidadãos a participação do processo decisório.

Logicamente, a impossibilidade indicada principalmente pelos elitistas tem muito a ver com a interpretação que se tem do “todo” que advém da democracia. Por óbvio que se perde a racionalidade a imaginar que todos os cidadãos venham a contemplar o ambiente decisório. O que se vislumbra, todavia, é que seja propiciada a contribuição de todos a quem interessaria a decisão e não efetivamente toda a sociedade. Martí (2006, p. 29) argumenta no sentido de que os procedimentos de tomada de decisões são distintos por três princípios democráticos fundamentais, quais sejam: argumentação, negociação e voto.

Hespanha (2019, p. 53-60) assevera que o relacionamento em sociedade ao se alterar e modificar a forma de identificação das pessoas que o compõem

deve seguir padrões que não se abstenha somente ao sufrágio como forma de consecução da democracia, sendo necessário que se exprima de outras formas, menos centralizadas. Portanto, a legitimidade do direito do Estado passa então a indicar que seja considerada a legitimidade do direito, “[...] uma proposição com elevado grau de probabilidade que, por isso, pode ser adotada como regra de heurística para encontrar um critério – o da consensualidade comunitária, ou da ‘democraticidade’”. Os direitos daqueles que falam devem ser protegidos porque dão voz e oportunidade de se criar uma identificação com uma cultura específica na medida em que participa de modo efetivamente ativo na formação de decisões políticas e normas jurídicas (Neves, 2020, p. 165).

Os direitos de quem fala são protegidos, antes de tudo, porque criam a oportunidade para que o cidadão democrático se identifique com a vontade coletiva por meio de sua própria participação ativa potencial. A participação estende-se à criação de uma cultura e identidade nacional. Post e Siegel (2013, p. 153-154)⁴⁴ afirmam que “a participação se estende à criação de uma cultura e identidade nacional, que acabará por encontrar a sua expressão na legislação”.

De Moraes (2014, p. 280) destaca que o interesse da população demonstra a intenção de ruptura ditatorial na promulgação da Constituição Federal de 1980, especialmente no tocante ao tratamento de uma narrativa emancipatória e sob o viés garantista das normas programáticas. Racimo (2006, p. 243) sobreleva que “[...] a democracia deve considerar certos princípios necessários para promover soluções consensuais que incorporem mais informações por meio do processo deliberativo”.⁴⁵

Nessa toada, a legitimação constitucional perpassa pela congruência entre o que prevê a norma Magna e o que se verifica no mundo fático, sob pena de se ver configurado o que Lassale (2001) tratou como “Constituição Folha de Papel” (Moraes de, 2014, p. 281). Portanto, a Constituição ao tratar de forma abstrata das normas programáticas não desincumbe os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de fazerem valer os mandamentos, mas, em verdade, revelam o que o

⁴⁴ Traduzido do original: “La participación se extiende a la creación de una cultura e identidad nacionales, que eventualmente entrará su expresión en la legislación”. (Post; Siegel, 2013p. 153-154)

⁴⁵ No original “democracia deve considerar certos princípios necessários para promover soluções consensuais que incorporem mais informações por meio do processo deliberativo [...]”

legislador previu como meta para o espírito da Constituição, que deve se amoldar aos anseios sociais.

Racimo (2006, p. 243) destaca que a democracia deliberativa sofreu forte influência dos ideais difundidos por Rawls, e a partir do conteúdo de suas obras reside a noção de “[...]abertura de caminhos que visem educar a razão pública, e evitar que sejam obstruídas por interesses privados ou pela desvirtuação de mecanismos originados no poder do Estado em detrimento dos cidadãos”.

Por intermédio de embate de argumentos e contra-argumentos que o processo decisório democrático se racionaliza, posto que na deliberação os diversos participantes podem expor seus pontos de vista e apresentar sua divergência quanto ao argumentado pelos demais, sendo o estado de direito fundamental para haver um contexto propício para a realização do debate, pois “sem liberdade e sem igualdade (as quais o estado de direito deve garantir) não há diálogo verdadeiro, e a deliberação perde o seu potencial legitimador e racionalizador” (Neto, 2006, p. 129).

A democratização do direito perpassa a ideia de que todos os homens, enquanto pessoas, devem participar de forma igualitária da “regulação da vida em comum”, tratando-se esta participação de um modelo de “governar bem a sociedade”, consoante explicitado por Hespanha (2019, p. 29), para quem se deve evitar de forma contínua que um determinado setor econômico ou profissional tome o monopólio estatal no sentido de “dizer o direito”, a fim de se impossibilitar que se transforme a atividade de intérprete um mecanismo de benefício a si mesmo.

Contrapondo democracia representativa e a deliberativa, Racimo (2006, p. 65) pondera não ser a primeira um mecanismo adequado “para enfrentar as necessidades de participação humana nas sociedades complexas atuais”, uma vez que não se considera o pluralismo e a heterogeneidade dos múltiplos grupos existentes nas sociedades modernas.⁴⁶

Por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988 e em decorrência das recentes alterações sociais, o STF tem vivenciado um movimento de aproximação com a sociedade, mormente com relação aos diferentes grupos

⁴⁶ No original: “la democracia representativa - especialmente en las vertientes elitistas y pluralista - no resulta un mecanismo apropiado para enfrentar las necesidades de participación humana en las actuales sociedades complejas”. (p. 65).

sociais para que se considere as suas particularidades. A referida movimentação é nomeada como *diálogos sociais*, isto é, a criação de espaços de mediação social, que buscam estabelecer um consenso a partir da dialeticidade entre o estado e os vários segmentos da sociedade.

Wolker e Fagundes (2011, p. 293) ponderam que a inexistência de uma tradição democrática, descentralização e participação das comunidades locais advém da sociedade frágil, desorganizada e conflituosa que sempre esteve à mercê, tanto de relações políticas calcadas no clientelismo, no coronelismo e nos privilégios cultivados pela dominação dos grandes proprietários de terras, agravado pelo perfil extremamente fraco das elites nacionais, subordinadas aos intentos de acumulação das metrópoles, favorece a montagem de um Estado interventor e patrimonialista, capaz de controlar e imprimir grande centralização sobre a sociedade.

A Constituição de 1988, segundo preceitua de Moraes (2014, p. 281), traz o Estado Democrático de Direito como um elemento transformador do *status quo*, de modo que, além do fato de ser uma constituição dirigente, existe uma legitimidade que vincula o intérprete no momento de sua aplicação. A legitimação da Constituição perante a sociedade ocorre quando sua narrativa programática se molde à Constituição real, caso contrário não passará de Constituição folha de papel.⁴⁷ O Constitucionalismo se opera a partir de relação de colaboração (Leite, 2014, p. 10), Essa colaboração advém da legitimação do Poder estatal a partir da vontade do povo (parágrafo único do artigo 1º da Constituição de 1988) originada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que estabelece em seu artigo XXI, que “todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país, diretamente, ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”..

Segundo Goes (2013, p. 119), a democracia deliberativa encontra-se consubstanciada no “princípio da proibição da arbitrariedade do Estado”, de modo que tal ideia reside na concepção de “os direitos dos cidadãos, inicialmente

⁴⁷ “[...] a medida de legitimidade da Constituição brasileira é a prática de todos os agentes que a ela se submetem e sua adstrição aos fins maiores da República. Nossa Constituição será legítima perante a sociedade caso sua narrativa programática molde a Constituição real – a Constituição como é praticada no judiciário, no executivo e no legislativo, sob a influência de todas as forças sociais existentes - e não apenas a Constituição folha de papel de que falava Lassale (2001). Essa prática revela o espírito e o futuro da Constituição”. (MORAES de, 2014, p. 281).

surgidos da atribuição recíproca que fazem na dimensão horizontal de interações realizadas da parte a parte, estendam-se à dimensão vertical que os vincula ao Estado, compondo assim um núcleo inviolável representativo dos direitos humanos”.

As demandas sociais heterogêneas impõem a observância do diálogo com as diferentes comunidades (Moraes de, 2014, p. 284), a fim de integrar as particularidades daqueles que vivenciam a demanda da qual se pretende um pronunciamento, posto que há “[...] uma crise na capacidade do ordenamento jurídico de captar todas as demandas e gerar um conjunto unitário e racional de respostas para uma coletividade tão heterogênea e complexa como a sociedade moderna” (Moraes de, 2014, p. 283), de modo que a democracia ultrapassa a noção de representação política, indo ao encontro da efetivação e participação daqueles para quem se e por quem se criou o Estado. Desse modo, “O Estado Democrático envolve necessariamente – deve apresentá-los em seu significado – aspectos outros para a sua compreensão, sendo o principal deles a *soberania popular*” (SILVA, Moraes da, 2005, p. 226).

Habermas (2018, p. 415) explica que o conceito de soberania popular possui relação com o período histórico da modernidade, haja vista que a soberania inicialmente era associada aos modelos absolutistas em que o poder era dominado de modo exclusivista pelos “senhores”. A monopolização estatal, portanto, abre espaço para a inclusão do povo e de sua vontade, daí que se falar em soberania popular indica que o poder, apesar de exercido pelas autoridades estatais, provém do povo e deve atender aos fins sociais.

Gargarella (2021, p. 27) explica que é preciso ponderar o sentido de participação democrática, uma vez que a centralidade deste resultaria em uma simplificação da democracia, reduzindo-a a uma forma mais direta, como no caso do referendo. Goes (2013, p. 170) compreende que a aplicabilidade de uma “teoria da decisão jurídica” não possui relação com métodos rígidos de efetividade das decisões judiciais que “desconsideram o compromisso do Estado com a opção democrática”, deve-se por outro lado, “reservar espaços de institucionalização discursiva que absorvam essa gama de situações conflitivas, de multifacetadas e heterogêneas formas de apresentação”.

Habermas (2014, p. 26) aponta que uma análise generalista da democracia poderia demonstrar que há um círculo amplo e pluralista no processo de interpretação constitucional. No entanto, a teoria de uma interpretação assente na “sociedade fechada” traduz que há, em verdade, um *fechamento* em que as formalizações dos procedimentos de tomada de decisão encontram-se assentadas nas atividades dos juízes.⁴⁸ Segundo Habermas (2016) “a teoria do agir comunicativo, só são instrutivas as teorias analíticas do significado que começam a abordagem pela estrutura da expressão linguística, em vez de começá-la pelas intenções dos falantes”.

Destaque-se, nesses termos, que Habermas relaciona a teoria da comunicação com o *modelo de órgamon*, que é proposto por Karl Bühler e a utilização de signos na comunicação possui três funções, sendo especificamente a função linguística relacionada aos “métodos e discernimentos da teoria analítica da significação e depois transformada em cerne de uma teoria do agir orientado ao entendimento” (Habermas, 2016, p. 483). Oportuno frisar que a teoria do agir comunicativo também leva em consideração o contexto enquanto se situa aquele que fala, uma vez que “representam recortes do mundo da vida concernentes aos participantes da interação”. Essa concepção de mundo da vida é importante para a análise da teoria social; com efeito, deve-se considerar que o “agir racional-teleológico” daquele que se comunica encontra uma orientação voltada a interesses específicos.

Além disso, não se pode perder de vista que decisão democrática estaria associada às respostas obtidas a partir do diálogo com o povo, externadas nas vozes ecoadas a partir de procedimentos como o das audiências públicas, anseios esses que devem ser respondidos de forma democrática pelo integrante do órgão judicante, posto que, ao se abrir as portas do judiciário para a população nas audiências públicas, deve-se abrir, de igual forma, os ouvidos para as vozes ali lançadas.

3.2 AFASTAMENTO DO MONOPÓLIO INTERPRETATIVO JUDICIAL, CRISE DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES, NEOCONSTITUCIONALISMO

⁴⁸ Quanto à abertura dialógica para a sociedade dos intérpretes, obtenha-se maiores esclarecimentos nos subtópicos subsequentes.

DEMOCRÁTICO E AMBIENTE DE ABERTURA À SOCIEDADE DOS INTÉRPRETES: “MEDIAÇÃO ESPECÍFICA ENTRE ESTADO E SOCIEDADE”

A teoria norte-americana do “pragmatismo analítico” e a do pós-estruturalismo francês demonstram-se insuficientes diferente do racionalismo filosófico da teoria da racionalidade comunicativa de Jürgen Habermas e Karl-Otto Apel que trazem um novo conceito para a “razão”, não mais pautada na instrumentalidade, mas na “proposição de normas e valores para a ação humana que levem à emancipação dos sujeitos históricos e dos grupos sociais”. Há, com base na dialética hegeliana, o rompimento em Habermas da “ética aristotélico-tomista”, de modo que se amplia “e transpõe a ética formalista de Kant” em caminhar rumo a “ética do discurso prático” (Wolkmer e Fagundes, 2011, p. 307-308).

O modelo clássico foi oposto pela doutrina em razão da ‘insuficiência dessa interpretação semântico-linguística para desvendar a vontade da norma-vértice (modelo clássico), iniciou-se novo estudo em torno do desenvolvimento [...] do método tópico’. O método tópico-problemático consiste em uma técnica que se volta especificamente para o problema, considerando-se a solução dos problemas em uma base concreta e não abstrata apenas. Dessa metodologia decorre também a realização de debates, por meio dos quais “reconduzir-se-ia à discussão do problema entre os intérpretes da constituição, à luz de diferentes pontos d vista, dirigida a revelar a interpretação mais conveniente para o problema (Silva da, 2008, p. 24).

Apel (1993, p. 160-171) analisa duas faces de um citado dilema em que existe a aparência e a ciência da modernidade torna cada vez mais difícil uma fundamentação racional, especialmente ao se tratar de “uma ética intersubjetivamente válida”. Nesses termos, o pranteado mestre se refere à ética válida em um “sentido de neutralidade valorativa”. Ao que parece, as teorias acabam por resultar em “meras ideologias. Os dilemas a que se referem o autor são o da ética da responsabilidade e da fundamentação racional para uma ética solidária. As premissas axiomáticas devem ponderar, segundo o autor: a fundamentação racional, a validade intersubjetiva, e constatações factuais. A ética a que trata Apel é chamada discurso-comunicativa, conforme se infere adiante:

Tendo presentes as proposições normativas de teor-linguístico-pragmático, muito próximas de Habermas, Apel avança, através de uma racionalidade marcada por uma 'reflexão transcendental', na construção de uma ética especial (discurso-comunicativa), denominada 'ética da responsabilidade', [...]. No instante em que a ciência busca traduzir uma civilização unitária, tornando-se insuficiente a formação de éticas específicas de grupos e éticas subjetivas individuais. (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 309).

A interpretação constitucional da maneira conforme estabelecida na atualidade, em que o Judiciário mantém o monopólio da interpretação, apresenta-se uma fenda no processo democrático que se reflete em toda a sociedade e poderes constituídos.

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 hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade" (Haberle, 1997, p. 12).

As diversas transformações sociais que acompanharam o advento da contemporaneidade exigiram também uma adequação do ordenamento jurídico, transmutando-se a posição original do Poder Judiciário como mero reproduzidor da vontade do legislador para um papel participativo na construção normativa, anteriormente posta exclusivamente ao crivo do legislativo, de maneira que as "[...] tensões sociais que antes eram resolvidas por meio da vontade política do legislador, tiveram uma parte deslocada para que o Poder Judiciário, utilizando-se do processo, atue como agente concretizador da vontade Constitucional" (Siqueira; Lara de; Souza de, 2022, p. 6).

Apesar do papel assumido pelo Poder Judiciário na sociedade contemporânea, há resistência à abertura da interpretação constitucional proposta por Haberle, a fim de mantê-la fechada à participação de novos atores, abertura que tende a se tornar uma realidade pela participação efetiva dos membros da comunidade em processo democrático. A "sociedade aberta dos intérpretes"

possui grande vivacidade e “contornos vivos”, especialmente no tocante aos participantes do processo interpretativo.

Assim, a proposta de Haberle (1997, p. 13) para o processo de interpretação constitucional é que pelo fato de os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos estarem de alguma forma vinculados, não seria “(...) possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Assente em tais considerações é que Haberle (2008, p. 105) assevera que:

O *protótipo* do Estado Constitucional ou, respectivamente, da democracia pluralista se apresenta hoje como o mais bem sucedido modelo antagônico (certamente ainda carente de reformas) ao Estado totalitário de qualquer *couleur* e a todas as pretensões fundamentalistas de verdade, aos monopólios de informação e às ideologias imutáveis. Assim, ele se caracteriza exatamente pelo fato de *não* estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim de ser predestinado apenas a uma mera *busca* da verdade. Ele se fundamenta sobre <<verdades>> provisórias, revisáveis, às quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e não as <<decreta>>.

Para Haberle (1997, p. 11), a abertura dos intérpretes da constituição contribui para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição⁴⁹, vez que a atual teoria da interpretação constitucional tem estabelecido duas questões que considera essenciais, isto é: “- a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, e - a indagação sobre os métodos (processos da interpretação constitucional) (regras de interpretação)”. Silva, da (2008, p. 24) pontua que “[...] toda a sociedade é potencialmente apta a participar do processo de interpretação constitucional. Essa participação outorgaria maior legitimidade às decisões [...]”. Há, dessa forma, uma relação intrínseca entre o discurso e inclusão da sociedade no processo interpretativo na norma como forma de democratizar e dar maior legitimidade às decisões judiciais.

⁴⁹ “[...] existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.” (Haberle, 1997, p. 11-12)

Haberle (1997, p. 12) questiona se seria possível considerar que uma teoria da interpretação constitucional deveria ou não admitir o tema “Constituição e realidade constitucional”, o que levaria “(...) a exigência de incorporação das ciências sociais e nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral”. Habermas (2014, p. 27) defende que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculadas a 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”.

Haberle (1997, p. 14) entende que o verdadeiro sentido da norma somente será alcançado se houver a participação de outros atores que vivenciam a lei e por isso se tornam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*), quais sejam: cidadão e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública, dentre outros. Contudo, no sistema idealizado por ele, subsistirá a jurisdição constitucional que manterá sua responsabilidade em relação à última palavra sobre a interpretação⁵⁰.

A teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática, de maneira que é inimaginável a interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas (Haberle, 1997, p. 29) haja vista que “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (Haberle, 1997, p. 15).

Critica-se a abertura da interpretação a novos atores pela possibilidade de se gerar uma quantidade exacerbada não apenas de interpretação como de intérpretes. Ocorre que, segundo Haberle, existe uma legitimação tanto do ponto de vista da teoria do direito, quanto da teoria da norma e da teoria da interpretação. Nos dizeres do autor, a interpretação não é um processo passivo e nem mesmo de submissão, não haveria que se falar, portanto, em “recebimento

⁵⁰ “Coloca-se para todos aqueles que não estão formais, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido – legitimação mediante procedimento constitucional”. (Haberle, 1997, p. 29).

de uma ordem”, posto que as possibilidades apresentadas não indicam que estas serão seguidas de modo obrigatório (Haberle, 2009, p. 63).

As transformações ocorridas nos países da Europa ocidental, após o término da Segunda Guerra Mundial, levaram à consolidação da teoria do Estado Constitucional de Direito, em especial nos países de vertente romano-germânica, alterando-se o conteúdo das Constituições, que passaram a ser mais garantistas, bem como ao seu papel central como vértice axiológico interpretativo e orientador da aplicabilidade das normas infraconstitucionais. Houve, pois, uma transição de um modelo em que vigora a lei, em sentido estrito como supremo para a supremacia da Constituição (Barroso, 2017, p. 571).

Gargarella (2023) expõe que o problema da legitimidade democrática do tribunal constitucional leva a crer que se as "credenciais democráticas" dos juízes não fossem tão significativas quanto às dos legisladores, não haveria razão para contestar o controle judicial, na medida em que se demonstre que, em suas decisões, os juízes aplicam regras de interpretação que ninguém questiona ou tem bons motivos para questionar.

O processo de interpretação constitucional possui problemas que se agravam a partir do uso da linguagem, pois as Constituições se comprometem explicitamente com valores e princípios abstratos, tais como liberdade, justiça, igualdade, não discriminação, aparentemente destinados a governar ao longo do tempo. Esses compromissos radicalizam os problemas de interpretação típicos de qualquer texto escrito, por exigirem processos de raciocínio e argumentação extremamente complexos de realizar.

Segundo explicitado por Haberle (1997, p. 28) “a jurisdição constitucional é um catalisador essencial, ainda que não o único, da Ciência do Direito Constitucional”. Nesse ponto, o autor destaca que não há uma exclusividade ou monopólio da jurisdição constitucional, uma vez que “a sua efetiva influência interpretativa suscita indagação sobre a sua legitimação, questão que também se aplica para as outras forças participantes do processo de interpretação”.

Dessa forma, a decisão só poderá ser legitimamente democrática se os destinatários normativos estiverem legitimados ao Processo (processo como espaço da discursividade isonômica (paridade argumentativa no discurso processual) e não igualdade pessoal (a maioria de corpo presente), como se

estivessem em plena Ágora grega, onde as questões cruciais da coletividade eram debatidas e decididas de forma democrática com a presença fiscalizatória do cidadão (Lopes, 2012, p. 94).

O constitucionalismo democrático possui um papel de legitimação da Corte Constitucional como “*representante argumentativo da sociedade*” (Barroso, 2017, p. 582). Assim é o sentido em que se desenvolve a teoria de Alexy (2005, p. 558-579), para o qual seria a democracia uma forma de reconciliação entre jurisdição constitucional e sociedade.

No âmbito da ocorrência das audiências públicas e, em especial no sentido de sua ocorrência diante do conceito de sociedade aberta dos intérpretes em meio à sua correlação, as vozes ali lançadas devem ser “ouvidas” e nesse ponto há de se considerar “ouvidas” no sentido de que sejam efetivamente enfrentadas pelo integrante do órgão judicante.

Impensável se torna vislumbrar uma interpretação constitucional sem a inclusão do cidadão, por haver uma relação intrínseca entre esse e a democratização constitucional. Haberle (2007, p.58) defende que o destinatário da norma participe do processo hermenêutico, não sendo a interpretação um processo exclusivo dos “intérpretes jurídicos”, posto que não são os únicos que a vivenciam.

A ideia de afastamento da interpretação exclusiva a partir do Estado-Juiz se mostra evidente para Bueno (2012, p. 97), para quem deve-se considerar “as opções políticas feitas pela Constituição brasileira”, as quais devem estar “espelhadas, verdadeiramente refletidas no processo civil. Até porque o processo é *método* indispensável de manifestação da vontade do Estado, de todo o Estado, e não só do Estado-juiz”.

Nesses termos é que Hesse (1991, p. 19) destaca o que denominou como “vontade da Constituição”, que estaria relacionado à “consciência geral da sociedade acerca da necessidade de pautar suas ações segundo os preceitos constitucionais, considerando-os como garantidores da ordem instituída”. Segundo Rosa (2021, p. 27), a interpretação deve ser um processo aberto e público, enquanto “a sociedade assumiria seu papel de criadora e receptora das normas constitucionais”. A interpretação constitucional precisa estar atrelada à

“vontade da constituição”⁵¹, não se trata de abandonar o modelo de subsunção clássico – interpretação que segue critérios histórico, teleológico, gramatical e sistemático –, mas partindo do pressuposto de que são esses insuficientes para concretamente dar sentido às normas constitucionais.

Existe nos tempos contemporâneos uma grande crítica ao modelo tradicional de separação de Poderes, haja vista não ser mais suficiente para servir de base para a forma de estruturação do constitucionalismo. Assim, verifica-se uma grande necessidade de criação de métodos para atender às novas necessidades da sociedade (Barroso, 2017, p. 579).

A esse respeito, Lopes (2012, p. 63) ressalta que “o Estado foi percebido – e ainda é – como a panaceia e a solução para todos os problemas, valendo-se – servindo de apoio – de uma suposta soma dos interesses individuais – ‘soma aritmética total de interesses privados’ – para a tomada de decisões. Percebe-se que a iniciativa e a finalidade da atividade estatal passaram a ser justificadas através de um bem-estar da coletividade”.

Quanto à necessidade de inclusão para aperfeiçoamento da corte constitucional, Bueno (2012, p. 94) preleciona que “o que se deve pensar é sobre o estabelecimento de um constante (e necessário, indispensável) *diálogo* entre a corte e a sociedade civil como medida verdadeira e imperiosa”. Sob a mesma perspectiva, Gargarella (2023) acrescenta que “embora, à primeira vista, o modelo dialógico possa parecer curioso ou alheio ao mundo jurídico (“um mero entretenimento para filósofos”), a verdade é que é assumido, explícita ou implicitamente, por alguns dos mais interessantes e conceituados Tribunais do nosso tempo”.

Lopes (2012, p. 65-68) assevera que “a identificação e a definição de um (suposto) interesse público resolve-se através de um esquema matemático”. Há uma suposição de que os interesses individuais, se somados, demonstrariam uma

⁵¹ O termo “vontade da constituição” concebido por Hesse tem como fundamento a ideia de que “a realização da Constituição importa na capacidade de operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade de Constituição, que procede de três fatores: da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; da convicção de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação, e da consciência de que se trata de uma ordem que não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, principalmente das pessoas envolvidas no processo constitucional, isto é, de todos os partícipes da vida constitucional”. (Vieira, 1998, p. 70).

vontade da maioria, demonstram-se assim o melhor para a sociedade. Ocorre que um problema reside em tal resolução da problemática, uma vez que nem sempre a vontade da maioria demonstra o melhor para a sociedade ou por determinada parcela da sociedade. Além disso, “pressupor que um determinado agente político ou um determinado órgão estatal é capaz de, sensível e imparcialmente, interpretar a vontade geral, é um tanto quanto ingênuo e perigoso”.

Em conformidade com o entendimento de Barroso (2014, p. 592), apesar do Supremo Tribunal Federal ter como prerrogativa a interpretação final do Direito, “não é o dono da Constituição”, assim é que o autor assevera que o papel da Corte Constitucional possui limites, não há, portanto, “qualquer pretensão de hegemonia sobre outros Poderes” de modo que “o sentido e alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros Poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal”.

3.3 INTERSECÇÕES ENTRE A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Teoria da Ação Comunicativa de Habermas e a Teoria de Interpretação Constitucional de Habermas voltada à Sociedade dos Intérpretes caminham no mesmo sentido, ao apresentarem a participação e o diálogo na busca de soluções. A primeira ao apresentar um modelo de uso da linguagem para organização social e consenso livre e a segunda ao criticar a sociedade fechada, sugerindo a “inclusão do outro”, ou seja, a inclusão dos sujeitos no processo interpretativo constitucional, por serem os destinatários de tais normativas.

Habermas (2008, p. 123) destaca a inexistência de uma única verdade, mas de “pluralidade de verdades” o que se encontra em consonância com a necessidade da abertura no processo interpretativo.

A abertura da interpretação constitucional proposta por Habermas, mostra-se necessária quando se observa a importância da Constituição Federal como estruturador e norteador do Estado, existindo a necessidade de conformação das normas com a Carta Magna, de modo que a hermenêutica constitucional tem

como fim precípua “pôr a ordem jurídica em real sintonia com os princípios democráticos” (Rosa, 2012, p. 13).

Rosa (2012, p.14), ao analisar a teoria haberliana afirma que o jurista alemão volta-se para a figura do intérprete e aponta que a melhor resposta aos questionamentos submetidos à análise dos julgadores de questões constitucionais é apresentada pela participação da sociedade aberta e não pela sociedade fechada, diante da observância da forma democrática e plural, pois “a interpretação constitucional deve ser exercida por todos aqueles que vivem a norma, ou seja, todos os integrantes da sociedade, porque, sujeitos e não objetos de direito, são legítimos intérpretes da constituição”.

Haberle expressa a necessidade de analisar a legitimação dos intérpretes, a todos os que estão formalmente vinculados como competentes para tanto (órgãos estatais, parlamentares, partidos políticos ou grupos da sociedade), esses legitimados vinculam-se apenas de modo limitado a partir do “Poder Estatal sancionador”. Todavia, esta vinculação constitucional mais restrita esvai-se quando da cognição fomentada pela teoria da interpretação. Partindo do pressuposto de que a interpretação é um processo aberto, haveria outras possibilidades que apenas os que se revelam em um “processo de passiva submissão”. Dessa maneira é que Haberle defende a ampliação do círculo de intérpretes como uma decorrência necessária de integração da realidade no processo de interpretação.

Sob essa perspectiva, Lopes (2012, p. 44) contrapõe os ideais de Montesquieu em relação à representatividade e reconhece a relevância em considerar a importância da participação de cada interessado, não de uma forma individualista, sendo, portanto, necessário o afastamento “de buscas solitárias e creditando nas ‘procedimentalistas discursivas’”. Em outras palavras, reconhece-se a relevância da participação do povo, reconhecendo-se “que apenas através da interação dialógica entre os cidadãos (livre e iguais) é que seria possível alcançar ‘resultados legítimos e racionais’”.

A Constituição aberta à sociedade de intérpretes se nutre não apenas pelo “Estado em sentido estrito, mas também à própria esfera pública”, não podendo o Estado “tratar as forças sociais e privadas como meros objetos”, devendo, pois, “integrá-las ativamente enquanto sujeitos” (Haberle, 1997, p. 33). A inclusão da

sociedade como intérpretes se faz necessária na medida em que a Constituição deve observar a pluralidade, de modo que não se pode a hermenêutica constitucional restringir-se aos intérpretes corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado, haja vista que tal conjuntura significaria um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes ‘não corporativos (*‘nicht-zünftige Interpreten’*)’.⁵²

Botelho (2010, p. 118-131) pondera que, na ótica de Habermas, quando um falante executa atos de fala, estabelece uma relação pragmática com o mundo objetivo, social ou subjetivo, de maneira que nos mundos de vida modernos, um elemento característico é justamente a diferenciação de seus componentes estruturais: cultura, sociedade e personalidade. A ação comunicativa se fundamenta em um processo cooperativo de interpretação, em que os participantes se referem de maneira simultânea a algo no mundo subjetivo, mesmo que a manifestação ressalte apenas tematicamente um desses três componentes.

Para Habermas (2009, p. 67), é por meio da sociedade aberta que se obtém sentido “liberal-democrático” a ampliação da discussão acerca “do indivíduo e de grupos ‘sobre’ e ‘sob’ as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam a atividade de interpretação um caráter multifacetado”. A abertura se verifica na medida em que existem alternativas distintas aptas a oferecer soluções diversificadas sobre uma determinada situação. Nesses termos, há que se acrescentar que a possibilidade de influência em decisões se verifica antes mesmo da existência dos próprios textos constitucionais (HABERMAS, 2009, p. 68). Bonat, Roesler e Peixoto, (2019, p. 112) entendem que ser possível inter-relacionar a tese habermasiana e habermasiana “na qual os procedimentos de criação democrática do direito, garantindo a participação de todos nas discussões, levantando argumentos do tipo contrafactuais, naquilo que denomina de “comunidade ideal de comunicação”.

⁵² Segundo elucidado por Habermas (2014, p. 33), “Considerando a realidade e a publicidade (*Wirklichkeit und Öffentlichkeit*) estruturadas, nas quais o ‘povo’ atua, inicialmente, de forma difusa, mas, a final, de maneira ‘concertada’, há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional”.

As teorias que defendem o diálogo institucional, como analisa Mendes (2008, p. 98), possuem dois principais denominadores comuns “a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição”. A adoção de uma lógica deliberativa pelos Poderes do Estado permite que, superando uma relação de supremacia, ‘quando estes deliberam, eles podem expandir seu conhecimento, incluindo tanto seu autoconhecimento quanto o seu entendimento coletivo acerca do que servirá melhor aos seus concidadãos (Moraes de; LEAL, 2020, p. 42).

Acrescenta-se ainda o fato que apenas “a abertura da Corte a práxis argumentativa, fundamentada em uma ética discursiva, consegue torná-la sujeita ao controle da coletividade, o que não significa, todavia, que a Corte Constitucional deixará de ser a responsável pelo papel de dar a última palavra, mas tão somente que as suas decisões refletirão o que foi compreendido e extraído do debate obtido na arena pública, de forma democrática, livre e inclusiva.

3.4 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR

Antes de adentrar especificamente no debate acerca das audiências públicas, necessário se faz abordar a cidadania, por ser ela indispensável para a análise do regime jurídico das audiências públicas como pondera Bim (2014, p. 23), para quem “a cidadania envolvida nas audiências públicas é fundamento para evitar equívocos na análise do seu regime jurídico”, ponderando, ainda, que “através da incursão na teoria da cidadania e da participação política, ver-se-á que a hipertrofia na teoria participativa gera distorções nos instrumentos de participação postos à disposição do cidadão”, justificando, seu ponto de vista, ao analisar a democracia participativa como sendo democracia exercida pelo povo de forma indireta e desprovida de efeito vinculante, de modo que a “democracia participativa é simplesmente a democracia representativa com alguns toques de auscultação popular específica” (Bim, 2014, p. 31).

Cidadania e democracia são dois conceitos interligados, uma vez que aquela tem sua origem no vocábulo *civitas*, ou seja, que na antiga Grécia relacionava-se à vida na *polis*. A partir de 1789, o conceito de cidadão ampliou suas fronteiras, enquanto ocorreu uma transição da “situação de sujeitos para a

de cidadão”. Nos dizeres de Bim (2014, p. 25) “a cidadania transcende a participação política de votar e de ser votado”, de tal modo a cidadania em uma perspectiva ampla impõe que ninguém seja excluído do debate democrático.

Neste sentido, destaca-se que as audiências públicas são um importante espaço para a concretização da cidadania ativa, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito (Leal, 2014, p. 329), por permitirem o debate democrático sobre assuntos de relevância coletiva e que afetem, invariavelmente, toda ou boa parte da população (Siqueira; Souza, 2019, p. 270).

Podendo a audiência pública ser compreendida como instrumento que viabiliza o diálogo entre a autoridade e a sociedade, que conhece as especificidades do caso concreto, seja por ser especialista da área, seja por estar na condição de sujeito direto ou indireto dos efeitos que aquela decisão terá (Leal, 2014, p. 329).

Ademais, há quem defenda que a audiência pública se trata de procedimento administrativo de participação, em que se dá abertura para que indivíduos e grupos sociais, visando um aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, possam exercer o direito de externar tendências, preferências e opções a fim de conduzir a Administração Pública a proferir decisões com maior aceitação consensual (Moreira Neto, 1997, p. 14).

Augustin Gordilho (2014) defende que a audiência pública se trata procedimento em que “o público é parte interessada e ativa, com direitos de natureza processual a respeitar dentro da concepção do devido processo constitucional”⁵³, bem como constitui princípio clássico do direito administrativo e constitucional, vinculado à garantia de ouvir os interessados antes de tomar uma decisão que possa afetar os direitos e interesses deles⁵⁴.

⁵³ “Cabe distinguir la ‘pública audiencia’ o sesión pública para enfatizar que en la audiencia pública no se trata de celebrar una sesión con asistencia pasiva del público, periodismo, etc., como lo son las del Senado cuando trata el acuerdo para designar a un magistrado (conf. art. 99, inc. 4° de la Constitución), las del plenario del Consejo de la Magistratura o las de las comisiones parlamentarias, si no en la cual el público es parte interesada y activa, con derechos de naturaleza procedimental a respetar dentro de la concepción del debido proceso constitucional; [...] (Gordilho, 2014, p. XI-1)

⁵⁴ “La garantía de oír al interesado (con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados), antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses es un principio clásico del derecho constitucional y administrativo” (Gordilho, 2014, p. XI-1)

Em posição um pouco diferente, Cabral (2007, p. 44-45) defende que a audiência pública se trata de “reunião aberta [em] que a autoridade colhe da comunidade envolvida suas impressões e demandas a respeito de um tema que será objeto de uma decisão administrativa”, colocando em evidência mais o caráter participativo dos interessados na contribuição para a produção de uma decisão administrativa que possa os afetar, em razão exatamente desta possuir relevo social (Silva, 2009, p. 157).

Dentre todas as compreensões acerca do que são as audiências públicas dentro do ordenamento jurídico aqui expostas, é possível se inferir principalmente a importância delas para a promoção de uma participação social previamente a uma decisão pública que possa, invariavelmente, afetá-las, tornando-os, assim, legítimos interessados em expor suas opiniões antes da produção dela, razão pela qual o referido instrumento possui íntima ligação com o exercício do direito à participação dentro de um Estado Democrático.

Assim, o fundamento primeiro das audiências públicas no Brasil é o próprio art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que prevê que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]”, o qual dá as bases para o exercício concomitante da democracia representativa e participativa no Brasil. Todavia, há ainda a previsão sobre a utilização das mesmas em diversos artigos constitucionais⁵⁵, de modo expreso ou implícito (Bosco, 2022, p. 153), que permitem a realização de audiências públicas pelo Poder Público.

Vale ressaltar que a Assembleia Constituinte realizada em 1987 deu nova forma para a audiência pública, de modo que a partir da Resolução n. 02 de 25 de março, reafirmou-se, especialmente o teor do artigo 14, que tornou obrigatória a sua realização entre subcomissões e entidades representativas de segmentos da sociedade. Como salientado por Rais (2012, p. 25), tal norma regimental teve

⁵⁵ São exemplos deles: Art. 29, XII, o qual prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal; art. 58, §2º, II, que impõe o dever das comissões do Congresso Nacional e de suas casas, nas matérias de sua competência, de realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; art. 194, parágrafo único, VII, o qual determina a participação da comunidade – trabalhadores, empregadores, aposentados – nas decisões da seguridade social; art. 198, III, que estabelece como diretriz dos serviços públicos de saúde a participação da comunidade; art. 204, II, que indica a necessidade de participação da população na formulação de ações referentes à assistência social, por meio de organizações representativas; art. 225, “caput”, que impõe implicitamente o dever da sociedade de defender e preservar o meio ambiente.

como resultado a demonstração da relação das audiências públicas com a realização da democracia e a legitimidade dos que dela participam para influenciar em processos decisórios.

As audiências públicas no Brasil podem ser realizadas pelos três poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo), tanto na esfera federal, estadual, quanto na municipal, abarcando-se os mais gerais temas, tais como: a instalação de novas vias públicas de acesso ao aeroporto local; orçamentos municipais participativos ou, simplesmente, uma lei que muda o zoneamento urbano.

A norma precursora no ordenamento jurídico pátrio a prever as audiências públicas foi a Resolução n. 1 de 1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que no artigo 11, §2º prevê a realização de audiências públicas pela administração, quando julgar necessário, na execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA⁵⁶.

A Carta Magna de 1988, por sua vez, trouxe tímida disciplina sobre as audiências públicas, prevendo apenas a possibilidade de sua realização no âmbito do Poder Legislativo Federal, ao disciplinar as Comissões permanentes e temporárias das casas do Congresso Nacional⁵⁷. A inclusão deste instituto representa a redemocratização trazida pela Constituição, a ruptura com o estado totalitário existente até aquele momento no país, a restauração da soberania popular e o restabelecimento do exercício da democracia direta pela população,

⁵⁶ “Art. 11.

[...]

§2º órgão estadual competente ou a SEMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA.” (Brasil, Resolução Conselho Nacional do Meio Ambiente, 1986)

⁵⁷ “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.” (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

instituto esse introduzido “no direito constitucional brasileiro pela Constituição de 1937 [...] retirado do ordenamento jurídico pela Carta de 1967” (Martins; Soares, 2019, p. 287).

Ademais, há ainda previsões infraconstitucionais que preveem a utilização de audiência pública em determinadas situações, como é o caso da previsão contida no artigo 39 da Lei.º 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)⁵⁸, que determina a obrigatoriedade de realização de audiência pública no início de processo licitatório quando envolver licitação em que o valor estimado ultrapassar 100 (cem) vezes o valor previsto no art. 23, I, “c”, da mesma lei⁵⁹ (R\$ 1.500.000,00).

Acrescenta-se ainda a previsão infraconstitucional atinente à matéria de Direito Ambiental contida na Resolução 01/86 do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), que determina que havendo a execução de estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o órgão competente ou o IBAMA determinará prazo para recebimento dos comentários feitos por órgãos públicos e interessados e, julgando necessário, promoverá audiência pública para informação sobre o projeto, seus impactos ambientais e discussão do RIMA (art. 11, §2º, Res. Nº 01/86 CONAMA⁶⁰). Complementando essa previsão, a Resolução nº 009/87 também do CONAMA esclareceu que a finalidade da audiência pública realizada

⁵⁸ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas àquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.

⁵⁹ Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior, serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: I - para obras e serviços de engenharia: [...]c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

⁶⁰ Artigo 11 - Respeitado o sigilo industrial, assim solicitando e demonstrando pelo interessado o RIMA será acessível ao público. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas da SEMA e do estadual de controle ambiental correspondente, inclusive o período de análise técnica. [...]§ 2º - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o estadual competente ou o IBAMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA.

no processo de licenciamento ambiental é expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e RIMA respectivo (art. 1^o⁶¹), bem como determinou que a convocação dela pelo Órgão Ambiental pode ocorrer sempre que este julgar necessário ou quando solicitado por entidade civil, Ministério Público ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, sendo que, caso seja solicitada e não ocorra a audiência requerida, a licença concedida não terá validade (art. 2^o, “caput” e §2^o⁶²).

As audiências públicas são legitimadoras apesar de não serem decisórias, apontando Diogo Moreira Neto (1992, p. 211) dentre as inúmeras vantagens deste instituto a evidência da intenção do administrador de produzir a melhor decisão; galvaniza o consenso em reforço da decisão que for adotada; demonstra o cuidado com a transparência dos processos administrativos; e renova o diálogo entre os agentes políticos e seus eleitores, como sendo as mais significativas.

Este diálogo permite “encontrar arranjos harmônicos dos vários direitos que partilham o espaço comunitário – núcleo da constituição de uma ordem jurídica pluralista” (Hespanha, 2019, p. 16), ordem esta adotada pela Constituição Federal de 1988 como um de seus fundamentos, o que leva ao consentimento pela norma constitucional “de uma multiplicidade das visões de mundo, que acarretam a possibilidade de cada pessoa construir uma concepção própria do que seja bom para si”. Situação diferente ocorria no medievo em que “a concepção religiosa unificava os ‘mundos individuais’, os valores eram, por isso, compartilhados e não permitiam que a diversidade imperasse, pois a diferença entre as pessoas ameaçava a ordem posta, razão pela qual ela deveria ser neutralizada”⁶³. Contemporaneamente compreende-se que a liberdade para

⁶¹ Art. 1^o - A Audiência Pública referida na RESOLUÇÃO CONAMA nº 1/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

⁶² Art. 2^o - Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado pôr entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão do Meio Ambiente promoverá a realização de Audiência Pública. [...]§ 2^o - No caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la, a licença não terá validade.

⁶³ “Porque antes tínhamos uma sociedade fundada em razões religiosas que ofereciam “a” concepção legítima de “vida boa”, qual seja, a vida pautada no exercício da fé, é que essa mesma concepção sacra acabou por condensar um núcleo gravitacional referente a quaisquer práticas, sejam teóricas, normativas ou estéticas. Uma vez que o cerne inquestionável, porque absoluto e eterno, tal interpretação religiosa acabou por absorver as diversidades em sociedade ora como justificadas em princípios divinatórios, a exemplo da distinção entre nobres e servos, ora como capazes de serem expurgadas e aniquiladas em nome das mesmas razões, de uma *lex naturalis* enquanto participação dos homens, como natureza racional, na *lex aeterna*” (Chamon Júnior, 2007. p. 210).

simplesmente ser é indispensável para que a pessoa possa viver de forma digna, “cada uma sendo respeitada em sua identidade de forma integral, com condições essenciais para a concretização de um dos objetivos da República, que é a realização da dignidade” (Teixeira, 2018, p. 76-77)

Destarte, as audiências públicas permitem a participação ativa da população nas decisões a serem tomadas pela administração pública, sendo, portanto, instrumento hábil para o exercício do princípio democrático e para o desenvolvimento da personalidade dentro de uma sociedade pluralista, fundamentos esses basilares da República Federativa do Brasil.

O direito de ser ouvido exercido nas audiências públicas, todavia não gera o direito de decidir a questão posta a debate, visto que não “existe votação, mas coleta de sugestões, opiniões ou comentários do cidadão dentro da ordem e limitada ao tempo de duração da audiência”, de maneira que se trata de equívoco comum a consideração de que “a audiência pública foi criada para decidir, havendo alguma deliberação quando de sua realização” (Bim, 2014, p. 93).

As Audiências Públicas, segundo o Relatório de Pesquisa intitulado “Audiências Públicas no Âmbito do Governo Federal: análise preliminar e bases para avaliação”⁶⁴ elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada vinculado à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, apresentam três características, a saber:

“Um primeiro resultado encontrado é que as audiências públicas têm caráter consultivo e não deliberativo (Soares, 2002; Vasconcelos, 2000). Isso significa que, nas APs, o governo federal tem um espaço maior de discricionariedade de ação do que em outros fóruns participativos, tais como em conselhos gestores deliberativos. Assim, um dos objetivos da AP é gerar transparência sobre os atos governamentais, mas também identificar a opinião da população com relação a este ato. A população tem a oportunidade de se expressar e propor soluções para o aperfeiçoamento das ações, mas cabe à administração acatar ou não a contribuição popular.

Uma segunda característica definidora das APs está relacionada à sua perenidade. Diversas instituições participativas são perenes, com atribuições permanentes relacionadas a uma área de política pública. Este é o caso dos conselhos gestores de políticas. A existência de um conselho não está vinculada a uma ação governamental específica, pois é uma instituição que promove a articulação permanente entre Estado e sociedade civil. Por sua vez, as APs possuem caráter pontual e não permanente. As APs estão invariavelmente vinculadas a um processo

64

Disponível

em:

http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf. Acessado em abr. 2020.

decisório específico, seja a elaboração de um plano ou de normas regulatórias, a avaliação de uma ação governamental ou mesmo a correção de rumos nas políticas públicas. É útil ressaltar que as APs podem ocorrer em etapas, tais como as etapas regional (uma AP em cada região do país) e nacional (em Brasília) da AP para elaboração do Plano Nacional de Resíduos Sólidos ou mesmo as audiências com públicos distintos para licenciamento ambiental. Casos como este, entretanto, estão vinculados a um processo decisório único, não infringindo a definição básica de AP.

Uma terceira característica aponta que a audiência pública tem caráter presencial, não podendo ser realizada por outros meios, tais como pela internet (Soares, 2002; Mattos, 2004; Grau, 2011). O caráter presencial da audiência pública está intimamente relacionado à quarta característica, que é a manifestação oral dos participantes, não sendo do escopo de uma AP processos em que a opinião da população é sistematizada exclusivamente na forma escrita (Soares, 2002; Grau, 2010). Assim, além da presença física dos participantes, a manifestação oral propicia o debate entre os atores envolvidos, quinta característica definidora de AP (Soares, 2002; Grau, 2010; Barros e Ravena, 2011; Serafim, 2007). Este último ponto aproxima as audiências públicas de outros fóruns participativos, tais como os conselhos gestores, o orçamento participativo e as conferências de políticas. Ao mesmo tempo, esta característica distancia as APs de outras formas “individualizadas” de relação entre Estado e sociedade civil, tais como as consultas públicas e as ouvidorias públicas. Embora em diversas APs seja possível a participação de atores individuais, ela constitui-se em fórum de articulação entre o Estado e a sociedade civil, uma vez que a participação tem caráter coletivo, sexta característica.

Embora a AP tenha caráter coletivo e outras características a aproximem de um espaço onde grupos organizados se manifestam (como em conselhos e conferências), a AP não pode excluir atores não organizados do processo participativo. Assim – em sua sétima característica – uma AP é aberta a todo público interessado, organizado ou não. Isto se justifica porque as audiências podem tratar de questões que afetam indivíduos particulares. A relocação de um morador de área que irá ser inundada para a construção de uma hidrelétrica é assunto que afeta direta e individualmente alguns participantes. Em casos como este, a participação de tais indivíduos não pode ser cerceada, mesmo que não estejam vinculados a uma instância organizada. A possibilidade de manifestação de interesses e opiniões de cidadãos não organizados é uma diferença clara entre AP e espaços de participação com caráter formalmente representativo – como conselhos e conferências.”

O mencionado relatório ainda afirma que as audiências públicas no âmbito do Poder Executivo federal possuem objetivos múltiplos e variáveis. Essas variações dependem do tema da audiência pública, do objeto em discussão, do momento no qual é realizada, da legislação de referência, entre outros. Além disso, seus objetivos podem variar de acordo com tipo e perfil do participante, podendo ser diverso entre atores governamentais e da sociedade civil.

Do ponto de vista do governo, aponta o relatório que, um dos objetivos básicos da audiência pública é aumentar a publicidade dos atos da administração pública e dar publicidade aos atos da administração pública é princípio

consagrado no Direito Administrativo, sendo a audiência pública instrumento de manifestação de tal princípio. Além disso, as audiências públicas visam legitimar a ação governamental. Por legitimação, nesse contexto, entende-se que há um processo de debate e interação entre governo e sociedade que torna a gestão pública mais transparente e democrática e cujo resultado é, por um lado, uma maior capacidade do governo de incorporar as demandas da sociedade na tomada de decisão e, por outro, maior apoio às ações governamentais por parte dos atores envolvidos. Para que tal legitimação ocorra, a audiência pública deve ser pautada por três objetivos complementares, os quais podem se manifestar na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação de políticas públicas: aumentar a disponibilidade de informações para o ciclo de políticas públicas, ampliar a capacidade do governo de conhecer e incorporar as demandas da sociedade e fornecer transparência ao processo político e administrativo.

Do ponto de vista da sociedade, ainda segundo o relato do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, as audiências públicas têm objetivos que extrapolam os elencados anteriormente, tais como o objetivo relativo a construir capacidades entre os atores da sociedade civil. Nesse sentido, a mobilização e o debate na audiência pública são fatores que auxiliam na organização, articulação e construção de capital social. A audiência pública constitui, portanto, um locus de aprendizado político e de fomento à cidadania. Por incluir em seu processo cidadãos sem vinculação institucional, a audiência pública tem o potencial de fomento à organização de atores individuais, na medida em que o indivíduo percebe que seus interesses são comuns aos de outros, dando um caráter coletivo aos seus anseios e colocando-o em contato com outros indivíduos e/ ou organizações afins. A audiência pública tem, ainda, o potencial de difundir e popularizar o debate sobre a temática em questão. O caráter aberto e presencial da audiência pública faz com que, em diversos casos, elas assumam características de “grandes eventos”. Assim, as audiências públicas atraem o grande público e a mídia, contribuindo para difundir a temática para a população em geral e abrindo espaço para um debate amplo de tais temas na sociedade brasileira. A partir disso, as audiências públicas podem abrir janelas de oportunidade política para novas ações e políticas públicas, bem como podem induzir os atores políticos (governadores, prefeitos, entre outros) a se

comprometerem formalmente com ações e políticas em áreas afins ao tema da audiência pública.

A possibilidade de convocação de audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário pode ser considerada um fenômeno de ampliação do rol de legitimados ao controle de constitucionalidade, ao permitir que entidades da sociedade civil e cidadãos participem das discussões consideradas de relevância pública. As audiências públicas possibilitam a abertura do processo interpretativo à sociedade, vez que este processo não deve ficar sob o monopólio da sociedade fechada de intérpretes, dada sua incapacidade de apreender toda a extensão do problema em exame (Rosa, 2021, p. 26).

Em um cenário de restrição do acesso à jurisdição abstrata, a abertura dialógica própria das audiências públicas judiciais que obriga os juízes a interagir com a sociedade civil e ouvir o que ela tem a dizer, demonstra que esse instituto pode atuar como uma “fenda constitucional”, “por meio do qual novas vozes podem se agregar, mesmo que muito enfraquecidas, à construção judicial de sentidos da Constituição”, permitindo-se reconhecer a ocorrência do cenário fechado para um aberto do processo interpretativo (Nunes, 2017, p. 230-231).

Contudo, uma verdadeira democratização da interpretação constitucional exigiria que aquilo debatido pela sociedade aberta dos intérpretes pudesse influenciar de alguma forma a Suprema Corte e por isso a audiência pública é um importante espaço para a concretização da cidadania ativa, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito ao permitir o debate democrático sobre assuntos de relevância coletiva e que afetem toda ou parte da população. A audiência pública, dessa forma, pode ser compreendida como instrumento que viabiliza o diálogo entre a autoridade e a sociedade, espaço importante por permitir que o destinatário da norma, isto é, aquele que a vivencia, possa interpretá-la, ou, ao menos ajudar na construção de sua interpretação. Todavia, poderia concluir que a inclusão daqueles que vivenciam a norma afasta o “monopólio da interpretação Constitucional” (Habermas, 2014, p. 27-28), mas é possível verificar que existe um elo importante entre autoridade e sociedade, de modo que a interpretação deve se pautar e ser influenciada pela democracia.

Há necessidade de verificação sobre qual interpretação foi adotada, a forma ou maneira como se desenvolveu, que elementos da opinião pública e que

contribuições da ciência influenciaram realmente o juiz constitucional (ou as demais instâncias com força vinculativa) nos afazeres hermenêuticos (Habermas, 2007, p. 59).

A audiência pública se trata de uma garantia de se ouvir as pessoas interessadas antes de proferir decisões que possam afetar direitos e interesses, sendo esse um princípio clássico do direito constitucional e administrativo.

As audiências públicas se apresentam como ferramentas necessárias ao proporcionar o diálogo entre os diferentes atores envolvidos em casos complexos, tornado públicas ou gerando informações relevantes para a decisão a ser tomada. Nas audiências públicas, o Judiciário assume papel ativo na promoção de discussões públicas sobre questões complexas (Benedetti; Sáenz, 2019, p. 104), não se tratando as audiências públicas de uma mera sessão com a presença passiva do público, mas de espaço em que o público é parte interessada e ativa, com direitos de natureza processual a serem respeitados dentro da concepção do devido processo constitucional, e a decisão judicial proferida após a oitiva da sociedade deverá refletir melhor os anseios daqueles que terão que suportar seus efeitos (Rosa, 2012, p. 34).

Instrumentos como plebiscito, referendo e pesquisas de opinião ou abaixo assinados e declarações de organizações comunitários, segundo Bim (2014, p. 37) “estão longe de colher a vontade da população envolvida, como exige o texto constitucional”, ao passo que as audiências públicas são instrumentos que permitem a tomada de decisões a partir do amplo debatido pela sociedade realizado em seu bojo. As audiências públicas, porém, não possuem efetivo vinculativo.

As audiências públicas, para Rosa (2012, p. 39), têm como fim precípua “mostrar o posicionamento da sociedade em relação à matéria discutida e teve o mérito de despertar a atenção dos atores do processo e contribuir para a formação do convencimento e, assim, embasar o julgamento da causa”. No entanto, o autor complementa, que apesar da importância dada ao instrumento, não existem “elementos suficientes que conduzam à compreensão de que a audiência pública seja preponderante para o convencimento do julgador”.

Convém destacar a diferença entre as audiências judiciais e as administrativas. Na obra de Bim (2014, p. 49), menciona-se a concepção da

audiência pública na seara administrativa⁶⁵, asseverando a existência de corrente que indica a sua origem a partir dos princípios adotados pelo “direito anglo-saxão de ser ouvido antes de uma decisão que possa afetar direitos ou interesse”. Logo de antemão, convém mencionar a inexistência de previsão específica no ordenamento jurídico brasileiro sobre a realização das audiências públicas administrativas, exceto quando das disposições acerca das agências reguladoras, de que quando se trate de direito afeto à coletividade exista um direito à audiência pública. Seguindo o raciocínio de certa parte da doutrina, as audiências públicas, assim como a participação popular a partir do voto, seriam um desdobramento do contraditório, posto que se baseiam na participação dos interessados. Ocorre que, apesar desta semelhança, ambos não se confundem. Com relação a essa modalidade de audiência pública (administrativa), contém seu fundamento de validade no disposto no artigo 37, § 3º da Constituição Federal, ao passo que revela a participação popular como uma forma de controle da atuação da Administração Pública.

Em que pese a existência do instituto das audiências administrativas, imperioso se faz destacar o que será objeto deste estudo serão as audiências judiciais. Portanto, convém destacar para melhor compreensão, que, a partir deste momento, quando mencionarem-se audiências públicas, estar-se-ão referindo às que se realizam no âmbito judicial.

Tendo em vistas as considerações realizadas até o presente momento, nota-se que as audiências públicas se caracterizam como instrumento de inclusão

⁶⁵ Assim é que são variados os exemplos destacados por Bim (2014):

- a) Aplicação no direito ambiental, conforme resoluções 1 de 1986 e 9 de 1987 do Conama um enfoque para a utilização quando se busca informar e debater sobre o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), licenciamento ambiental (Res. Conama 9/1987);
- b) Lei de Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia (Lei nº 10.295/2011), regulamentação conforme art. 5º;
- c) Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), de acordo com o artigo 15 da Lei nº 11.105/2005;
- d) Incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, conforme Lei nº 8.080/1990;
- e) Contratações Públicas. Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007), e Parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2007);
- f) Auxílio ao escolher os gastos governamentais, segundo disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000);
- g) Efetuadas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, de acordo com previsão da Norma de Execução 95/2010;
- h) Para elaboração do Plano Diretor das cidades, conforme disposto no artigo 40, § 4º do Estatuto da Cidade;
- i) Coleta de opinião das comunidades tradicionais (artigos 6º, 12 e 15 da Convenção da OIT 169, aprovada pelo Decreto Legislativo de nº 143/2002).

do cidadão na vida pública. Tem-se como concepção das audiências públicas a inclusão para participação da “comunidade envolvida”, ou seja, da manifestação daqueles que serão afetados por determinada decisão. De acordo com Bim (2014, p. 42), todavia, “o equívoco ocorre porque o termo *comunidade envolvida* ou *afetada* geralmente não é utilizado em uma acepção ampla, mas restrita, excluindo todos os realmente interessados pela decisão ou futura decisão”.

As principais funções das audiências públicas, são: I) informacional; II) cooptação; III) ritualística; e IV) interativa. A primeira função busca apenas levar determinada informação ao público, sem necessária uma preocupação com a reação do destinatário. A segunda função diz respeito a “cooptar o público”, que basicamente seria esquivar-se de possíveis objeções, segundo esta função, o público é chamado a “participar”, a sua presença tem como papel não a colaboração, mas o afastamento de uma obstrução. A função ritualística, não se atenta ao anseio populacional, mas apenas ao cumprimento de um rito pré-estabelecido, o rito da audiência. Por último, tem-se a função interativa, a que verdadeiramente condiz com o instituto das audiências públicas, porquanto destaca a carência do Estado em olhar de modo sensível para os interesses resultantes dos anseios populacionais.

Ao tratar sobre as audiências públicas de modo geral, Bim (2014, 82-82) destaca a sua “aptidão, não missão, para formar o consenso e potencializar a transparência administrativa”. Inicialmente, imperioso se faz ressaltar que em alguns momentos o autor trata as audiências públicas judiciais e administrativas como institutos congêneres, o que, todavia, não se confunde. Especificamente quanto à aptidão para o consenso, o que o autor assevera é que, apesar de não existir um necessário atingimento de consenso ou pacificação social e, em diversas hipóteses, o que pode provocar até mesmo um acirramento dos ânimos, são as audiências públicas um instrumento que, em essência, não tem como fim precípua evitar o conflito, mas sim obter um amadurecimento das questões levadas ao Poder Judiciário.

No tocante à importância das audiências públicas para o ordenamento jurídico brasileiro, menciona-se o trecho do voto da Ministra Cármen Lucia, na ocasião do julgamento da ADPF 101, que versou sobre a permissão de importação

de pneus usados de países não participantes do Mercosul, em decorrência da necessidade de substituição dos pneus pelo aumento da frota de veículos novos:

A especificidade e a repercussão que abrangem o tema, somadas à necessidade de um exame mais acurado das razões e dos fundamentos veiculados na presente ação e melhor compreensão das questões aqui envolvidas, foram determinantes para a realização de audiência pública, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei n. 9.882/99, a qual ocorreu em 27.6.2008, ocasião em que especialistas manifestaram-se sobre suas teses, de forma a clarear ambas as proposições: contrária e favorável à impositação dos pneus usados e remoldados. (Grifei).

Lopes (2012, p. 71) pondera que o juiz não é capaz de aferir o que é bom ou ruim para a coletividade e, a partir da participação dos interessados, será possível alcançar uma decisão legítima e racional, de modo que imperioso democratizar a democracia, concedendo e ampliando os espaços dialógicos para que o povo possa participar e influir na construção do provimento estatal, admitir, no âmbito da interpretação e da aplicação do Direito, a existência de um interesse público e utilizá-lo como pressuposto dessa atividade. Rawls (1997, p. 56) assevera que as razões para recorrermos ao véu da ignorância ultrapassam a mera simplicidade, pois dar a cada um de acordo com seu poder de ameaçar não é um princípio da justiça, sendo necessário o ajuste das circunstâncias a posição contratual original para que a arbitrariedade do mundo seja corrigida e gere acordos justos, de maneira que as partes estejam situadas de forma equitativa e sejam tratadas de forma igual como pessoas éticas.

O judiciário, segundo Gargarella (2023), deve reconhecer seu lugar e papel no processo decisório como condutor e garantidor da discussão coletiva, bloqueando a possibilidade do processo decisório se tornar uma mera fachada a serviço de determinados grupos de interesse, devendo ainda se distanciar da passividade e do silêncio, do ativismo e da imposição de critérios próprios. A justiça pode vir a uma solução, ou a outra exatamente contrária àquela, sem receber a menor reprovação por isso, e simplesmente por optar por ponderar de forma diferenciada as teorias interpretativas que, de fato, decidem utilizar no caso concreto. A utilização dos princípios que regem a interpretação normativa diferencia o resultado da aplicação da norma no caso concreto a depender da atuação do órgão judicante e, mais específico, da forma como aquele que julga entende a ponderação das normas principiológicas.

A auscultação popular e o que ao final foi decidido deve possuir alguma relação, pois a apresentação de algo completamente desconectado perderia a razão de ser da auscultação, escondendo-se o verdadeiro propósito da participação popular (Haberle, 2007, p. 72), ao passo que a consideração sobre o que foi debatido demonstra que os debates serviram de base para a decisão, contudo, essa consideração não significa a abordagem individual de cada um dos pontos tratados, mas que essência do que foi debatido seja verdadeiramente considerada e não apenas mencionada de maneira genérica e despretensiosa (BIM, 2012, p. 91).

Não se pode olvidar que existe um grande desafio que, consoante muito bem ressaltado por Moisés (1990, p. 33), expressa-se na concretização de canais comunicativos que permitam uma “articulação entre o mundo das instituições democráticas e o terreno das demandas sociais”.

A interpretação por meio de uma construção dialógica, nesse sentido, permite a integração com a sociedade, sendo necessária a criação de espaços deliberativos que devem ir além de meras instâncias consultivas. O diálogo deve ser verificado em sua essência que permeia a participação de fala e oitiva em uma via de mão dupla. Aquele que fala recebe e o que recebe também fala. Assim se constrói a racionalidade de uma decisão amadurecida e ajustada aos anseios sociais. Tais constatações revelam que “o discurso, além de dever ser aberto ao mais íntimo da Sociedade, deve ser, no mínimo, apto a influenciar. Mas, para isso, os interlocutores, em especial, a Autoridade, devem saber que deverão estar sujeitos à influência” (Lopes, 2012, p. 46). A esse respeito é clara a percepção de Marona, Magalhães e Araújo (2022, p. 3), para quem “o cotejamento entre o conteúdo da AP [Audiência Pública] e a decisão final da Corte revela o subaproveitamento das APs [Audiências Públicas] na elaboração dos votos, o que estaria associado à tímida participação dos ministros nos eventos”.

A sociedade fechada de interpretes não deve mais ficar com o monopólio do processo interpretativo, dada sua incapacidade de apreender toda a extensão do problema em exame (Rosa, 2021, p. 26), sendo a audiência pública como mecanismo processual hábil no ordenamento jurídico brasileiro de participação da sociedade aberta dos intérpretes.

A abertura dos interpretes proporcionada pelas audiências públicas judiciais demonstram que elas se apresentam como instrumentos aptos para dissuadir a discussão sobre o questionamento da autoridade democrática do povo quando os juízes invalidam uma lei, ou seja, sempre que declaram a inconstitucionalidade de uma lei, coloca-se a questão de como se pode justificar que o ramo político do poder, que é o de maior legitimidade democrática em termos relativos, seja derrotado por aquele que, em tais termos, aparentemente, gozam de menor legitimidade.

3.4.1 EXPERIÊNCIA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS NO BRASIL

A audiência pública judicial se traduz na possibilidade de aproximação entre o Estado e a Sociedade por viabilizar a democratização do debate constitucional, produzindo maior legitimidade democrática às decisões judiciais, além de potencializar um debate plural, com participação de diferentes segmentos sociais, de modo a possibilitar a formação de um juízo mais completo, consciente e esclarecido acerca das matérias em discussão.

Ao abrir espaço para o debate livre, aberto e independente acerca de problemas socialmente relevantes, a audiência pública ganha mais relevância e se apresenta em como instrumento hábil para aplicação da teoria democrática defendida por Haberle. Apesar de instrumento hábil, inexistente um resultado específico para a audiências pública, uma vez que não se vota sim ou não, apenas colhendo-se elementos para um debate e exercício de um discurso dialético (Bim, 2014, p. 85). Sob essa perspectiva, o órgão julgador, apesar de não estar vinculado aos elementos obtidos a partir das audiências públicas, deve considerá-los como parte integrante da motivação para a qual caminhou a decisão. Conclui-se, segundo Moreira Neto (2006, p. 205), que “as orientações substantivas colhidas na fase instrutória só poderão ser contrariadas pelo órgão público competente para decidir sob motivação realista e razoável”.

Ainda a respeito do efeito não vinculativo, Bim (2014, p. 87-89) continua sua explanação afirmando que, conquanto notória a aplicabilidade das audiências públicas “não se pode transformar essa colaboração em imposição de vontade ao Estado sem direito e claro respaldo constitucional”.

Lopez (2012, p. 111) afirma que, até a promulgação da Constituição de 1988, havia discrepâncias sobre a viabilidade de instrumentos que aproximam a sociedade do Supremo Tribunal Federal, restando prevista a possibilidade de convocação de audiência pública judicial em duas leis publicadas em 1999 que disciplinam o controle concentrado de constitucionalidade, dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/1999), e sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882/1999), dispositivos legais que preveem a realização de audiência pública nos casos em que haja a necessidade de esclarecimento sobre matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos (artigos 9º, §1º e 20, § 1º da Lei nº 9.868/99 e art. 6º, §1º da Lei nº 9.882/99). Além das mencionadas leis, a audiência pública judicial está regulamentada pela Emenda Regimental nº 29/2009 do Supremo Tribunal Federal que regulamentou a convocação e a realização da audiência pública, incluindo-se o presidente do Supremo Tribunal Federal, além do Relator, como legitimado para sua convocação.

A primeira audiência pública convocada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ocorreu no âmbito da ADI de n. 3510, na data de 20 de abril de 2007, três anos após a publicação das leis de n. 9868 e 9882 (tratam respectivamente sobre a ADI e APPF), tendo como objeto a discussão sobre o conteúdo da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), especificamente a inconstitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos. Importante ressaltar que, nesta ocasião, o Ministro Carlos Ayres Brito, ao proferir despacho, em 2006, sobre a temática, ressaltou que a justificação da necessidade da audiência pública no caso se daria em razão de “possibilitar uma maior participação da sociedade civil entre a tamanha controvérsia constitucional, buscando também uma maior legitimação da decisão a ser tomada”. Outro ponto curioso sobre o julgamento é que por não haver até então um procedimento específico, adotou-se o disposto no regimento Interno da Câmara dos Deputados” (Rais, 2012, p. 82).

Ferreira (2012, p. 103-127) destaca o papel do Ministro Gilmar Mendes quando da presidência do tribunal entre os anos de 2008 e 2010, sustentando que

“foi um dos principais responsáveis por conduzir a discussão acadêmica sobre o controle de constitucionalidade a um patamar mais complexo e elevado”.

Outro enfoque bastante importante abordado por Rosa (2012, p. 37) ocorreu no âmbito do caso que versou sobre as cotas para ingresso nas universidades, de relatoria do Ministro Levandowski, uma vez que permitiu a inclusão de estudantes que não foram previamente inscritos por ocasião da convocação.

Duas audiências foram realizadas ainda sem qualquer procedimentalização, que foram realizadas por ocasião do julgamento de duas Arguições de Preceito Fundamental (ADPF) n. 101 e 54. Somente após esses casos destacados é que o Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental n. 22.

Sob a mesma perspectiva, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), atualizado pela Emenda Regimental n. 57 de 2020, também amparam a realização da audiência Pública. Conforme disposto nos artigos 154 e 155, que tratam no Título IV a respeito das audiências públicas, nestes artigos constam a necessidade de esclarecimento da matéria constante como requisito para a convocação da audiência pública judicial pelo relator. Da análise da normativa regimental, consta como procedimento a ser observado o que está previsto nos incisos do Parágrafo único do artigo 154. Convém destacar, nesse ponto, que o inciso I aponta que o despacho do relator é que divulga e fixa o prazo para indicação das pessoas a serem amplamente ouvidas (inciso I).

A edição da Emenda regimental, além de trazer um procedimento mínimo para a realização das audiências públicas, também ampliou os legitimados para convocação do ato, sendo não mais exclusivo do relator, estendendo ao Presidente da Corte no caso de ser o interesse de todo o Tribunal a sua realização. Além, também, de admitir que se realizassem audiências públicas em todas as espécies de processos de Competência Originária do STF (RAIS, 2012, p. 103). As normativas que tratam sobre as audiências públicas, em síntese, destacam o “seu caráter instrutório e de auxílio probatório”, uma vez que explicitam a necessidade de contribuição da participação de outras pessoas não relacionadas à lide para que sejam esclarecidas circunstâncias fáticas. (Guimarães, 2020, p. 239).

Ruas (2007) explicita que cabe ao relator disponibilizar as informações a respeito do objeto da audiência pública, além de instalar, encerrar, conceder a palavra, suspender a audiência ou cassá-la, em sendo o caso, a fim de que se garanta uma participação igualitária dos representantes da sociedade. É o papel do relator, portanto, fazer com que a audiência pública tenha a sua finalidade garantida, impedindo, de qualquer forma, que “não se restrinja a uma mera formalidade processual.” Segundo Rosa (2012, p. 37) “não há que se impor restrição ao acesso, naturalmente observadas as formalidades essenciais, para que o ato se realize nos parâmetros da razoabilidade.”

A quarta audiência foi convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, que não tinha um processo específico a ser julgado, mas as controvérsias existentes em casos que discutiam matérias similares. Teve-se como intento, portanto, a uniformização a respeito da temática. Imperioso frisar que a realização da audiência se deu no transcurso de 6 (seis) dias e, muito embora, tenham sido habilitados 50 participantes das 140 inscrições realizadas, permitiu-se uma colaboração de toda a sociedade a partir do encaminhamento de documentos, que seriam anexadas ao resultante das audiências (Lopes, 2012, p. 117). Assim, conforme explicitado por Rais (2012, p. 109-110), essa abertura dialógica caracterizou uma ampliação dos contributos para a tomada de decisão.

Outras foram as audiências que se seguiram sendo convocadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando se permitia a habilitação dos interessados, que muitas vezes deveriam, sob pena de preclusão, encaminhar uma série de documentação a determinado endereço eletrônico, a fim de comprovar certos requisitos exigidos pelo tribunal.

Com relação a esses requisitos, Lopes (2012, p. 119) destaca quais foram obtidos a partir do despacho do Ministro Relator Edson Fachin quando da realização da audiência pública no julgamento da ADPF n. 403, cujo intento era debater o marco civil da internet, bem como o cabimento legal de que o Poder Judiciário suspendesse o aplicativo WhatsApp. Adotou-se, na mencionada ocasião, os seguintes requisitos a serem comprovados para devida habilitação dos interessados: representatividade, especialização técnica e domínio do expositor ou da entidade interessada e garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos.

Convém ressaltar uma característica observada em algumas audiências é que certos Ministros estabelecem como requisito a resposta a uma série de questionamentos para ser possível a efetiva habilitação para participar do ato. Além disso, no tocante à sua publicidade, prevê o parágrafo único, V, do Regimento Interno do STF, que as audiências serão transmitidas pelos canais de comunicação do Poder Judiciário (TV Justiça, Rádio Justiça e Site da TV Justiça). (LOPES, 2012, p. 122)

Destaca-se, outrossim, que com o advento da nova sistemática do Código de Processo Civil de 2015, o artigo 983, § 1 previu a realização de audiência pública nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, bem como o artigo 1.38, inciso II no âmbito dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (Lopes, 2012, p. 124).

Guimarães (2020), analisou as primeiras 19 audiências realizadas pelo STF, buscando verificar questões como: I – perfil; II – estrutura; III – participantes; IV – exposições; e V – critérios de convocação e seleção.

Tabela 4- Lista das 19 primeiras Audiências Públicas realizadas no STF

TEMA	PROCESSO	DATAS	RELATORIA
Pesquisas com células-tronco embrionárias	ADI 3510	20 de abril de 2007	Ayres Britto
Importação de pneus usados	ADPF nº 101.	27 de junho de 2008	Cármem Lúcia
Aborto de fetos anencéfalos	ADPF 54	26 e 28 de agosto; 4 e 16 de setembro de 2008	Marco Aurélio
Judicialização do direito à saúde	SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355	27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009	Gilmar Mendes
Quotas raciais em ensino superior (ação afirmativa)	ADPF nº 186 e RE nº 597.285	3, 4 e 5 de março de 2010	Ricardo Lewandowski
Lei Seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias	ADI nº 4.103	7 e 14 de maio de 2012	Luiz Fux

Proibição do uso de amianto	ADI nº 3.937	24 e 31 de agosto de 2012	Marco Aurélio
Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia	RE 627.189	18 e 25 de fevereiro de 2013	Luiz Fux
Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia	RE 627.189	6, 7 e 8 de março de 2013	Dias Toffoli
Queimadas em Canaviais	RE 586.224	22 de abril de 2013	Luiz Fux
Regime Prisional	RE 641320	27 e 28 de maio de 2013	Gilmar Mendes
Financiamento de campanhas eleitorais	ADI 4650	Dias 17 e 24 de junho de 2013	Luiz Fux
Biografias não autorizadas	ADI nº 4815	21 e 22 de novembro de 2013	Cármem Lúcia
Programa "Mais Médicos"	ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035	25 e 26 de novembro de 2013.	Marco Aurélio
Direitos autorais no Brasil	ADI 5062 e ADI 5065.	17 de março de 2014	Luiz Fux
Internação hospitalar com diferença de classe no SUS	RE nº 581.488	26 de junho de 2014	Dias Toffoli
Ensino Religioso em escolas públicas	ADI 4439	15 de junho de 2015	Luís Roberto Barroso
Depósito Judicial	ADI 5072	21 de setembro de 2015	Gilmar Mendes
Novo Código Florestal	ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937	18 de abril de 2016	Luiz Fux

Fonte: Guimarães (2020, p. 240-241).

No levantamento realizado por Guimarães (2020), verificou-se que os discursos convocatórios das primeiras audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal revelam um caráter de “abertura para a participação popular que, a partir de suas contribuições, trariam maior legitimidade para os futuros julgamentos do tribunal e, conseqüentemente, uma democratização do processo judicial”.

LEAL (2014. p. 342), por sua vez, ao analisar as audiências públicas judiciais realizadas entre 2007 e 2012, elaborou a tabela a seguir:

	Lei de Biossegurança	Importação de pneus usados	Anencéfalos	Judicialização do direito à saúde	Política de cotas raciais	Lei Seca	Proibição do uso de amianto
Convocação	Carlos Ayres Brito (RELATOR)	Carmen Lúcia (RELATORA)	Marco Aurélio Mello (RELATOR)	Gilmar Ferreira Mendes (PRESIDENTE)	Ricardo Lewandowski (RELATOR)	Luiz Fux (RELATOR)	Marco Aurélio Mello (RELATOR)
Ministros presentes	4	4	3	3	3	3	3
Nº participantes	22	10	25	51	38	30	35
Participantes	Médicos, advogados, neurocientistas, biofísicos, bioéticos e antropólogos.	Empresários, ambientalistas, químicos e juristas.	Médicos, geneticistas, professores, antropólogos e bioéticos.	Magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, usuários, médicos, gestores do SUS e especialistas.	Associações, fundações, movimentos sociais, entidades e representantes dos Poderes.	Entes e órgãos estatais, juristas, fundações de defesa da vida, sindicatos de bares, hotéis e restaurantes.	Membros da saúde, secretarias ambientais, empresários, engenheiros civis, químicos, biólogos, bioquímicos e vítimas da exposição ao amianto.
Procedimento adotado	Dois blocos: contra e a favor da Lei 11.105/05. Cada bloco dispôs de 1h30min para a exposição.	Dois blocos: contra e a favor da importação.	Dois blocos: favoráveis e desfavoráveis à interrupção da gestação de anencéfalos.	Os participantes foram divididos conforme as temáticas previamente estabelecidas pelo Ministro Presidente. Cada dia de audiência pública correspondeu a uma temática.	O Ministro Relator previamente distribuiu os participantes, que basicamente se dividiram entre favoráveis e desfavoráveis à política de cotas.	O Ministro Relator previamente definiu as temáticas que gostaria que fossem esclarecidas.	Dois blocos: favoráveis e desfavoráveis à utilização do amianto.

Fonte: (LEAL, 2014, p. 342).

Da análise da tabela acima é possível verificar que das audiências o número máximo de ministro presentes foi 4 (quatro), ou seja, menos que a metade da composição máxima do Supremo. Também é possível que o número máximo de participantes se deu nas audiências públicas que versaram sobre a judicialização do direito à saúde, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes. Geralmente, a organização foi com a divisão em dois blocos de favoráveis e desfavoráveis. Saliente-se, ademais, que os habilitados possuíam alguma relação com a temática abordada.

Marona e Rocha (2017) destacam que mais de 400 participantes atuaram como expositores em audiências públicas judiciais realizadas até 2014, defendendo pessoal e oralmente seus pontos de vista ou das instituições que representavam. Variaram entre 11 e 50 expositores, dos quais as organizações sociais representaram 37% do total, seguidas pelos especialistas, que corresponderam a 30%. As entidades de classe e organizações profissionais superaram associações, movimentos e outros tipos de grupos. Quanto ao âmbito de

Fonte: Silva et al. (2022).

A figura demonstra uma atuação majoritária do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde que se referiram ao ‘programa “mais médicos”, judicialização do direito à saúde, internação hospitalar e audiências de interrupção da gravidez/feto anencéfalo.’ Também é possível observar que, no canto inferior direito, a Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária atuou distintamente nas audiências públicas que trataram sobre “queima de canaviais, fretes e novo código florestal”, funcionando como espécie de player conector no segmento mercado.

Sales (2022) destaca em seus estudos, que abarcou a análise de 18 (dezoito) audiências, que foi dado destaque para o fato que o instrumento causaria uma “ampliação das vozes” e uma “multiplicidade de perspectivas em jogo”, por isso seu “potencial democrático e legitimador”. Tais constatações, segundo a autora, foram verificadas especialmente nos discursos dos ministros Ayres Brito, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Ricardo Levandowski. Assim, o estudo indica que estariam as audiências públicas calcadas no “seguinte tripé: legitimidade, participação e informação”. Todavia, muito embora o discurso esteja atrelado às finalidades do instituto em comento, imperiosa se faz a análise da congruência entre o que se entende por sua aplicação e o que é aplicado de fato. Assim, como será analisado de forma mais específica adiante.

A audiência pública judicial se mostra como hábil instrumento a permitir a participação ativa da população nas decisões a serem tomadas, de modo a ser um instrumento importante para o exercício do princípio democrático e para o desenvolvimento da personalidade dentro de uma sociedade pluralista, fundamentos esses basilares da República Federativa do Brasil.

3.4.2 DIREITO ESTRANGEIRO: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS NA ARGENTINA

A pesquisa partirá de uma análise comparativa do procedimento adotado pela Argentina, para fins de verificar possíveis similitudes e possibilidade de aplicação no cenário brasileiro. Consoante explicitado por Benedetti e Sáenz (2019, p. 105), a implementação das audiências públicas teve o intuito de

“reconstruir uma imagem de autoridade legítima que havia sido minada durante as décadas passadas”. Na Colômbia, incorporaram-se as audiências por meio da reforma constitucional de 1991, na Argentina por intermédio da Acordada 30/2007.

Nesse sentido, convém destacar o estudo realizado por Sacristán (2009), que teve como intuito a comparação entre os procedimentos para realização das audiências públicas na Argentina e na Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo a autora, as audiências públicas podem ser vislumbradas na Argentina em duas etapas distintas, antes e depois da “Acordada 30/07”. Antes da referida legislação a causa de convocação de uma audiência pública, por meados da década de 90 esteve relacionada à quebra do Banco do Interior de Buenos Aires, motivo pelo qual foram apresentadas variadas causas ao tribunal. Nestes termos que foram convocadas audiências públicas quatro vezes e a que mais se destacou referia-se aos serviços aeroportuários:

(i) a audiência havia sido solicitada pelos deputados autores, pedido ao qual o réu concordou, e o Supremo Tribunal Federal convidou todas as partes, (ii) a audiência durou cerca de três horas e uma pluralidade de legisladores expôs, bem como o Promotor de Justiça; (iii) o chefe de gabinete e dois advogados falaram pelo arguido; (iv) embora o Presidente do STF tenha concedido 20 minutos para a apresentação, cada parte dispôs de 40 minutos para apresentar a pedido dos legisladores, com mais 10 minutos para formular as respostas aos argumentos das demais partes. (Sacristán, 2009).

Caso semelhante foi o da audiência celebrada em 23/11/1998, em pedido de um representante da província da banca do Senador Chaco em causa de competência originária da Corte Suprema. Outras das audiências mencionadas por Sacristán (2009) foram as que ocorreram em sede recursal no caso “Verbitsky,” bem como a que se realizou no caso “Mendonza”, este de competência originária da Corte. O último caso mencionado possui uma singularidade, uma vez que a convocação se deu por meio de uma resolução de 20/06/06 “regulamento no qual se insistiu que a finalidade da audiência era solicitar e obter, em matéria de contaminação ambiental,” “informação ou informação “pública”. Por último, também teve o destaque da autora o caso “Evelin Vásques”, que julgou o tema da extração compulsiva de sangue. Nesse caso, houve não apenas a convocação de audiência pública, mas também de *amicus curiae*, tendo sido ambos os pedidos indeferidos.

Tabela – Audiências Públicas realizadas na Argentina (parte 1)

Causa	Audiencia Pública	Sentencia	
		Fecha	en Fallos
"Verbitsky"	01/12/04 - 14/04/05	03.05.2005	328:1146
"Patitó v. La Nación"	23/04/08	24.06.2008	331:1530
"Mendoza" II	05 y 12/09/2006, 20/02/2007, 04-05/07/2007	08.07.2008	331:1622
"Gentini"	07/05/08	12.08.2008	331:1815
"Colegio de Abogados"	24/09/08	04.11.2008	331:2406
"Halabi"	02/07/08	24.02.2009	332:111
"Sánchez"	01/04/09	06.04.2010	333:335
"Schröder v. INVAP"	06/05/09	04.05.2010	333:570
"AFIP v. InterCorp"	16/07/08	15.06.2010	333:935
"Pellejero"	15/04/09	07.12.2010	333:2296
"Prov. de Catamarca"	28/04/10	31.05.2011	-
"Dino Salas"	18/02/09	13.12.2011	334:1754

Fonte: Benedetti e Sáenz (2019, p. 112).

Tabela – Audiências Públicas realizadas na Argentina (parte 2)

"Quisberth"	15/09/11	24.04.2012	335:452
"ADC v. PAMI"	22/11/12	04.12.2012	335:2393
"Santuario Tres Pozos"	28/03/12	18.12.2012	-
"Grupo Clarín"	28-29/08/2013	29.10.2013	336:1774
"Rodríguez v. Google"	21 y 29/05/2014	28.10.2014	337:1174
"Mendoza"	28-29-30/11/2007	19.02.2015	338:80
"Prov. de Santa Fe"	17/03/10	24.11.2015	338:1356
"Orellano"	10/09/15	07.06.2016	339:760
"Sindicato Policial"	13/08/15	11.04.2017	340:437
"Río Atuel"	14.06.2017	01.12.2017	340:1695
"Castillo"	16-17- 30 y 31/08/17	12.12.2017	340:1795

Fonte: Benedetti e Sáenz (2019, p. 113).

Sola (2023) menciona o caso do Grupo Clarín S.A, maior aglomerado de mídia Argentina e acrescenta que as audiências públicas são uma forma de oferecer informações à Corte. No caso em comento, houve uma grande comoção, inclusive, com a transmissão na mídia, contudo, sem que houvesse qualquer menção dos argumentos mencionados nos votos dos ministros da Corte Constitucional.⁶⁶ Apesar da inexistência de menção dos argumentos tratados na audiência pública, ainda assim o ato representou um avanço positivo, tendo em vista que a organização do seu procedimento se deu de maneira distinta e particular para o caso, contando com a existência de *amicus curiae* das partes e também por contar com cinco pessoas designadas para cada um dos que foram convidados pelo tribunal.

A respeito das especificidades da audiência pública e de suas características proveitosas, tem-se que:

⁶⁶ Traduzido do original: "los argumentos expuestos no fueron mencionados en ninguno de los votos de los ministros de la Corte."

Tudo isso é louvável, pois abre um bom caminho para o futuro dos processos constitucionais. Assegura a participação de *amicus curiae*, tanto na defesa das partes, quanto de pessoas e instituições habilitadas independentes em relação ao que for resolvido na sentença. [...] A Suprema Corte também teve uma inovação criativa e útil no segundo dia de audiência neste caso. Ele não se limitou a ouvir os advogados das partes e questioná-los sobre o que eles estavam expressando naquele momento, mas perguntou-lhes sobre as provas oferecidas como direito alegado. Certamente foi uma surpresa para os participantes que precisavam conhecer em profundidade os detalhes de um caso tão intrincado, mas estabelece uma regra prática útil para casos futuros. (Sola, 2023, p. 15).

Gargarella (2023) buscando repensar o papel da Corte Suprema na contemporaneidade, que conforme tratou Jeremy Waldron trata-se de “um desacordo” das sociedades plurais. São questões extremamente sensíveis como do aborto, da eutanásia, da política penal, dos limites da privacidade, dentre outros, que demonstram a complexidade da solução de tais conflitos. Segundo explicitado pelo autor, é possível verificar que, apesar do Judiciário contar com pessoas capacitadas para aplicação do direito, não é difícil deparar-se com o fato que as “sentenças judiciais confirmam o que poderíamos suspeitar de antemão, ou seja, que nossas divergências não são dissolvidas, mas reproduzidas na esfera judicial”.⁶⁷ O autor ainda assevera que existe uma profunda divisão não apenas na Argentina, mas na América, na totalidade, que faz com que a estrutura judicial seja vista de forma frágil e sujeita à instabilidade de decisões, posto que os órgãos colegiados demonstram mesmo internamente uma grande divergência sobre o mesmo tema.⁶⁸

⁶⁷ Traduzido do original: “Infinidad de sentencias judiciales nos ratifican lo que de antemano podíamos sospechar, esto es, que nuestros desacuerdos no se disuelven, sino que se reproducen en la esfera judicial”.

⁶⁸ No original, confira-se a tradução a partir de: “Del mismo modo, en la Argentina, el pasaje de Bazterrica a Montalvo (sobre la protección constitucional al consumo personal de estupefacientes); o de Fiorentino a Fernández (sobre la validez de las pruebas obtenidas sin autorización judicial), o de CHA a ALITT (sobre el valor de la privacidad y el derecho a obtener personería jurídica) nos hablan n solo de la fragilidad de la estructura judicial, y de las presiones a que pueden estar sujetos sus miembros (tema que aquí no me ocupa) sino, sobre todo, de los profundos y genuinos desacuerdos que separan a nuestros jueces.” En última instancia, cada decisión dividida de cualquier tribunal colegiado – pongamos, por caso, las de cualquier Corte Suprema- nos hablan de los profundos desacuerdos que pueden encontrarse aún en las instancias más relevantes de la estructura judicial, y aun entre los miembros más preparados de la comunidad jurídica. Es decir, aun en relación con los derechos más básicos, algunos de los miembros del tribunal piensan que la Constitución dice una cierta cosa, mientras que otra parte del mismo tribunal considera que la Constitución dice exactamente lo contrario (i.e., una parte considera que la Constitución ampara el consumo personal de estupefacientes, mientras que el resto del tribunal sostiene lo opuesto).

A transcrição de um dos atos convocatórios de audiências públicas ocorrida na Argentina foi coligida no estudo de Sacristán, nos seguintes termos:

[...] informar as partes e o amigo do tribunal apresentado que devem: a) informar no processo, até ao final do horário de expediente do dia 13 de abril, os dados de identificação das pessoas que comparecerão ao ato em nome ou acompanhando cada sujeito processual, até ao máximo de dez para as partes e cinco para o amigo do tribunal, incluindo os advogados e o orador; b) dar a conhecer da mesma forma os dados de identidade do orador que fará a alegação perante o Tribunal; c) Apresentar-se à sala de audiência até dez minutos antes da hora marcada para o início do ato; d) Apresentar, até ao dia 8 de abril, a súmula prevista no acordo n.º 30/2007, que deverá consistir numa exposição sinóptica cuja extensão não ultrapasse as quatro páginas por portaria, o procedimento de exercício do poder de nomeação dos juízes do Alto Tribunal favorecendo a representatividade e a participação, ou por sua própria decisão saudável.

Como mencionado por Sacristán, a acordata 37/2007 representou um grande marco para as audiências públicas ocorridas na Argentina, os principais destaques apontados pela autora foram: I – aplicação tanto para causas de competência originária quanto em sede recursal; II – a discricionariedade do ato convocatório, bastando a solicitação de ao menos três ministros⁶⁹; III - a adoção de um calendário semestral para o qual será dada publicidade; IV – a finalidade indicada como “que os desembargadores do Superior Tribunal de Justiça conheçam melhor a causa (“ouvir e questionar as partes sobre aspectos da causa”), reconciliar as partes “exortar as partes a buscarem soluções não conflituosas”, ou otimizar o trâmite [...]”. V – a liberalidade para que todos os Ministros possam interrogar os participantes; VI – a publicidade e o caráter de abertura das audiências públicas; VII – a designação de um *especialista* para cada parte na audiência informativa, com 20 minutos para explicar⁷⁰; VIII – apresentação prévia de um resumo escrito sobre o que será abordado na audiência.

⁶⁹ Neste ponto a autora tece uma crítica de que a audiência pública não será realizada em todos os casos submetidos ao tribunal, mas apenas aos que estiverem em consonância com o arbítrio de ao menos o número de ministros indicados.

⁷⁰ Menciona a autora que se trata de um tempo bastante inferior ao que é concedido na Suprema Corte estadunidense. Também acrescenta que não remete à norma a exclusão de que mais especialistas possam participar, nem especifica se ao tempo de 20 minutos inclui-se o interrogatório por parte dos Ministros, ou seja, se este se iniciará após os 20 minutos de explanação. Fato é que a autora deixa claro que a norma prevê o diálogo por meio não apenas da apresentação de argumentos por partes dos participantes da audiência, mas também dos questionamentos formulados por parte dos juízes.

Sola (2023, p. 16), ao estudar o caso Clarín, destaca que o direito deve ser tido como “um discurso a uma audiência geral”, cumprindo ressaltar, ainda, que “todos nós participamos de uma audiência verdadeiramente pública, não apenas os juízes e as partes, em uma decisão que poderia estabelecer um precedente constitucional”, acrescentando, ainda, que a atuação da Corte constitucional teria maior “prestígio” caso houvesse o debate público em casos emblemáticos da história da Argentina. Sobreleva que a existência de uma grave falha constitucional em termos de eficiência do discurso, posto que existem “circunstâncias em que um contra-argumento não é possível, uma forma de competição que protege os interesses do público da mesma forma que a competição nos mercados protege os consumidores”.⁷¹

A oralidade das Cortes estadunidenses oriundas da tradição oral que vem desde a criação das cortes federais. Ainda no tocante às normativas estadunidenses, Sola (2023, p. 11) cita a “Regra 28” que regula as alegações orais da Corte Suprema. Segundo o mencionado dispositivo, a oralidade tem como finalidade o esclarecimento argumentativo, tanto é assim que os juízes precisam ter necessariamente lido anteriormente os documentos, ou seja, existe a indispensabilidade de que os magistrados tenham acesso às petições apresentadas, até mesmo para que se evite a repetição das alegações ou dos argumentos que já tenham por eles sido aduzidos. Complementa, ainda, que não é recomendável que os juízes apenas “leiam o que foi apresentado pelos advogados”, posto que evidentemente tal postura feriria a oralidade. Ler seria o mesmo que reproduzir e não compreender e depois argumentar sobre o que foi levantado pela parte.

A Corte Constitucional argentina estabeleceu o procedimento das audiências públicas por intermédio da “Acordada 30/07”, estabelecendo o prazo máximo de 30 minutos para que cada parte faça suas alegações (§ 3º), havendo a possibilidade de que se proceda um requerimento de tempo suplementar, desde que devidamente fundamentado. Aquele que iniciar a audiência deve explicar de forma fidedigna o caso, indicando que os juízes do Tribunal interrompam com perguntas para que o advogado não fique no discurso planejado e deve conhecer

⁷¹ Traduzido do original: “circunstancias en que no es posible un contradiscurso, una forma de competencia que protege los intereses de la audiencia de la misma manera que la competencia en los mercados protege a los consumidores”.

as fragilidades e fortalezas de sua posição.”⁷² (Sola, 2018, p. 11). Isso ocorre, uma vez que o objetivo não é escutar uma explanação unilateral, mas sim promover um verdadeiro diálogo.

A partir da Acordada 30/07 a regulamentação para convocação de audiências públicas, como características cita-se: I - que são cabíveis tanto para causas originárias quanto às de segundo grau; II – a convocação se dá por meio da coincidência de ao menos 3 desembargadores; III – a possibilidade de que todos os membros do tribunal façam seus questionamentos; IV – tendo em vista que o objetivo da audiência é o de obtenção do melhor entendimento acerca do caso, é indispensável que os juízes questionem as partes para serem reconciliadas ou para que a tramitação processual seja otimizada; V – que seja adotado um calendário semestral para qual se dê publicidade; VI – que as audiências públicas sejam abertas ao público, inclusive sem prejuízo de que tenha a transmissão virtual; VII – à alegação do advogado de cada parte é o de 20 minutos, todavia, não se especifica se esse termo inclui o tempo das perguntas a serem realizadas aos juízes, ou se começaria o interrogatório após os 20 minutos de exposição; VIII – antes da audiência informativa é necessário apresentar um resumo escrito da exposição, apesar de não existir na norma a previsão sobre a sua extensão ou generalidade.

Campora e Navarro (2009, p. 823) destaca o papel das audiências públicas na Argentina e realiza uma comparação com a sua utilização em outros países como o Brasil e a Itália. Cita também a sua origem naquele país (Argentina) a partir da acordada 30/2007, prevendo a realização de três tipos de audiências distintas: uma informativa, uma conciliatória e uma ordenatória. Convém mencionar, para este trabalho, uma grande distinção das audiências realizadas na Argentina e no Brasil, uma vez que naquele país a convocação para o ato se dá, conforme o disposto no artigo 1º da acordada 30/2007, ao menos por três dos integrantes da Corte Suprema. Em comparação ao sistema existente no ordenamento jurídico brasileiro, apenas ao relator é cabível a convocação da audiência pública. Destaca-se, neste ponto, que a formação dos tribunais em termos numéricos é bastante distinta, uma vez que na Argentina são cinco os

⁷² Conforme tradução livre do texto original: “Los jueces de la Corte interrumpen con preguntas, por lo que el abogado no puede mantenerse en el discurso planeado y debe conocer las debilidades y fortalezas de su posición”.

membros que o compõem e no Brasil, 11. Isso leva à conclusão de que na Argentina existe uma menor arbitrariedade para que se convoque uma audiência pública, o que afasta em certo grau a liberalidade exclusiva do relator.

Ressalte-se que quanto à possibilidade de convocação das audiências públicas, Sacristán (2009) preleciona que:

Pode parecer natural que, na ação originária ou no recurso extraordinário, ou mesmo no recurso ordinário, se requeira que o STF, por meio do voto favorável de pelo menos 3 desembargadores, faça uso dos poderes emergentes do Ac. 30/07 e marcar audiência pública. Isso porque, em primeiro lugar, a liberdade de petição perante as autoridades decorre de um direito de hierarquia constitucional, não sendo vedado pelo acordo estudado; em segundo lugar, em dois dos precedentes citados, anteriores a 2007, as audiências eram públicas e convocadas mediante solicitação. Certamente, o pedido da parte, devidamente fundamentado, de convocação de audiência pública teria de ser resolvido, tempestivamente, fundamentando-se em abri-la ou rejeitá-la, já que isso nada mais é do que uma derivação do princípio republicano que exige as decisões de motivação, salvo disposição em contrário do legislador.

A autora ainda acrescenta que é a finalidade da audiência pública colocar, 'diante dos olhos do país', [...] diante do escrutínio público, sobretudo por meio do formidável motor da mídia presente na audiência pública - a fase processual em causa; mas isso apenas em casos específicos abençoados por - pelo menos - três ministros do Supremo Tribunal Federal'. (SACRISTÁN, 2009).

Tabela – Gradiente de usos e não usos de AP

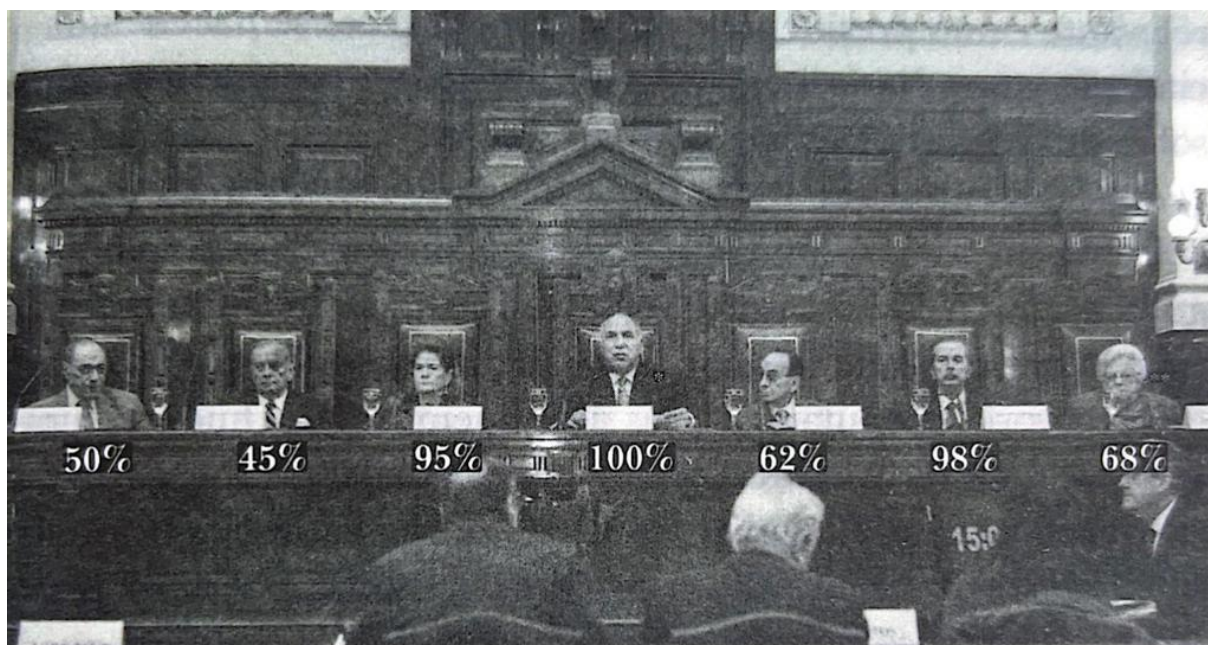
	No usos		Usos explícitos		
	Silencio	Minimalismo formal	Mínimo sustantivo	Moderado sustantivo	Intenso sustantivo
2005					"Verbitsky" (mayoría)
2008	"Patitó c. La Nación" "Colegio de Abogados"			"Gentini" (mayoría)	"Mendoza" II
2009			"Halabi" (mayoría)		
2010			"Sánchez" (mayoría) "Pellejero"	"Schröder c. INVAP" "Afip c. InterCorp" (mayoría)	
2011	"Prov. de Catamarca"	"Dino Salas"			
2012	"ADC c. PAMI"				"Quisberth" (mayoría) "Santuario Tres Pozos"
2013					"Grupo Clarín"
2014		"Rodríguez c. Google"			
2015		"Mendoza"		"Prov. de Santa Fe"	

Fonte: Benedetti e Sáenz (2019, p. 211).

Um dos pontos asseverados por Benedetti e Sáenz (2019, p. 141) foi o da presença dos integrantes da Corte Federal no decorrer das audiências Públicas. A título de exemplo, destaca-se que Ricardo Lorenzetti, compôs 33 jornadas de audiências, com uma assistência efetiva de 99%. Em segundo lugar, Carmen Argibay, que não integrou a primeira audiência sobre o caso "Verbitsky" e faleceu

nas últimas audiências que trataram sobre o caso “Rodríguez”, com uma participação de 95%.

Figura – Presença dos Ministros nas Audiências Públicas realizadas na Argentina



Fonte: Benedetti e Sáenz (2019, p. 141).

A figura acima demonstra o percentual de participação dos ministros, muito distinto ao verificado no cenário brasileiro, em que em muitas audiências verificou-se a participação exclusiva do relator, ou a de outros Ministros que apenas participam da convocação para posteriormente ausentarem-se por questões particulares.

Outro ponto interessante abordado por Benedetti e Sáenz (2015, p. 128) foi o do local de realização das audiências públicas, todas realizadas em um único cenário, sendo a sala de audiências da CSJN, inaugurada em 1942. Em alguns casos, a sala de audiência se torna uma extensão de um pátio em que são colocados telas e sistema de áudio para que aqueles que não puderam participar do ato tenham a oportunidade acompanhá-lo.

A forma de organização das audiências públicas se mostra importante, enquanto “o arranjo e os caminhos simbólicos e físicos que se desenham nesse espaço parecem reforçar a autoridade e a centralidade dos juízes presentes.”

Assim, para aqueles que realmente participam das audiências (fora do próprio elenco da Corte e outros funcionários) a sala de audiências se torna uma espécie de "espaço de movimento". (Benedetti; Sáenz, 2019, p. 133).

Benedetti e Sáenz (2015, p. 162) também ressaltam o fato de que os Ministros interrompem a fala dos participantes e fazem questionamentos sobre o assunto que está sendo tratado. Nesse sentido, imperioso acrescentar trecho de uma das audiências realizadas por meio do diálogo mantido em Schoroder c. Invap e o advogado:

Petracchi: - Tengo una sola pregunta que hacer, que para mí sería suficiente. Para Ud. Es una cuestión de puro derecho... por ese intento la acción por vía del amparo. A la actora no le interesa si están dados todos los medios de protección ... le interesa si es o nos un material radiactivo – eso nadie lo discute – y si es así, no debería entrar porque está prohibido por la CN. Esa es su posición?
 - Sí, exactamente.
 P.: - Muy bien, doctor, nada más.

O diálogo efetivamente realizado entre os membros da Corte e aqueles que participam das audiências públicas se mostra realizado na Argentina, uma vez que são todos preparados previamente sobre as questões a serem debatidas, formulando-se um rol de perguntas anteriores. Ou seja, diferente do que se pode vislumbrar na experiência brasileira, existe um verdadeiro diálogo, uma vez que não se trata apenas de permitir que o povo faça sua explanação, mas da realização de inquirições por parte dos Ministros. Apenas com a realização de questionamentos é que se percebe o verdadeiro interesse na realização da audiência e a efetiva troca de ideias que poderá levar a um amadurecimento da causa que legitima a decisão a ser proferida em um sentido de valores corretamente os interesses da sociedade, especialmente do grupo destinatário da decisão.

Por fim, não é possível deixar de salientar o entendimento exposto por Benedetti e Sáenz (2019, p. 115) ao destacarem os efeitos concretos das deliberações em sede das audiências na sentença prolatada pela Corte Suprema até dezembro de 2017, constatando que podem “exercer uma influência subliminar, sub-reptícia ou indireta nos votos dos desembargadores e que também se pode estabelecer uma espécie de ‘usos conjecturais’ das audiências”. Os autores comparam as práticas ocorridas na Argentina com as realizadas no

âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, identificando neste último uma “escassa presença dos ministros”, bem como destacando as observações tecidas por Tushnet (2015) que não denomina de audiências públicas todas as ocorridas no âmbito dos órgãos políticos, havendo que se diferenciar o número e o tipo de envolvidos no ato.

O estudo de Benedetti e Sáenz (2015, p. 260-263) busca, mais que identificar os fatores quando da realização das audiências públicas na Argentina, verificar o seu potencial de “modificar a forma como os pressupostos constitucionais são decididos”, isto é, identificar se existe um verdadeiro impacto do ato na forma como a Corte Suprema irá decidir. Segundo concluem os autores “[...] O fórum das audiências criou um espaço de participação e diálogo, antes inexistente, que prometia abrir a interpretação constitucional à 'participação cidadã'”. No entanto, os autores também concluem que apesar das audiências demonstrarem um grande potencial para abrir o debate constitucional, incentivar a participação cidadã e melhorar a qualidade das sentenças, foi possível observar um “desequilíbrio” em favor da Corte, enquanto por vezes se limitou a “possibilidade de constituir 'uma saída' para o monopólio decisório da Justiça Federal em matéria de interpretação constitucional”, bem como de funcionar como “uma válvula de escape” que permite aliviar o tipo de tensões que desencadearam à época a crise que marcou seu contexto de emergência”. Das dezenove audiências analisadas, em sete não foram mencionadas, ou apenas se destacou a sua realização de maneira formal. As doze restantes possuíram finalidades variadas, como “verificar a complexidade do caso e adotar um remédio adequado” ou “como fonte de apoio para algum argumento”, não havendo um envolvimento completo com as diferentes posições exaradas.

3.4.3 APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS ENTRE AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS E O AMICUS CURIAE

O *amicus curiae*, também conhecido como colaborador ou amigo da Corte, ou como fiscal da lei, possui origens no direito romano e aplicações do direito inglês e possui o papel fundamental de levar aos julgadores os sentimentos da sociedade civil e do Estado sobre consequências possíveis e sensíveis aos

mesmos que podem decorrer da futura decisão do caso em trâmite no Poder Judiciário.

O termo *amicus curiae*, em que pese a sua utilização sedimentada no direito brasileiro, não possuía menção expressa na legislação brasileira até a promulgação da Lei 13.105/2015⁷³ (Soares, Winkler, 2015, p. 2).

O *amicus curiae*, para Da Silva (2008, p. 26), é o cidadão participante da jurisdição que pode atuar diretamente do processo decisório ao oferecer memoriais e ao promover sustentação oral. Especificamente quanto ao cenário brasileiro, trata-se de uma figura que encontra relação histórica com um dos três princípios básicos gregos para a democracia, quais sejam: isonomia, isotomia e isegoria. Nesta última, ou seja, na isegoria é que se respalda o direito do debate à palavra que deve ser concedido a todos para que se obtenha uma concepção de cidadania em sua plenitude.

O *amicus curiae*, para Rosa (2012, p. 40), é aquele que, não está na defesa de interesse próprio, participa do processo e expõe suas teses e, às vezes, provas, a fim de contribuir para o julgamento da questão baseado em maior número de informações e/ou em informações mais aprofundadas, permitindo o que possibilita melhor compreensão da matéria e, por conseguinte, julgamento mais afinado com a realidade.

Bueno (2012, p. 139) apresenta o *amicus curie* como “um meio bastante útil pelo qual aquele que não é parte pode fornecer ao juízo informações ou análises legais que podem ser úteis para o proferimento de uma decisão mais equilibrada ou consentânea com o tipo de litígio”. Um ponto destacado pelo autor é a importância de que não haja qualquer interesse na causa pelo terceiro, o que se denominou como “*a desinterested source*”. Conceituando, Bueno (2012, p. 143) o *amicus curiae* como uma figura *sui generis*, como aquele terceiro que

⁷³ “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural, ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.” (CPC)

intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa. Ao trazer a experiência no direito estadunidense, Bueno (2012, p. 143), destaca que lá o *amicus curiae* passou de uma figura “neutra” para uma figura “interessada e parcial”, isto é: “De um *amicus* ‘neutro’ passou-se a um *amicus* ‘litigante’”.

Medina (2010, p. 17) apresenta o *amicus curiae* como terceiro que intervém em um processo no qual ele não é parte, com o fim de oferecer à Corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, bem como informações técnicas sobre questões complexas e que ultrapassam o campo legal ou, ainda, para defender os interesses de grupos por ele representados, que podem ser afetados pela decisão tomada, direta ou indiretamente.

Soares e Winkler (2015, p.3) destacam que a atuação do *amicus curiae* é importante enquanto “vem a somar para que se atinja uma solução mais justa, desempenhando seu papel fundamental [...] de levar aos julgadores os sentimentos da sociedade civil e do Estado sobre consequências sensíveis decorrentes da futura decisão no caso em trâmite no Poder Judiciário”.

Amicus curie representa uma—abertura no processo hermenêutico, possibilitando a intervenção de entidades representantes da sociedade no procedimento, em especial quando envolver questões que dizem respeito a direitos e interesses transindividuais (Rossetto, 2014, p. 156), vislumbrando-se, assim, que o *amicus curiae* pode servir como um instrumento de democratização do poder judiciário.

Necessário se faz enfatizar que o art. 138 da Lei 13.105/2015 traz alguns parâmetros para que se possa autorizar a participação do *amicus curiae* no processo judicial, dos quais se observa que para ser considerado como “amigo da Corte” deve se tratar de pessoa (natural ou jurídica), órgão ou entidade especializada que possua representatividade, a qual pode ser entendida como a qualidade “definida como aquela pessoa ou órgão que pode falar em nome de uma parcela significativa da sociedade” (Soares, Winkler, 2015, p. 6), de modo que “ainda que seja dispensável ao *amicus curiae* a demonstração de interesse jurídico na demanda, ainda assim ele deve demonstrar um interesse de caráter objetivo na demanda e a aptidão para representar determinado grupo ou

categoria” (Rocha, 2017, p. 70-71).

Outro parâmetro a ser observado é que para a habilitação do *amicus curiae*, se faz necessária a presença de requisitos alternativos permissivos, quais sejam: (a) relevância da matéria, (b) especificidade do tema objeto da demanda ou (c) repercussão social da controvérsia, de modo que não é qualquer processo em que será admitida a sua intervenção, mas tão somente naqueles em que a matéria discutida se mostra de suma relevância, ou que verse sobre uma temática bem específica (que justifique a participação de entidades técnicas naqueles assuntos, por exemplo) e em causas que possuam repercussão geral, ou seja, em que se discuta questões relevantes do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico⁷⁴.

Com efeito, há grandes debates na doutrina acerca de qual seria a natureza jurídica do instituto do *amicus curiae*, principalmente acerca do seu enquadramento como intervenção de terceiros. Sobre o assunto, Cabral (2014, p. 118-119) compreende que o *amicus curiae*, etimologicamente, se enquadraria dentro do conceito de terceiro e de intervenção, porém considerando as características próprias da intervenção de terceiros e o papel desempenhado pelo *amicus curiae*, este deve ser considerado como um terceiro *sui generis* e a sua intervenção considerada como atípica⁷⁵.

Coadunando com tal entendimento, Rocha (2017, p. 78-79) explica que o *amicus curiae* não pode confundir-se com a assistência processual em razão das diferenças entre os institutos, como os critérios para sua intervenção ou as suas

⁷⁴ O Código de Processo Civil prevê em seu art. 1.035, §1º que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

⁷⁵ Aquele que atua como *amicus curiae* decerto não se inclui no conceito de parte, pois não formula pedido, não é demandado ou tampouco titulariza a relação jurídica objeto do litígio. Também não exterioriza pretensão, compreendida como exigência de submissão do interesse alheio ao seu próprio, pois seu interesse não conflita com aquele das partes. E, dentro da conceituação puramente processual dos terceiros, devemos admitir necessariamente que o *amicus curiae* incluí-se nesta categoria.

[...]

Intervir tem raiz latina (*inter venire*) e significa “entrar no meio”. Assim, toda vez que alguém ingressar em processo pendente, tal conduta reputar-se-á interventiva. Entendemos que, diante do conceito de terceiro e da etimologia da palavra intervenção, deve ser considerada a manifestação do *amicus curiae* como intervenção de terceiros. Mas as semelhanças terminam por aí. Esta modalidade de intervenção guarda características próprias que a diferenciam das formas clássicas de ingresso de sujeitos estranhos ao processo previstas no CPC e que ganham similares em inúmeros ordenamentos estrangeiros. O amigo da corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica. (Cabral, 2004, p. 118-119)

consequências, como o deslocamento ou não da competência, porém argumenta que excluir o *amicus curiae* como forma de intervenção de terceiro seria afrontar axiomas basilares do processo jurídico, de forma que, considerando que o *amicus curiae* não é parte e nem coadjuvante de parte, o raciocínio lógico a que se leva é que ele se trata de terceiro face à relação jurídica controvertida.

Ademais, Soares e Winkler (2015, p.4) ponderam que, considerando a finalidade de participação do *amicus curiae*, seria possível defender que não se trata de modalidade de intervenção de terceiros e sim de uma forma efetiva de participação da sociedade na construção das decisões judiciais em casos de grande relevância, porém que como terceiro, aqui compreendido como aquele que não pode ser atingido diretamente pela decisão que afetar as partes, acaba por aproximar o *amicus curiae* dessa tipicidade e especificar uma modalidade de intervenção de terceiro *sui generis*.

Com efeito, esclarece Rosseto que:

Amicus curiae é a intervenção de terceiro no processo jurisdicional, que prescinde de interesse próprio na causa, a despeito de sua característica principal, que é a de oferecer subsídios, como forma de auxílio e fonte de conhecimento em assuntos específicos que demandem uma interpretação mais técnica, de modo a oportunizar amplo debate da questão posta em juízo.

O *amicus curiae* não possui, em tese, interesse em favorecer qualquer das partes, mas sim, discutir objetivamente teses jurídicas que irão repercutir na coletividade. Assim, em se tratando de questão *sub judice*, o *amicus* integrará a demanda para discutir objetivamente assunto de relevante interesse social, com vistas ao suporte fático e jurídico e os reflexos de determinada matéria na sociedade, na economia, indústria, meio ambiente, no biodireito, entre outros (Rosseto, 2014, p. 134)

Todavia, contrariando a posição de Rosseto de que o *amicus curiae* não teria interesse em favorecer qualquer das partes, até porque “seu interesse no litígio é decorrente do direito à participação no processo,” Rocha (2017, p. 79) argumenta que, em que pese o *amicus curiae*, não possua interesse jurídico na causa, ele acaba atuando mais como amigo da parte que como amigo da corte, pois mesmo não possuindo nenhuma relação direta ou indireta com os litigantes, ele possui interesse de alguma ordem que uma das partes se consagre como a vencedora, o que não deslegitima a intervenção do *amicus curiae*, vez que a função informacional exercida por ele pode contribuir para aperfeiçoar e pluralizar o processo de tomada de decisão (Medina, 2010, p. 169).

O grande traço distintivo, para Bueno (2012, p. 145), do *amicus curie* com aquelas catalogadas como de intervenção de terceiros, é fundamentalmente, a ausência de interesse jurídico, por ser afetado o *amicus curie*, direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, pela decisão a ser proferida em processo em que contendem outras pessoas.

Assim, o que se pode observar de todas as argumentações tecidas é que, em que pese seja difícil negar o enquadramento do *amicus curiae* como uma forma de intervenção de terceiros, pois de fato é um terceiro que intervém no processo, tal intervenção pode ser considerada como “*sui generes*”, haja vista que diferentemente das demais modalidades existentes de intervenção, o *amicus curiae* não possui interesse direto na controvérsia, atuando como um partícipe que visa influenciar e ajudar no desenvolvimento do processo para a construção de uma decisão mais coerente, mais realista, mais plural e, de certa forma, mais justa.

Ademais, importante destacar que a atuação do *amicus curiae* tem sido vislumbrada como uma forma de “democratizar a discussão sobre matéria decisória relevante” (Soares e Winkler, 2015, p.4), conforme destaca Sena:

Diante desta exposição e tendo em vista a necessidade de compatibilizar a atuação da Suprema Corte com uma abertura democrática participativa na construção do alcance da norma constitucional, pode-se inferir que o instituto do Amicus curiae vem contribuindo para diminuir o déficit de legitimidade democrática das decisões de nossa Corte Suprema. Isto porque, em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a elaboração de uma decisão e/ou provimento jurisdicional legítimo ultrapassa a atividade judicante, trazendo reflexos, também, para o tecido social e para os atores envolvidos na dinâmica da vida em coletividade, o que não pode ser desprezado pelo Estado, personificado, em sua atuação, nos órgãos públicos e instituições constitucionalmente designados. (Sena, 2017, p. 70-71)

Desta feita, o *amicus curiae* acaba por exercer um papel de suma importância para o aperfeiçoamento das decisões judiciais, em especial para aquelas que envolvem temáticas e direitos considerados como relevantes e/ou com repercussão geral, seja vislumbrando a atuação dele como um terceiro que possui interesse em defender uma causa que pode beneficiar mais uma parte do que a outra ou do que a própria Corte, em razão de atuar e ter mais conhecimento técnico, social ou jurídico do assunto, seja vislumbrando-o como um mecanismo de pluralização e democratização do Poder Judiciário e da Corte Constitucional.

O *amicus curiae*, de acordo com Da Silva (2008, p. 23-26), encontra fundamento e funcionalidade na teoria de Haberle, pertinente à sociedade aberta dos intérpretes, embora inexista legitimação para decidir, todavia serve para “aperfeiçoar os julgamentos da Suprema Corte”, por possibilitar a ampliação da democracia representativa, despertando o interesse no “povo” em aproximar-se dos tribunais, tal qual se propunha na esfera legislativa.

Convém destacar alguns importantes julgamentos que contaram com a participação do *amicus curiae*, sendo eles: a ADI n. 3614 (com a participação da Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná); a ADI n. 3277 (intervindo a Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE); a ADI n. 3768 (em que figurou a Associação de Usuários de Transportes Coletivos no Âmbito Nacional – AUTCAN).

A audiência pública, por sua vez, amplia o debate, tornando-o mais “plural, com participação de diferentes segmentos sociais, possibilitando a formação de um juízo mais completo, consciente e esclarecido acerca das matérias em discussão”. (Siqueira; Ramiro; Martins; Souza de, 2021). A audiência pública, segundo Benedetti e Sáenz (2016, p. 140), além de possuir caráter instrumental que visa a melhoria da qualidade da decisão judicial final nos casos concretos apresentados perante seus tribunais, também se trata de cerimônia pública cujo efeito pode ultrapassar os casos ao projetar o debate das questões.

Dando seguimento à diferenciação entre os institutos, convém destacar o estudo de Tushnet (2015) que faz uma diferenciação entre as audiências públicas e o *amicus curiae*, comparando a aplicabilidade dos institutos nos Estados Unidos e no Brasil:

Começo a parte analítica desta seção distinguindo o público das audiências da prática de *amicus curiae* dos EUA. As audiências públicas se assemelham à prática do *amicus curiae*, porque permitem que as partes interessadas apresentem seus pontos de vista ao tribunal. Eles diferem, porém, porque, na prática, do *amicus curiae* as apresentações são quase inteiramente por escrito; raramente a Corte permitirá que um *amicus curiae* participe da sustentação oral, e nunca mais do que um ou dois. Em contraste, as audiências públicas brasileiras envolvem apresentações presenciais de um grande número de participantes interessados. (Tushnet, 2015, p. 15).⁷⁶

⁷⁶ Tradução livre do original: “I begin the analytic portion of this section by distinguishing the public hearings from the U.S. *amicus curiae* practice. Public hearings do resemble the *amicus curiae* practice, because they allow interested parties to present their views to the court. They differ, though, because in the *amicus curiae* practice, the presentations are almost entirely in writing;

Rosa (2012, p. 60) quando aborda o discurso do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em abril de 2010, destacou o papel das audiências públicas e do *amicus curiae* como instrumentos para o “engrandecimento do Estado de Direito e para incrementar o desenvolvimento de uma sociedade evoluída, aberta e plural, condizentes, assim, com a teoria em estudo”. Nesses termos, o discurso de desenvolveu da seguinte forma:

Quando de veste o elitismo e se moderniza, favorecendo a transparência e o acesso dos jurisdicionados, ou quando ranqueia a palavra à sociedade, possibilitando-lhe, assim, real interação – como sói acontecer sempre que enseja audiências públicas e a colaboração voluntária dos *amicus curiae* -, amplia o Supremo o viés pedagógico inerente à jurisdição constitucional, sinalizando, ademais, que a interpretação e aplicação da Constituição são tarefas cometidas a todos os Poderes, bem como a qualquer cidadão. Ao assim proceder, alimenta e engrandece o Estado de Direito, ao tempo em que contribui para o desenvolvimento de uma sociedade evoluída, aberta e plural.

O estudo de Marona, Magalhães e Araújo (2022) verifica a hipótese do *amicus curiae* ser um fomentador da convocação da audiência pública, conforme se verifica a partir da tabela a seguir:

Tabela 3 – Associação entre as variáveis explicativas e a convocação da

	Processos sem AP		Processos com AP	
	Média	Desvio padrão	Média	Desvio padrão
Total de partes	1,47	1,16	2,33	2,32
Total de petições de <i>amici curiae</i> antes da convocação da AP	1,00	3,03	10,04	14,51
Total de notícias antes da convocação da AP	0,99	2,36	5,75	7,64

AP

Fonte: MARONA; MAGALHÃES; ARAÚJO (2022, p. 9).

Os autores identificaram estatísticas que corroboram com a hipótese de que “a repercussão social é um fator associado à convocação da AP”, de modo que a partir das análises feitas foi possível observar que “a cada aumento de uma petição de *amici curiae* ou de notícia há um aumento em média, respectivamente, de 14,8% e de 5,8% nas chances de convocação de uma AP”. Os estudos levaram

rarely the Court will allow one *amicus curiae* to participate in the oral argument, and never more than one or two. In contrast, the Brazilian public hearings involve in-person presentations by numerous of interested participants”.

a uma conclusão pela importância da repercussão social, avançando para outras hipóteses influenciadoras como a “aversão à derrota”, consoante será abordado de maneira mais aprofundada adiante.

Marinoni e Mitidiero (2008, p. 41-41) destacam que tanto a realização de audiência pública como a participação do *amicus curie* é decidida pelo Relator. Embora tenham como objetivo levar elementos para colaborar com o órgão judicante, diferencia-se o *amicus curiae* da audiência pública pela ausência de interesse na causa, fornecendo a tecnicidade ausente no juízo, ao passo que, na audiência pública, tem a participação daqueles que tanto possuem interesse na causa, sendo os verdadeiros destinatários da normal judicial formada a partir do ato decisório.

A distinção dos institutos tratada por Siqueira et al. (2021, p. 29) indica que, nas audiências públicas, tem-se o fim precípua de ouvir pessoas relevantes para trazer elementos para a formação da opinião dos julgadores em casos que possuem relevante interesse ou repercussão geral. De forma diversa, o *amicus curiae* constitui uma espécie *sui generis* de intervenção de terceiro em que se busca a participação de “órgão ou entidades especializadas, com representatividade, solicitam a intervenção no feito ou são convidadas a intervir pelo julgador com o fim de darem opinião técnica, social ou jurídica no caso em discussão”. Acrescente-se, ademais, que existe o requisito de que as audiências públicas sejam convocadas pelo órgão julgador, e no caso do *amicus curiae* a intervenção não depende exclusivamente da convocação, visto que existe a possibilidade inclusive de que seja requerida “pela própria pessoa (natural ou jurídica), órgão ou entidade com representatividade, dependendo do crivo do juiz apenas para aceitar (ou não) a sua intervenção e fixar seus poderes”. (Siqueira; Ramiro; Martins; Souza de, 2021, p. 30). Além disso, a partir da previsão do Código de Processo Civil, passou-se a prever a possibilidade de seja empregado em qualquer grau de jurisdição.

Além das diferenças explicitadas, também subsistem nos institutos em comento diversas aproximações, uma vez que ambos pretendem “aproximar os jurisdicionados deste poder, tão criticado por supostamente ser o mais distante dos cidadãos, bem como de subsidiar os magistrados com contribuições técnicas que vise essa aproximação dos cidadãos por meio das audiências públicas e, de

certa forma, pela atuação dos *amicus curiae*” (Siqueira; Ramiro; Martins; Souza de, 2021, p. 209).

O Supremo Tribunal Federal, como a casa que guarda a Constituição Federal e possui como competência maior, deve considerar fatores externos que influenciam no andamento das decisões que ali são proferidas. Sobreleva, pois, que não pode o mais alto tribunal do país “ficar recluso em si, confiando na infalibilidade de suas decisões ou mesmo que a mera aplicação estrita do Direito, sem considerar todo o conjunto de fatores sociais”. Quanto falibilidade do tribunal e necessidade de inclusão da sociedade, verifica-se que uma decisão justa deve compreender o processo de abertura dialógica com o povo, fazendo com que a inclusão dos jurisdicionados minimize a distância que permeia ainda o Poder Judiciário de seus legitimadores⁷⁷ (Oliveira; Silva; Amorim, 2018, p. 182).

Diante das exposições apresentadas, verifica-se que a audiência pública mais do que a simples intervenção de um terceiro capaz de trazer elementos técnicos ao juízo, têm o condão de trazer legitimidade democrática para as decisões judiciais ampliando a pluralidade de vozes no âmbito do tribunal. Especificamente quanto aos direitos da personalidade, a participação atividade da sociedade por meio das audiências públicas tem relevância distinta, posto que mais do que subsidiar o órgão judicante, trata-se de não permear a decisão apenas do crivo judicial, compatibilizando-se a orientação do tribunal com os interesses da sociedade e, de forma ainda mais singular, com os interesses da pessoa humana

⁷⁷ “Assim, tanto a audiência pública quanto o *amicus curiae*, cada um com as suas particularidades, acabam por instrumentalizar a teoria de Peter Häberle, promovendo uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição por meio da participação social em processos judiciais, e seguindo no sentido em que ensina o pensador de que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.” (HÄBERLE, 1997, p. 14), até porque “nada mais legítimo e democrático do que permitir a participação da sociedade como protagonista no processo de formação do convencimento e da decisão jurisdicional que irá repercutir, diretamente, sobre todos” (Oliveira; Silva; Amorim, 2018, p. 189).

4 AUDIÊNCIA PÚBLICA E A CRIAÇÃO DE NORMA JUDICIAL PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.1 DISCURSO COMUNICATIVO OU ESTRATÉGICO? INCOMPATIBILIDADES TEÓRICO-PRÁTICAS DOS FINS A QUE SE DESTINAM AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS:

O direito de participação nos processos de formação decisória impõe a observância dos argumentos levados aos tribunais. Neto (2006, p. 143) aponta que “quando alguém engaja em um esforço argumentativo, espera ser ouvido e respeitado, e poder interagir em igualdade de condições. A responsabilidade da comunicação depende do respeito mútuo entre os participantes nela inseridos”. Nesse sentido, apesar das audiências públicas serem “discursivamente defendidas como procedimentos democráticos, por outro há que se questionar se é possível falar em democracia no interior das instituições de justiça” (Vestena, 2010, p. 05).

Tashnet (2015), a partir do direito comparado, apresenta estudo sobre características dos novos métodos de interpretação constitucional, abordando as audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em especial as realizadas nos casos dos julgamentos que trataram sobre as pesquisas em células-tronco, a interrupção das gestações de fetos anencéfalos e a possibilidade de importação de pneus usados, destacando a participação de grande número de participantes, com uma variação de 10 a 50⁷⁸, e o enfraquecimento do sigilo das deliberações, identificando que “o relator geralmente divide os participantes em dois grupos, os que defendem a constitucionalidade e os que defendem a inconstitucionalidade. Os participantes foram amplamente retirados da sociedade civil, geralmente por meio de organizações comuns da sociedade civil” (Tashnet, 2015, p. 14).

⁷⁸ Conforme destacado por Tushnet (2015, p. 14) “The number of participants has been reasonably large, ranging from ten to more than fifty. Além disso, conforme traduzido do original “The rapporteur generally has divided the participants into two groups, those favoring a finding of constitutionality and those favoring one of unconstitutionality. The participants have been drawn widely from civil society, typically through ordinary civil society organizations”.

Guimarães (2012, p. 239) pondera que as audiências públicas, apesar de sua ideia e finalidade constitutivas⁷⁹, por vezes “criam oportunidade para que ministros e ministros se comportem estrategicamente em relação aos demais poderes da República, à sociedade civil, aos diversos grupos de interesses, e, também, internamente, em relação aos seus pares do Tribunal”. No estudo, a autora analisou inúmeros estudos realizados acerca das audiências públicas judiciais, pontuando que os elaborados MEDEIROS, 2007; MENDES, VALE, 2008-2009; LISBÔA, 2013; LEAL, 2014 que endossam o papel das audiências públicas como instrumento plural e democratizador, bem como de realização da sociedade aberta dos intérpretes, consideraram apenas questões teóricas desprezando as práticas, ou seja, não observaram o funcionamento e aplicabilidade das audiências públicas judiciais. Ao analisar os estudos de VESTENA, 2010; 2012; VIEIRA; CORRÊA, 2011; MOREIRA, 2011; LIMA, 2012; SILVA, 2012; LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014; LVES, 2014; FRAGALE FILHO, 2015; GODOY, 2017; GUIMARÃES, 2018, que abordam questões práticas, GUIMARÃES (2020, p. 243) pondera que tais estudos se basearam especialmente em críticas na forma bilateralizada e adversarial proposta, bem como alguns destacaram a ausência de muitos ministros nas audiências e, em muitos casos, constava-se com a presença apenas do relator e/ou presidente do tribunal.

O individualismo dos ministros e pouco ou quase nenhuma deliberação por parte do tribunal, segundo Mendes (2012), pode conduzir a uma ausência de diálogo social e para o risco de utilização das audiências públicas apenas para fortalecer mais uma funcionalidade ativista jurisdicional do STF, decorrente, na maioria, do desenho institucional que elas possuem.

Sales (2022) também busca realizar um estudo empírico para verificar a efetividade da participação social nas audiências públicas e a sua utilização como instrumento factualmente democrático ou que apenas possui uma pretensão democrática, porém, não concretizada na prática. O levantamento feito indica que foram realizadas 26 audiências públicas até 22 de junho de 2019, e delas, apenas

⁷⁹ Os discursos que primeiro estamparam a necessidade de realização das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, reverberaram o fim para o qual foi proposta a utilização deste instituto, ou seja, “a abertura para a participação popular”, a “legitimidade para futuros julgamentos no Tribunal”, e “democratização do processo judicial.” (Guimarães, 2020, p. 239).

18 ocorreram em sede de ações de controle de constitucionalidade, isso considerando que anualmente são muitas as ações julgadas pela Corte, a título de exemplo, em 2018 foram 305 decisões proferidas em ações de controle de constitucionalidade, o que evidencia uma baixa utilização do instituto. Em sentido semelhante, aponta que no período compreendido entre os anos de 2010 e 2017 foram julgadas 395 (trezentos e noventa e cinco) ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), ou seja, não se consideraram as outras ações como ADC, ADO e ADP. Das 395, em apenas 8 (oito) foram realizadas audiências públicas, o que representa um percentual de apenas 2% (dois por cento).

No tocante à parca utilização das audiências públicas, convém acrescentar a tabela originária do estudo de Marona, Magalhães e Araújo (2022), que reflete a baixíssima incidência das audiências públicas no âmbito do STF.

Tabela 5 – Taxa de incidência das APs no STF por ano de distribuição

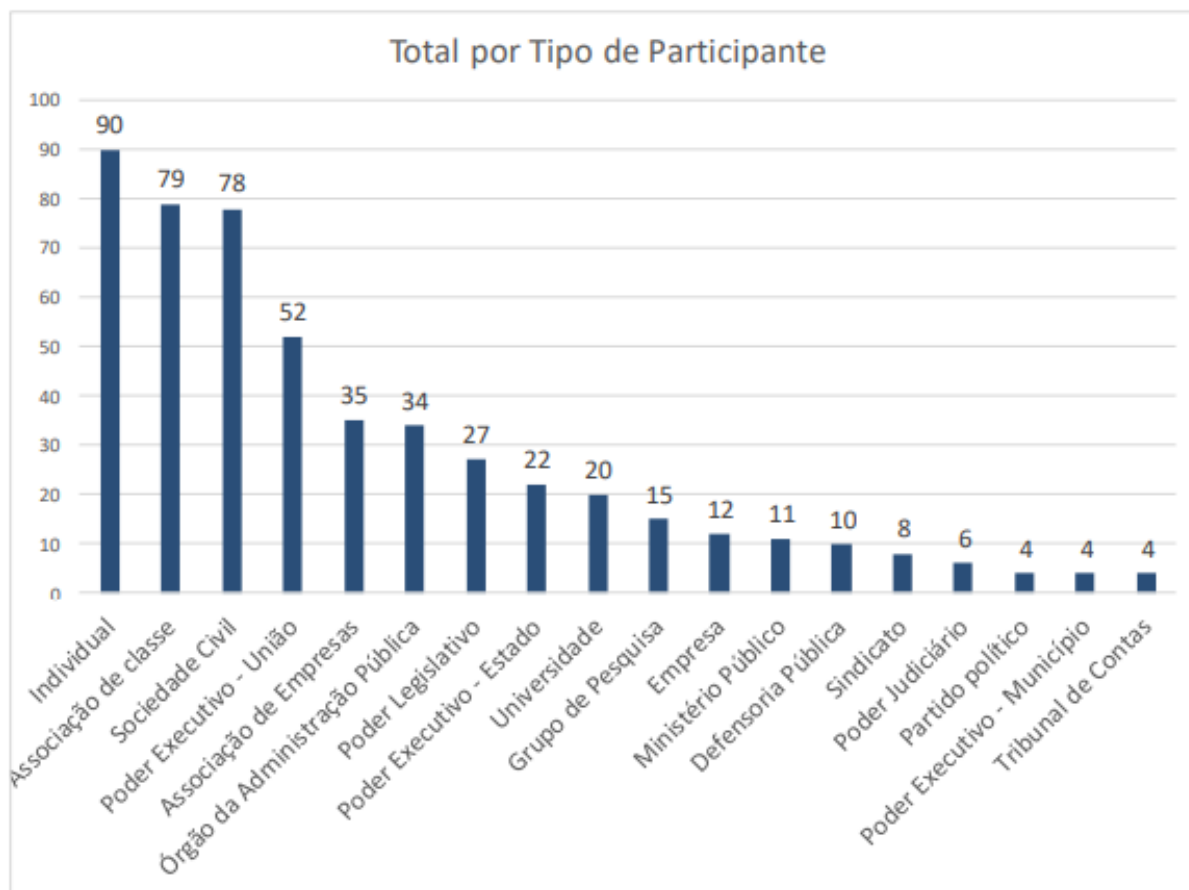
Ano de início das ações	Ações de controle concentrado distribuídas	Total de ações com AP	Taxa de incidência
1998	178	0	0,00%
1999	191	0	0,00%
2000	265	0	0,00%
2001	227	0	0,00%
2002	215	0	0,00%
2003	316	0	0,00%
2004	295	1	0,34%
2005	289	1	0,34%
2006	215	1	0,46%
2007	189	1	0,53%
2008	216	1	0,46%
2009	225	1	0,44%
2010	174	1	0,57%
2011	192	2	1,03%
2012	205	1	0,49%
2013	217	4	1,81%
2014	132	0	0,00%
2015	291	0	0,00%
2016	257	2	0,77%
2017	318	2	0,63%
2018	244	1	0,41%
2019	327	3	0,91%
2020	499	2	0,40%

Fonte: (MARONA; MAGALHÃES; ARAÚJO, 2022, p. 5).

Apesar de as audiências públicas terem como uma de suas finalidades a criação de um espaço para um debate plural, o que se vislumbra na prática é que

a diversidade de participantes não é tão grande quanto se imagina. Tal informação é o que se demonstra a partir do gráfico abaixo, em que foram divididos por grupos de interesses. Das audiências analisadas por Guimarães (2020, p. 258), identificou-se um total de 511 participantes, sendo que desses, a maioria, ou seja, 22% representavam interesses privados, 15% interesses difusos (sociedade civil) e 17% interesses do poder público.

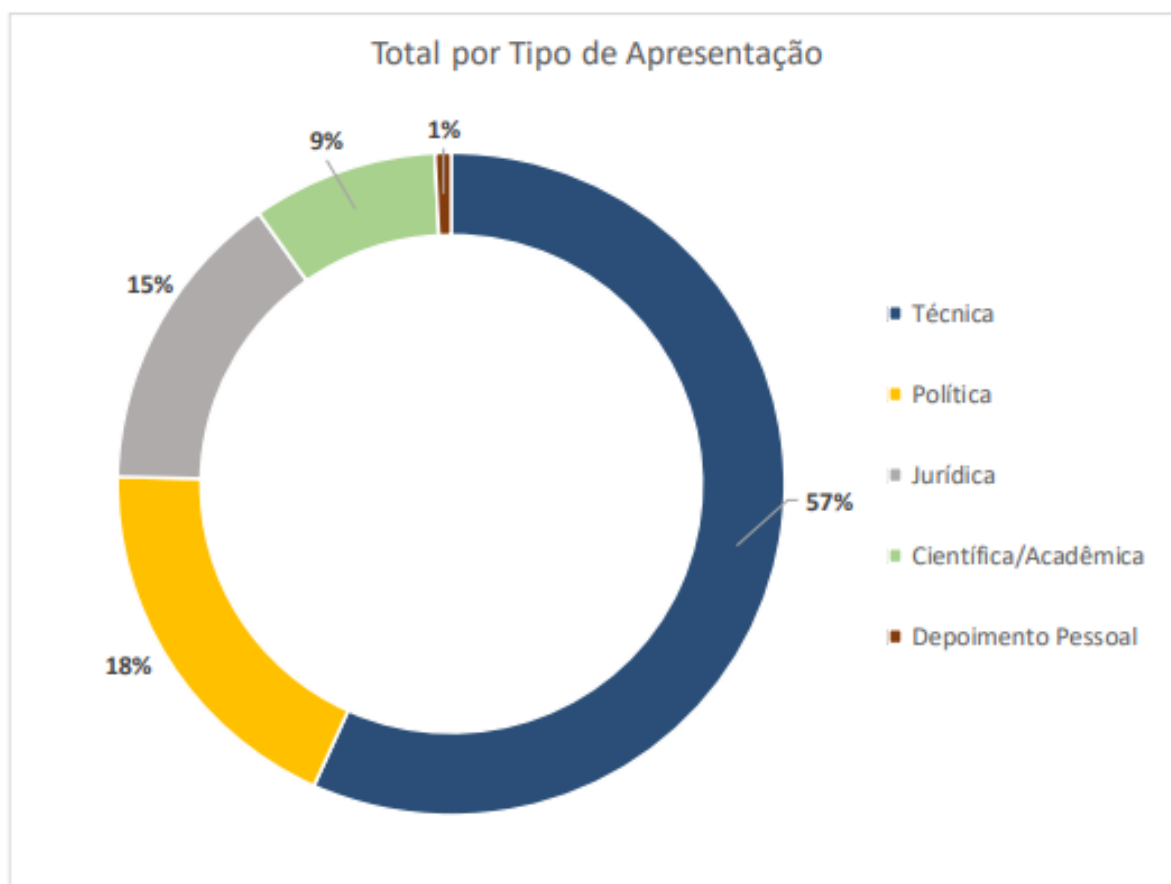
Gráfico 1: Tipos de Participantes nas 19 audiências Públicas no STF



Fonte: Guimarães (2020, p. 258).

No tocante à representatividade, o gráfico abaixo demonstra que 57% estiveram atrelados a um tipo de participação técnica, enquanto 18% estiveram relacionadas à participação política, 15% com fins jurídicos e, por último, 1% como forma de depoimento pessoal. O percentual correspondente à participação da sociedade civil seria ainda menor caso não fosse considerada a audiência pública sobre o ensino religioso em escolas públicas, que contou com uma participação representativa da sociedade civil referente a 58% do total de representantes (Guimarães, 2020, p. 260).

Gráfico 2: Total de Audiências Públicas por tipo de apresentação



Fonte: Guimarães (2020, p. 260).

Tais constatações reverberam a um “questionamento sobre a potencialidade de democratização do tribunal”, posto que, em maior parte (57%), foi a parte da população que contribuiu com algum conhecimento técnico, o que levaria a crer o tipo de linguagem utilização durante o ato. Neste ponto é que se questiona sobre as audiências serem utilizadas ou como mero instrumento instrutório, ou simplesmente, porque tal circunstância poderia camuflar a sua utilização como um mecanismo de lobby (Guimarães, 2020, p. 261).

Não existem critérios objetivos para a convocação de uma audiência pública, que pode ser utilizada pelo relator a depender de sua exclusiva verificação de necessidade. Marona, Magalhães e Araújo (2022, p. 8) apresentam que alguns dos fatores, as motivações utilizadas para justificar a convocação sugerem que a audiência pública seja uma “mera formalidade e não tenha nenhum impacto real sobre as decisões dos ministros”.

Guimarães (2020, p. 257), ao analisar a imagem da audiência pública que tratou sobre o Código Florestal, ocorrida em 18 de abril de 2016, assevera que há divisão e afastamento dos ministros e operadores judiciais daqueles que seriam ouvidos pelo tribunal, bem como do público presente no ato. Esta imagem evidencia que “há uma dificuldade de operacionalização das audiências públicas como espaços próprios para a realização de diálogo social”. Além disso, poucas foram as interações dos ministros com os que compareceram às audiências e que teoricamente estariam sendo ouvidos pela Corte.

Figura 3: Audiência Pública sobre Código Florestal (18/04/2016)



Fonte: Guimarães (2020, p. 257)

O Supremo Tribunal Federal, pelo seu desenho institucional, tem se tornado um importante ator no cenário nacional de jogo político (Guimarães, 2020, p. 244), de maneira que não se pode deixar de considerar que a Corte não se encontra alheio ao *venue-seeking*, atuando como um dos *policy players*, buscando contemplar de maneira estratégica os seus intentos políticos (Taylor, 2008, p. 04). Sob essa perspectiva, Guimarães (2020, p. 245 e 247) destaca que o Supremo Tribunal Federal se tornou um ator com centralidade na vida política do país, e “as ferramentas de abertura social, especialmente as audiências públicas e o *amicus curiae*, propiciam e facilitam essa nova interface do Judiciário com a sociedade e os mais diversos grupos de interesse que o compõem”, ponderando, ainda, que o acolhimento de certa estratégia por parte dos ministros poderá variar conforme a temática abordada e o fim que se busca atingir.

Oportuno destacar que o exercício da democracia está diretamente relacionado tanto à “possibilidade de se expressar”, quanto a “capacidade de ser

ouvido e de poder influenciar na decisão”. Desse modo, caso não exista essa efetiva interação estado-sociedade, a legitimação da decisão resta prejudicada. Existe uma distinção clara entre explanar e dialogar. O diálogo ou debate intrínseco às audiências públicas não possui qualquer relação com a simples exposição de argumentos que nem sequer serão considerados nos votos dos Ministros. Nesses termos, Guimarães (2020, p. 255) acrescenta que o espaço físico em que se realizam as audiências não favorece a troca de ideias e argumentos e a estruturação se faz em um sentido não-dialógico, a partir do qual as pessoas se arranjam em uma lógica adversarial e não comunicativa, “favoráveis *versus* desfavoráveis”, como ocorreu na ADPF 101, divididos aqueles que eram a favor e os que era contra a importação de pneus usados.

O diálogo, pois, envolve uma troca, compele não apenas bilateralidade, que é própria do processo, mas sim multilateralidade, em que muitas são as vozes dos atores e atrizes que comparecem ao ato para serem, ao menos, ponderadas. Diferente do que ocorre na Argentina, em que a convocação é feita ao menos por três das cinco autoridades que compõem a Corte Constitucional, no Brasil há uma maior arbitrariedade, posto que a convocação das audiências públicas judiciais se realiza exclusivamente a critério do relator ou, como incluso pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pela intenção manifesta do presidente. Nesse sentido, Marona, Magalhães e Araújo (2022, p. 3) ressaltam que existe um grande individualismo na atuação dos ministros, que por vezes não se preocupam em efetivamente “dialogar” com os participantes das audiências públicas. Além disso, destacam que o regimento interno do STF também não foi capaz de trazer critérios objetivos para a convocação do ato.

As normas que possuem uma base principiológica carecem do papel dos ministros e ministras em interpretá-las, o que fazem por vezes por meio da influência em um processo de construção, desconstrução, ou ainda, reconstrução de políticas públicas (Guimarães, 2020, p. 246). A respeito do ativismo judicial, tem-se o seguinte entendimento:

[...] não se deduz, necessariamente, ser impossível criar qualquer forma de controle interno sobre a racionalidade das decisões. Trata-se de uma afirmação filosófica que equivale a dizer “não é mais possível pensar a verdade em sentido clássico, como adequação das representações às coisas”. A “verdade, assim como o direito”, é uma construção que cabe,

como veremos, a uma comunidade *plural* de intérpretes em conflito. (Rodríguez, 2013, p. 159).

Marona, Magalhães e Araújo (2022, p. 2) partem de argumentos utilizados em *judicial behavior studies* para averiguar a “utilização estratégica de mecanismos institucionais à disposição dos julgadores”, como nas audiências públicas. O estudo parte da idéia de que podem ser as audiências públicas utilizadas como instrumento individual de poder. Os autores ainda se utilizam de duas hipóteses para explicar a convocação de uma audiência pública, sendo a primeira a de repercussão social do tema, e a segunda a de aversão à derrota por parte do relator do processo.

A audiência pública judicial, segundo apontado por Guimarães (2020, p. 244), é utilizada como instrumento não apenas de um viés democratizador, mas também manipulativo, haja vista que “as exposições orais e audiovisuais transmitidas ao Tribunal podem exercer a função de ferramenta de lobby”, podendo, inclusive, a convocação de uma audiência pública ter como intuito o direcionamento para certa decisão, uma vez que a composição dos participantes da audiência pública poderá influenciar no jogo, vez que suas exposições podem influenciar ou pressionar os tomadores de decisão a seguir determinado posicionamento.

Aqui oportuno se faz trazer o entendimento de Lobby apresentado por Mancuso e Gozetto (2018, p. 120) para quem se trata de “a iniciativa de agentes sociais de contatar membros do Poder Público, que são capazes de tomar decisão, para que os interesses desses agentes sejam representados”, estaria, desta forma, a atividade do lobby relacionada a defesa de interesses e demandas de segmentos sociais, passíveis de serem afetadas por determinadas decisões.

Partindo das considerações sobre a existência de Lobby no âmbito dos Tribunais Superiores, verifica-se que as habilidades dos juízes, como estrategistas do cenário político, podem ser utilizadas como forma de influenciar na decisão de outros e de conduzir o desenho institucional, à medida que seja esse de seu interesse (Guimarães, 2020, p. 250).

A análise feita por Guimarães (2020) parte da utilização de documentos oficiais, como despachos e editais convocatórios, forma de inscrição e habilitação,

cronograma de trabalho, discursos nas audiências com acesso em vídeos e notas taquigráficas disponibilizadas, sistematizando-os para traçar um perfil de atuação.

A partir da verificação do conteúdo dos discursos, foi possível identificar

(...) uma dissonância parcial entre o discurso produzido pelo Tribunal a respeito do papel das audiências públicas e a sua prática. Em seus discursos, os ministros e ministras afirmaram que as audiências servem para a) instruir o Tribunal; b) democratizar o Tribunal (no sentido de uma democracia participativa); c) legitimar as suas decisões; e d) criar um espaço de diálogo social. (Guimarães, 2020, p. 254).

Alguns dos problemas identificados nas audiências públicas correspondem

a:

Esse mecanismo de participação parece estar apto a atender apenas ao seu papel instrutório, deixando deficitárias as demais funções anunciadas nos discursos. Isso porque a ferramenta apresenta problemas (i) de estrutura e organização; (ii) na seleção de participantes e (iii) na admissibilidade e na acessibilidade. Esses problemas levam a um questionamento sobre as outras funcionalidades elencadas na lista dos ministros do STF. (Guimarães, 2020, p. 255).

As audiências públicas são apontadas por Almeida (2015) como ferramentas de litígio estratégico, associadas à utilização mais eficiente do sistema de justiça para a solução de problemas complexos e persistentes.

As falas dos ministros, especialmente representadas nos atos convocatórios, e aquilo que é verdadeiramente posto em prática, para Sales (2022, p. 73) são incongruentes, pois, apesar de reconhecerem em seus discursos a importância das audiências públicas, mostram que os debates realizados foram irrelevantes para a sua formação de opinião, como se pode observar no quadro a seguir:

Tabela 6 – Audiências Públicas em Controle Concentrado

Nº do Processo	Temática Discutida	Ministros Presentes na audiência	Nº de Pessoas que se manifestaram	Critério de admissão dos expositores
ADI nº 3.510. (antes da ER 29/09).	Pesquisas com células-tronco embrionárias.	Ellen Gracie (presidente), Ayres Britto (relator) Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes Total: 4	22	A admissão se restringiu aos indicados na petição inicial, pelo presidente da República e <i>amicus curiae</i> .
ADPF nº 101 (antes	Importação de pneus usados.	Gilmar Mendes (presidente),	11	Foi fixada data para que os participantes do

da ER 29/09).		Cármem Lúcia (relatora) Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto Total: 4		processo indicassem os expositores. Após, foi realizado sorteio entre os indicados.
ADPF nº 54. (antes da ER 29/09).	Interrupção de gravidez - Feto anencéfalo.	Gilmar Mendes (presidente), Marco Aurélio (relator) Total: 2	25	Foram convidados os indicados pelos participantes do processo, bem como admitidas algumas entidades e autoridades que manifestaram interesse.
ADPF nº 186 (após a ER 29/09)	Sistema de cotas.	Gilmar Mendes (presidente) Ricardo Lewandowski (relator) e Joaquim Barbosa Total: 3	42	Foi aberto edital de convocação pública e realizada habilitação considerando (i) a participação dos diversos segmentos da sociedade e (ii) a variação de abordagens sobre a temática.
ADI nº 4.103. (após a ER 29/09).	Proibição da venda de bebidas alcoólicas. Obs. Processo não julgado (em 22/07/2019).	Não foi possível coletar o dado. Notas taquigráficas não disponíveis eletronicamente.	30*	Foi aberto edital de convocação pública e realizada habilitação sem menção aos critérios de escolha. Também houve a expedição de convites, de ofício, pelo min. relator.
ADI nº 3.937. (após a ER 29/09)	Proibição do uso de amianto.	Não foi possível coletar o dado. Notas taquigráficas não disponíveis eletronicamente.	35*	Foi aberta ao requerente da audiência (Instituto Brasileiro do Crisotila, amicus curiae) e a demais interessados a oportunidade de indicação de órgãos técnicos e especialistas, sem menção aos critérios de escolha.
ADI nº 4.679, ADI nº 4.756, ADI nº 4.747 e ADI nº 4.923 (após a ER 29/09)	Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil.	Luiz Fux (relator) Cármem Lúcia Total: 2	30	As inscrições foram abertas aos interessados, a entes estatais e a pessoas jurídicas sem fins lucrativos, sem menção aos critérios de escolha.
ADI 4.650. (após a ER 29/09)	Sistema de financiamento de campanhas eleitorais.	Luiz Fux (relator) Total: 1	30	Foi aberto edital de convocação pública para pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, mas de adequada representatividade, e pessoas físicas de notório conhecimento nas áreas envolvidas, e realizada habilitação sem menção aos critérios de escolha.

ADI nº 4.815 (após a ER 29/09)	Biografias não autorizadas.	Não foi possível coletar o dado. Notas taquigráficas não disponíveis eletronicamente.	17*	Foi aberto edital de convocação pública e realizada habilitação sem menção aos critérios de escolha, apenas condicionando à circunstância do interveniente não possuir ações pendentes na Corte sobre o tema. Também houve a expedição de convites, de ofício, pela ministra relatora.
ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035 (após a ER 29/09)	Programa “Mais Médicos”.	Não foi possível coletar o dado. Notas taquigráficas não disponíveis eletronicamente.	28*	Foi aberto edital de convocação pública e realizada habilitação sem menção aos critérios de escolha. Também houve a expedição de convites, de ofício, pelo min. relator.
ADI nº 5.062 e ADI 5.065. (após a ER 29/09)	Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil.	Luiz Fux (relator) Total: 1	24	As inscrições foram abertas aos interessados, sem menção aos critérios de escolha.
ADI nº 4.439 (após a ER 29/09)	Ensino religioso em escolas públicas.	Não foi possível coletar o dado. Notas taquigráficas não disponíveis eletronicamente.	31*	As inscrições foram abertas aos interessados e a habilitação foi realizada considerando: (i) a representatividade da comunidade religiosa ou entidade interessada, (ii) a especialização técnica e (iii) a garantia da pluralidade dos pontos de vista. Também houve a expedição de convites, de ofício, pelo min. relator.
ADI nº 5.072 (após a ER 29/09)	Uso de depósito judicial Obs. Processo não julgado (em 22/07/2019).	Gilmar Mendes (relator) Edson Fachin Total: 2	39	As inscrições foram abertas aos interessados, sem menção aos critérios de escolha. Também houve a expedição de convites, de ofício, pelo min. relator.
ADI nº 4.901, ADI nº 4.902, ADI nº 4.903, ADI nº 4.937 (após a ER 29/09)	Novo Código Florestal.	Luiz Fux (relator) Total: 1	23	As inscrições foram abertas aos interessados, sem menção aos critérios de escolha.
ADI n. 5.527 e	Marco Civil da Internet e	Cármen Lúcia (presidente) Rosa	30	Foi aberto edital de convocação pública e

ADPF n. 403 (após a ER 29/09)	Suspensão do Aplicativo WhatsApp por decisões judiciais Obs. Processo não julgado (em 22/07/2019).	Weber (relatora) Edson Fahcin (relator) Total: 3		realizada habilitação considerando: (i) representatividade, especialização técnica e expertise e (ii) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista.
ADPF n. 442 (após a ER 29/09)	Interrupção voluntária da gestação Obs. Processo não julgado (em 22/07/2019).	Não foi possível coletar o dado. Notas taquigráficas não disponíveis eletronicamente.	Não foi possível coletar o dado.	Foi aberto edital de convocação pública e realizada habilitação considerando: (i) representatividade, especialização técnica e domínio; e (ii) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista. Também houve a expedição de convites, de ofício, pela ministra relatora.
ADI n. 5.956 (após a ER 29/09)	Política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas sobre a concorrência. Obs. Processo não julgado (em 22/07/2019).	Luiz Fux (relator) Alexandre de Moraes Total: 2	9	Foram admitidos dois oradores indicados pelos órgãos e entidades relacionados pelo min. relator.
ADI n. 5.624 (após a ER 29/09)	Transferência de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas. Obs. Processo não julgado (em 22/07/2019).	Ricardo Lewandowski (relator) Total: 1	40	As inscrições foram abertas aos interessados, sem menção aos critérios de escolha.

Fonte: (SALES, 2022, p. 74).

Sales (2022, p. 74) apresenta em seu estudo que é diminuta a presença dos ministros quando da realização das audiências públicas, destacando que a presença máxima foi identificada nas primeiras duas audiências públicas, com a presença de 4 (quatro) ministros, reduzindo-se esse número conforme se passaram os anos. Outro ponto asseverado que merece destaque foi o de que muitos ministros, embora participem do início da audiência, ausentam-se logo após sob a justificativa de terem compromissos que não poderiam ser adiáveis, o

que demonstra na prática a devida importância as audiências públicas pelos integrantes do STF.

Sales (2022, p. 77), também, apresenta como problemática a inexistência de um procedimento a ser seguido quanto à escolha dos participantes, a inexistência de um padrão permite que os critérios para escolha sejam apresentados por quem convoca o ato⁸⁰. O art. 154 do Regimento Interno do STF, que deveria tratar sobre a temática, é omissivo e deixa tal procedimento ao alvitre dos ministros.

Ao tratar sobre a seleção dos participantes, Guimarães (2020, p. 263) destaca a ausência de transparência nos critérios de admissibilidade dos participantes das audiências públicas, o que demonstra as “fragilidades democráticas” das audiências públicas judiciais por dificultar a pluralidade na participação dos expositores e permitir que a seleção, sem uma determinabilidade, faça com que as audiências públicas sejam “usadas pelos ministros e ministras do Tribunal como um mecanismo autolegitimador de suas decisões”.

Na maioria dos casos estudados por Sales (2022, p. 77), “não houve sequer menção aos critérios de escolha dos participantes” nos instrumentos de convocação (despachos ou editais). Outrossim, não é rara a identificação de “demasiada abstração e subjetividade”, uma vez que os ministros e ministras em grande maioria fundamentam-se em elementos de grande subjetividade como “representatividade”, “competência” e “garantia da pluralidade de vozes”. Há que se acrescentar, ainda, o fato que não depende de motivação o indeferimento das inscrições, bem como também não há a possibilidade de recorrer em caso de indeferimento do requerimento de habilitação.

Dando continuidade ao estudo das pesquisas empíricas, Salles (2022) realiza um levantamento e estudo específico de cada uma das audiências em que foi possível o acesso às notas taquigráficas. A primeira foi a verificação dos elementos da ADI 3.519, conforme quadro a seguir.

⁸⁰ “tão grave de regulamentação e o exacerbado poder discricionário nas mãos do relator é a ausência de demonstração dos critérios de admissão dos expositores” (Sales, 2022, p. 77)

Tabela 7 – Análise dos Votos dos ministros: ADI 3.510 (pesquisa com células-tronco)

Ministros que mencionaram expressamente a audiência	Ministros que não mencionaram expressamente a audiência
min.. Carlos Ayres Britto – relator (fls. 156, 166, 167, 180, 181 e 206)*	min. Eros Grau
min. Cármen Lúcia (fl. 364)	min. Celso de Mello
min. Cesar Peluso (fls. 496, 497, 510 e 513)	min. Marco Aurélio Mello
min. Ellen Gracie (fls. 215 e 216) *	
min. Gilmar Mendes (fl. 603) *	
min. Joaquim Barbosa (fl. 461) *	
min. Menezes Direito (fls. 251, 252 e 271)	
min. Ricardo Lewandowski (fls. 428, 437 e 439)	

Fonte: (SALES, 2022, p. 78).

Nesta audiência, de 11 (onze) ministros, apenas 8 (oito) mencionaram em seus votos a ocorrência da audiência, e os que citaram o ato ainda o fizeram de modo a não trazer os elementos apresentados pelos expositores, ou ainda quando trouxeram, ainda o fizeram de maneira bastante genérica, por exemplo, o voto do ex-ministro Joaquim Barbosa que, apesar de elencar a importância dos debates, nos trouxe qualquer elemento debatido nas audiências, limitando-se a afirmar: “Como ficou demonstrado nos autos e dos debates, nem mesmo a ciência está apta a afirmar, com precisão, o momento exato em que a vida se inicia ou, ainda, que há vida”.

No julgamento do mesmo caso (ADI 3.510) a ex-ministra Ellen Gracie elogiou a iniciativa, porém criticou a formação de norma a partir do tribunal, que deveria ser feito por via legislativa. A ministra Carmen Lucia, por sua vez, destacou o papel de “abertura à sociedade” e a legitimidade democrática quanto à participação das audiências pública. Após analisar os votos, Sales (2022, p. 79) afirma não ser “possível afirmar, a partir da pesquisa realizada, que, efetivamente, o conteúdo debatido em audiência tenha influenciado a formação do convencimento dos julgadores”.

Tabela 8 – Análise dos Votos dos ministros: ADI 3.510 (pesquisa com células-tronco)

Ministros que mencionaram expressamente a audiência	Ministros que não mencionaram expressamente a audiência
min. Cármen Lúcia – relatora (fls. 40, 73, 122, 172-191) *	min. Eros Grau
min. Gilmar Mendes (fl. 257) *	min. Carlos Ayres Britto*
	min. Ellen Gracie
	min. Joaquim Barbosa
	min. Marco Aurélio Mello
	min. Celso de Mello
	min. Ricardo Lewandowski

Fonte: (SALES, 2022, p. 78).

Tabela 9 – ADPF 54: Aborto de fetos anencéfalos

Ministros que mencionaram expressamente a audiência	Ministros que não mencionaram expressamente a audiência
min. Marco Aurélio – relator (fls. 32, 44-47, 50, 53, 58, 60, 61, 63, 64, 66, 67, 69)*	min. Carlos Ayres Britto
min. Cármen Lúcia (fls. 172 e 175)	
min. Cezar Peluso (fls. 378, 382, 395, 396, 399, 402 e 404)	
min. Celso de Mello (fl. 358)	
min. Gilmar Mendes (fls. 285, 286 e 295)*	
min. Joaquim Barbosa (fls. 147 e 152)	
min. Luiz Fux (fls. 155 e 167)	
min. Ricardo Lewandowski (fl. 247)	
min. Rosa Weber (fls. 94 e 135)	

Fonte: (SALES, 2022, p. 80).

Foram diferenciadas as constatações desse julgamento, uma vez que dos 10 (dez) ministros participantes, apenas 1 (um), o ministro Carlos Ayres Britto não mencionou expressamente em seu voto a ocorrência da audiência pública. Sales (2022, p. 80) observou que a quantidade de menções realizadas pelos Ministros Marco Aurélio (então relator) e César Peluso em seus votos parece demonstrar que os argumentos levantados foram determinantes em suas decisões.

Tabela 10 - ADPF 186: Sistema de cotas em universidades

Ministros que mencionaram expressamente a audiência	Ministros que não mencionaram expressamente a audiência
min. Rosa Weber (fls. 126, 127 e 129)	min. Carlos Ayres Britto
min. Luiz Fux (fl. 105)	min. Cármen Lúcia
	min. Celso de Mello
	min. César Peluso
	min. Gilmar Mendes *
	min. Joaquim Barbosa
	min. Marco Aurélio
	min. Ricardo Lewandowski – relator *

Fonte: (SALES, 2022, p. 80).

Nos dizeres de Sales (2022, p. 81), o julgamento desta ADPF demonstra que foi pouca a influência da audiência pública no julgamento, uma vez que apenas dois dos ministros mencionaram expressamente a sua ocorrência. Isso ainda partindo da ideia de que foi o ato que contou com o maior número de participantes até então. Segundo a autora, “Esta audiência demonstra que a realidade está longe de se coadunar com o discurso teórico e presente no cotidiano da Corte sobre a democratização das decisões proporcionadas pelo advento das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal”.

Tabela 11 - Análise dos votos dos ministros: ADIs 4.679, 4.756, 4.747 e 4.923 (novo marco da TV por assinatura)

Ministros que mencionaram expressamente a audiência	Ministros que não mencionaram expressamente a audiência
min. Luiz Fux (fls. 70, 87, 88, 109, 110, 113, 116, 118, 123, 140, 141) *	min. Luis Roberto Barroso
min. Edson Fachin (fl. 166)	min. Teori Zavascki
min. Dias Toffoli (fls. 229, 231)	min. Rosa Weber
min. Cármen Lúcia (fl. 278) *	min. Marco Aurélio

Fonte: (SALES, 2022, p. 81).

O quadro em destaque também evidencia a baixa consideração do que foi apresentado nas audiências. Mais um elemento que demonstra a ausência de contributo para o convencimento do julgador. Como destacado pela autora, exceto no caso do relator, os outros ministros que mencionaram a ocorrência da audiência pública não enfrentaram o seu conteúdo, apenas destacando a sua realização. (SALES, 2022, p. 81).

Tabela 12 - ADI 4.650: Financiamento das campanhas eleitorais

Ministros que mencionaram expressamente a audiência	Ministros que não mencionaram expressamente a audiência
min. Luiz Fux (fls. 24, 25, 50) *	min. Joaquim Barbosa
min. Rosa Weber (fl. 296)	min. Dias Toffoli
	min. Luis Roberto Barroso
	min. Teori Zavascki
	min. Ricardo Lewandowski
	min. Gilmar Mendes
	min. Cármen Lúcia
	min. Celso de Mello
	min. Edson Fachin

Fonte: (SALES, 2022, p. 82).

Dando seguimento, no julgamento da ADI 4.650 acerca do financiamento das campanhas eleitorais, verifica-se não apenas a não influência dos debates, como a maioria dos ministros nem sequer mencionou a sua ocorrência, o que indica que a ocorrência das audiências públicas por vezes corresponde a mero ato instrutório.

Tabela 13 - ADIs 5.062 e 5.065: Gestão coletiva de direitos autorais

Ministros que mencionaram expressamente a audiência	Ministros que não mencionaram expressamente a audiência
min. Luiz Fux (fls. 64, 86) *	min. Edson Fachin
min. Rosa Weber (fl. 113)	min. Teori Zavascki
min. Cármen Lúcia (fls. 144-154)	min. Marco Aurélio
min. Luis Roberto Barroso (fls. 110)	min. Ricardo Lewandowski
	min. Dias Toffoli

Fonte: (SALES, 2022, p. 82).

Na última audiência pública analisada por Sales (2022, p. 82), restou verificado o mesmo que na ocasião do estudo dos últimos casos, isso é, que não existem indícios suficientes para concluir que os elementos trazidos pelos expositores nas audiências públicas tenham sido capazes de formar o convencimento dos julgadores. Neste julgamento específico sobre a Gestão coletiva de direitos autorais, apesar de ter um número maior de ministros que apontaram a ocorrência da audiência pública, ainda assim, observou-se um não enfrentamento dos pontos levantados no ato.

Oliveira (2012) pondera que as audiências públicas são utilizadas como estratégia do relator a depender do seu posicionamento. A convocação do ato poderia ser utilizada para encontrar subsídios para alterar o voto dos ministros, visto que, como já salientado, bem como apontado por Araújo e Magalhães (2021), inexistem critérios objetivos para escolha dos participantes, de nada impedindo que o relator fizesse a escolha daqueles que favorecessem o seu entendimento.

A partir das críticas e dados apresentados acima, apura-se que a finalidade de abertura democrática trazida pelas audiências públicas tem se limitado à possibilidade de exposição de argumentos sem que, contudo, tais debates sejam abordados pelos Ministros em seus votos, tornando-se as audiências públicas judiciais, segundo Marona et al. (2022, p. 4 e 11), instrumentos individuais de poder e para cumprimento da agenda pessoal dos ministros, “trata-se antes de

uma espécie de ministrocracia” e a “aversão à derrota” impacte no cálculo do relator que decide convocar uma audiência pública no STF, não que o ato, necessariamente, ajude o relator a “vencer”, mas serve de justificativa para adiar o julgamento e aguardar uma composição do STF mais favorável ao seu posicionamento.

Entendimento, partilhado por Guimarães (2020, p. 263), ao afirmar, após a observação, a geração e a análise dos dados, é possível dizer que a audiência pública pode servir:

(i) para instruir o processo por meio da produção de informações; (ii) como espaço para o comportamento estratégico dos atores envolvidos: atores e atrizes sociais buscam realizar lobby frente aos tomadores de decisão, enquanto ministros e ministras mapeiam os grupos de interesse que gostariam de ouvir e; (iii) como um instrumento de natureza autolegitimadora, por meio do qual ministras e ministros encenam um papel de abertura e diálogo social, para ganhar a “confiança do povo”⁴² e fortalecer a sua autoridade na tomada de decisões (Guimarães, 2020, p. 263).

Os dados demonstram que existe uma utilização enviesada do instituto das audiências públicas, uma vez que não há uma legitimação pela participação democrática, ao contrário, isso só se daria quando o direito de ser ouvido fosse realmente efetivado quando aquilo que está sendo falado fosse efetivamente ouvido, ou seja, quando houvesse uma verdadeira consideração dos argumentos apresentados no debate, capaz de impactar as decisões em razão da participação e inclusão da sociedade no diálogo⁸¹. O sopesamento que envolve a aplicação dos direitos da personalidade, na prática, deve contar com a verdadeira participação social, e não com participação camuflada, ou seja, de uma encenação de audiência pública, quando verdadeiramente não se utiliza dessa para os fins a que se destinam verdadeiramente (Marona; Magalhães; Araújo, 2022).

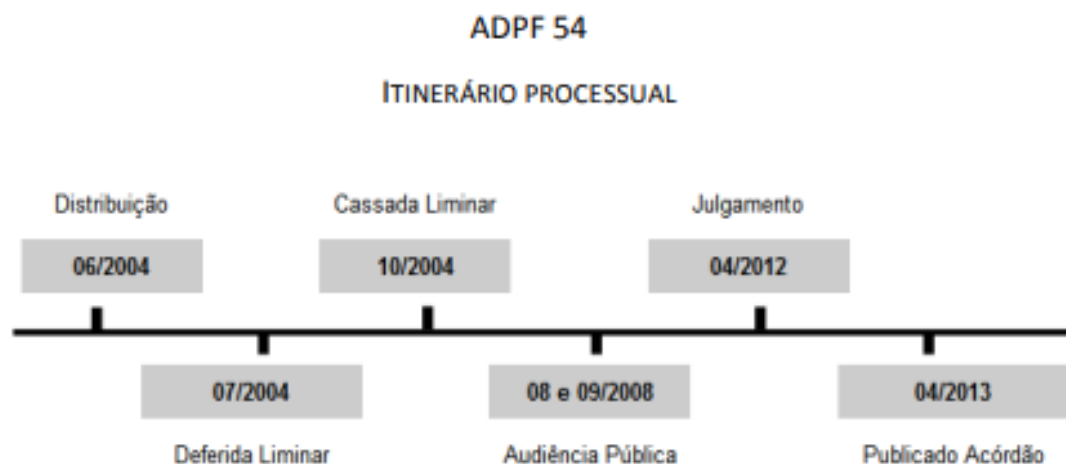
Sales (2022), por sua vez, identificou os seguintes pontos deficitários na ocorrência das audiências públicas:

⁸¹ nem mesmo os ministros e ministras se interessam em ouvir os participantes para captar seus argumentos e promoverem um grande diálogo com lastro deliberativo. A ferramenta parece ter outras finalidades e propósitos. (...) O ponto é que talvez as audiências não tenham, da forma como estão hoje estruturadas, o desenho desejado para promover um incremento na capacidade deliberativa do STF. (Guimarães, 244, p. 244).

- a) As audiências são convocadas em caráter esporádico e excepcional;
- b) A iniciativa continua muito vinculada à discricionariedade do relator, mesmo após a sua regulamentação pela Emenda Regimental n. 29/09;
- c) a impossibilidade de recurso em face do indeferimento enfraquece ainda mais o argumento de que as audiências públicas trouxeram, efetivamente, a democracia ao processo. Informação, transparência e oportunidade de reforma das decisões são elementos importantes em qualquer modelo de democracia, sobretudo a deliberativa;
- d) os ministros não assistem às audiências quando elas acontecem. Excluindo o ministro relator, a média de comparecimento chega a ser menor que 2 [...];
- e) Muitos ministros sequer fazem referências expressas às audiências em seus votos (o que é condizente com o fato que os ministros não costumam comparecer);
- f) A maioria das menções expressas às audiências nos votos dizem respeito tão somente ao seu potencial democratizador, sem, contudo, levar em consideração as razões discutidas na ocasião;
- g) Também deve ser objeto de crítica o fato que um terço das notas taquigráficas não está disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal;
- h) Em poucas audiências foram verificadas intervenções de caráter dialógico (muitas vezes os ministros – os poucos presentes – sequer fazem questionamentos ou, quando fazem, são sobre questões técnicas). O formato das audiências, em geral, faz com que elas se pareçam mais com uma arguição que com um diálogo propriamente dito;
- i) O caráter instrutório, comum ao processo, permanece presente nas audiências, o que faz do evento um momento para exposição de pontos de vista antagônicos, sem a caracterização dialógica entre os participantes.

Em relação ao decurso do tempo como mecanismo de alterabilidade da composição do STF, Fragale Filho (2015) analisou o julgamento da ADPF nº 54, que abordou a antecipação de partos de fetos anencéfalos. Como citado pelo autor, a audiência pública foi realizada 4 (quatro) anos após a distribuição da ação. Ao todo transcorreram 8 (oito) anos entre a distribuição e o julgamento seu acórdão, em 11 de abril de 2012. O exame do percurso processual pode ser observado a partir da figura que segue:

Figura 4 – Itinerário Processual da ADPF nº 54



Fonte: Fragale Filho (2015, p. 511).

A partir do quadro, é possível observar que foram necessários entre “o exame de pertinência e a realização da audiência pública [...] 1.216 dias”. Considerando a linha sucessória dos ministros, seria tempo suficiente para a alteração da composição do pleno, bem como do ministro a cargo da presidência do tribunal. Muito embora os discursos dos relatores que embasam a convocação do ato instrutório indiquem a sua finalidade de conferir subsídios para o decisório, legitimando-as, democraticamente, dando voz àqueles aos destinatários da norma judicial, não se pode olvidar que pesquisas científicas como a retratada por Fragale Filho (2015) indicam que o longo decurso de tempo pode ser utilizado como ferramenta estratégica para alteração do julgamento do feito.

Figura 5 - Ministros Participantes da ADPF 54

Ministro	Instantes de Participação		
	Liminar	Audiência Pública	Mérito
Sepúlveda Pertence			
Carlos Velloso			
Celso de Mello	Manutenção		Procedente
Marco Aurélio	Manutenção		Procedente
Nelson Jobim			

Ellen Gracie			
Gilmar Mendes	Cassação		Procedente
Cezar Peluso	Cassação		Improcedente
Ayres Britto	Manutenção		Procedente
Joaquim Barbosa			
Eros Grau			
Ricardo Lewandowski			
Cármen Lúcia			
Menezes Direito			
Luiz Fux			
Rosa Weber			

Fonte: Fragale Filho (2015, p. 527/528)

A tabela acima demonstra que entre a apreciação pelo plenário da liminar e o exame de mérito houve grande renovação da composição do STF (aposentadoria de 5 ministros e falecimento de 1), de modo que apenas 06 ministros estiveram tanto na apreciação da liminar quanto do mérito, e três desses votaram pela manutenção da liminar, ao passo que os outros três opinaram por sua cassação. No tocante à análise de mérito, verifica-se concordância para quatro ministros (Marco Aurélio, Celso de Mello e Ayres Brito) votaram pela manutenção da liminar e pela procedência da ação, enquanto Cezar Peluso, pela cassação da liminar, votaria mais tarde pela improcedência da ação e discordância para dois ministros (Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa), cujos votos em favor da cassação da liminar votaram pela procedência da ação.

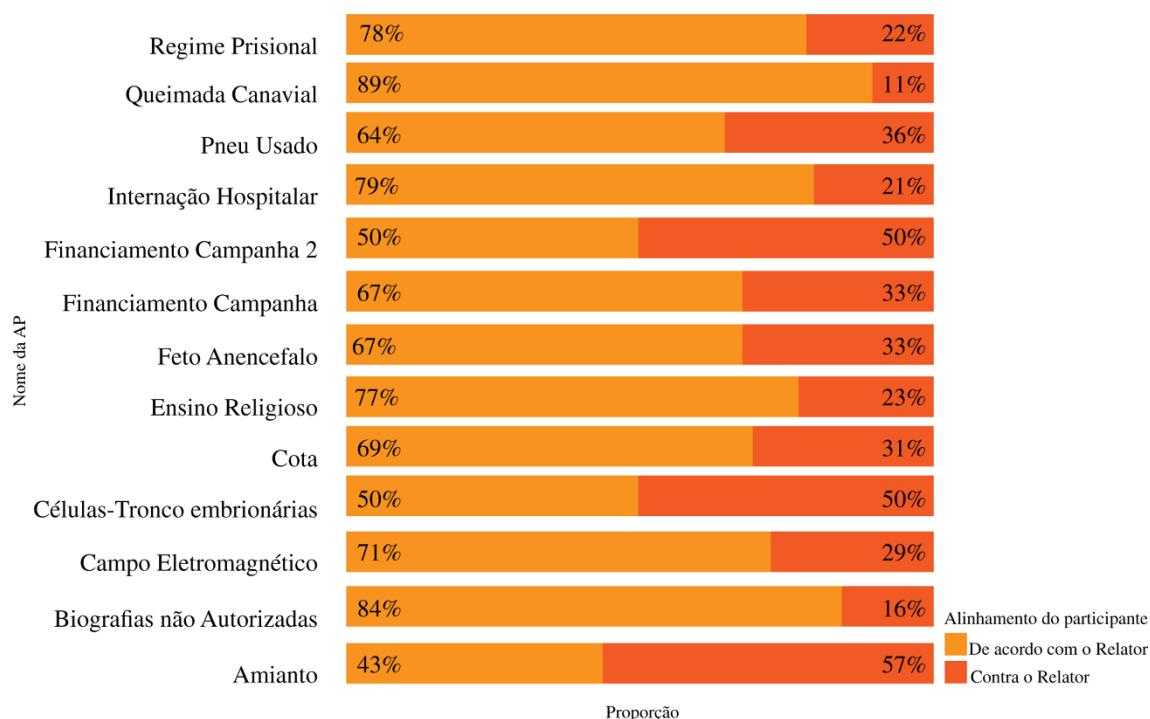
No julgamento da ADPF 54 evidencia que as conclusões de mérito já estão na maioria antecipadas no exame da liminar, inclusive com reproduções literais das manifestações, de modo que se pode concluir que a audiência pública não teve impacto em seu processo decisório, parecendo ter servido essencialmente para legitimar as opiniões prévias (Fragale Filho, 2015, p. 528/529).

Retomando o tema da convocação da audiência e análise dos participantes, verifica-se que as pesquisas corroboram com a circunstância de que a justificativa para convocação das audiências públicas conta com o viés pró-relator, com o condão de protelar o julgamento no sentido de alterar a composição

do pleno para seguir-se o entendimento do relator ou para ser convocada a audiência como forma de escolher pessoas que tenham a mesma que a dele.

A respeito da utilização enviesada as audiências públicas, o gráfico a seguir demonstra um alto alinhamento entre os argumentos dos participantes e a posição firmada pelo relator.

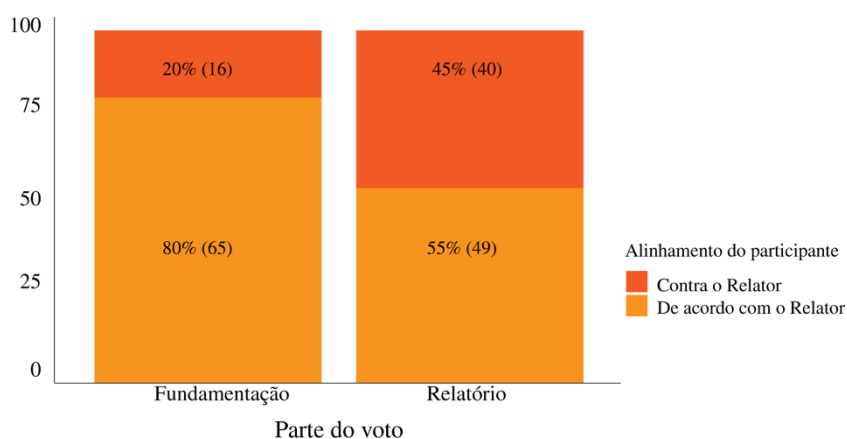
Gráfico 3 – Alinhamento dos participantes das APs



Fonte: Marona, Magalhães e Araújo (2022).

Os dados apresentados indicam que em 3 (três) audiências analisadas, houve um alinhamento de acordo com o entendimento do relator em relação às seguintes questões: amianto, células-tronco-embrionárias e financiamento de campanhas, especificamente na segunda classificação. A proporção entre os participantes que concordaram com o relator foi de 67%, com margem de erro entre 61,5% e 72%. Tais verificações são um grande indicativo de que o processo de convocação e habilitação esteja relacionado com a hipótese de aversão à derrota. Outro ponto importante destacado por Magalhães e Araújo (2022) foi de que em sua maioria, os argumentos trazidos por aqueles que eram desfavoráveis ao seu posicionamento foram mencionados não na fundação do voto, mas apenas no relatório, conforme observável no gráfico a seguir:

Gráfico 4 – Alinhamento dos participantes citados nos votos dos relatores no relatório e fundamentação



Fonte: Marona, Magalhães e Araújo (2022).

Marona, Magalhães e Araújo (2022, p. 14) adverte ser necessário ler com cautela os dados que sugerem a possível seleção enviesada dos participantes pela mesma razão da hipótese de aversão à derrota: o indicador do posicionamento do Relator é posterior à convocação da AP, e não anterior.

O que se verifica pela análise dos dados apresentados, a maioria dos participantes fora favorável ao discurso do relator, o que pode levar à conclusão pela ocorrência de uma seleção enviesada, indicando a utilização deste instrumento não como uma forma de legitimação democrática, mas sim como um mecanismo estratégico de obtenção dos interesses do relator.

4.2 AUDIÊNCIA PÚBLICA: INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA CONSTRUÇÃO DE NORMA JUDICIAL EM CASOS QUE ENVOLVAM DIREITOS DAS PERSONALIDADE

A norma jurídica compreende tanto regras quanto princípios. Alexy (2006, p. 52) trata sobre a definição de norma conforme o sentido em que esta é compreendida, seja no sentido objetivo (indicando uma autorização, mandamento ou expectativa de conduta), isto é, “ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Segundo o autor, faz-se necessário buscar por “um modelo de norma que, se um lado, seja sólido o suficiente para constituir a base das análises que se seguirão e, de outro

lado, suficientemente frágil para ser compatível com o maior número possível de decisões no campo dos problemas mencionados”.

De acordo com Alexy, vários são os critérios utilizados para distinguir regras e princípios e um dos mais empregados é a generalidade, uma vez que possuem os princípios um elevado grau de generalidade. A abstração dos princípios é tida em um sentido positivo, enquanto permite não uma taxatividade, mas um preenchimento de situações variadas a depender de um caso concreto. Por essa razão é que os princípios servem de base para a edificação das regras.

O segundo critério utilizado por Alexy é o da “determinabilidade dos casos de aplicação”, se criadas ou desenvolvidas; também se diferenciam no conteúdo axiológico, se criadora de lei suprema ou de fonte de referência a certo direito. Diferencia também as regras e princípios segundo três regras, segundo o autor a mais correta seria de que são diferentes regras e princípio não apenas em graduação, mas em sua forma qualitativa. Os princípios são mandamentos de otimização enquanto a sua satisfação não depende de possibilidade fática ou jurídica, podendo, ainda, serem satisfeitos em variados graus. De modo oposto, as regras são sempre ou integralmente satisfeitas, ou insatisfeitas (Alexy, 2006, p. 91).

Necessário se faz uma distinção entre as normas e seus enunciados normativos, tanto em um sentido de validade normativa como de criação da norma em si. A criação de uma norma é pautada por uma ação daquele que a cria, denominada por J.L Austin de “Ato Linguístico”. É possível observar da análise desses atos de asserção que há uma predominância do pragmatismo ao invés da semântica. A partir da exteriorização de um enunciado, não somente tem-se uma asserção sobre a norma, mas a própria criação de uma norma (Aléxy, 2006, p. 62).

Segundo explicitado por Reale (2002, p. 596-597), o processo interpretativo das normas se dá por meio da conformidade ou inter-relação de umas com as outras em razão de um determinado contexto sociocultural. Desse sentido, extrai-se que a interpretação é de grande importância, pois é dela que se extrai da regra a norma jurídica. Barroso (2009) destaca que a interpretação, especialmente a constitucional, é de grande importância, pois sem ela a norma seria obscura.

A estrutura da norma pode se dar de forma distinta, isto é, a medida em que são formuladas possibilita a criação de distintos enunciados deônticos. Melhor explicitando o assunto, Aléxy (2006, p. 70) descreve as seguintes asserções: I – A ciência, a pesquisa e o ensino são livres; II – É obrigatório que a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres; ou III – A ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres. São três enunciados distintos que descrevem a “mesma norma *diretamente* estabelecida” e que contém um conteúdo semanticamente aberto. Para o autor, essa indeterminação é enfrentada por intermédio do estabelecimento de regras semânticas pelo “Tribunal Constitucional Federal”, quando preenche o esvaziamento proposital desta norma indeterminada ao estabelecer o que seria “ciência”, “pesquisa” e “ensino”. A respeito do assunto, o autor ainda apresenta uma indagação acerca da abertura estrutural vislumbrada em grande parte de preceitos como os fundamentais e aqui, acrescenta-se também os direitos personalíssimos, que possuem o mesmo grau de abertura semântica.

A definição de Aléxy (1988, p. 143-145) no tocante aos princípios tem como ponto de partida a sua abrangência, sendo “normas que ordenam a realização de algo maior.” São os princípios, segundo ao autor, um conjunto de possibilidades jurídicas e fáticas que englobam todo o ordenamento jurídico, constituindo, pois, “mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diversos graus.” As lições de Aléxy sinalizam que a aplicabilidade dos princípios deve se realizar por meio de *ponderação*, haja vista que todos são importantes em forma abstrata, devendo ser aplicados em maior ou menor grau a depender das especificidades caso a caso. “A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder”. Ao comparar o embate entre regras e princípios, vislumbra-se grande diferença, enquanto “As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daqueles dos princípios” (ALÉXY, 2006, p. 105).

Dworkin (1997, p. 285) pondera que, ao contrário do que defendem os positivistas, os princípios não são extralegais, são parte do Direito, assim como as regras, devendo os juízes considerá-los em suas decisões. Os princípios

possuem conteúdo moral e na ausência de regras, o juiz não está livre de “padrões jurídicos e morais”, que são parte do Direito.

Na existência de conflito entre regras a solução cabível é que ou uma das regras que indiquem exceção seja eliminada ou que uma dela seja declarada inválida. Na prática, o que ocorre é que quando da análise regras conflitantes em regra será revogada por outra. A colisão entre princípios, de modo diverso, não possui o fim de extirpar qualquer conteúdo principiológico do ordenamento jurídico. Segundo os dizeres de Alexy (2006, p. 93), “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”. No entanto, tal precedência não se impõe em qualquer caso, de modo que é bem possível que ao considerar os pesos distintos dos mesmos princípios em situação adversa, haja uma precedência também diversa.

Assim, os direitos da personalidade ganham um enfoque principiológico, especialmente quando da análise da sua abstração e necessidade de abertura capaz de se amoldar a diversas situações. A abstratividade dos direitos da personalidade análoga aos princípios possui o condão de fazê-los garantir que a especificidade humana seja observada. Barroso (2014) aponta que “a constituição é um documento dialético, exigindo do intérprete uma atividade multidireccional”. Nestes termos, o autor aborda a existência de direitos constitucionais da personalidade, como direitos autônomos advindos da Segunda Guerra Mundial. São considerados direitos autônomos, pois independem de qualquer condição, sendo todos os seres humanos os seus titulares. Em análise sobre a aplicabilidade das normas que tratam direitos da personalidade.

O direito de ser ouvido exercido na audiência pública, todavia, não gera o direito de decidir a questão posta a debate, visto que não existe votação, mas coleta de sugestões, opiniões ou comentários do cidadão dentro da ordem e limitada ao tempo de duração da audiência, de maneira que se trata de equívoco comum a consideração de que a audiência pública foi criada para decidir, havendo alguma deliberação quando de sua realização.

Nos dizeres de Haberle (2009, p. 70) a interpretação que os juízes realizam se torna “mais elástica e ampliativa”, ao passo que se obtém uma “identidade de posições com a interpretação do legislador”. Vislumbra-se, dessa forma, que a audiência pública trata-se de instrumento de promoção do debate democrático

sobre assuntos de interesses socialmente relevantes, que possui fundamentações diversas dentro do Estado Democrático Brasileiro e aplicabilidade dentro do Poder Judiciário, tornando-o um espaço importante de exposição e participação democrática nos assuntos de interesse público relevante e repercussão geral, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e que afetem, invariavelmente, toda ou parte considerável da população, ganhando, assim, relevância ímpar no contexto jurídico brasileiro.

Dada a importância dos direitos da personalidade, o conflito entre tais direitos deve ser solucionado à luz da influência da participação da sociedade de intérpretes, tendo em vista que a afetação desta solução para o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos componentes do Estado. Assim, “A interpretação constitucional não está centrada – ou não deveria estar – apenas nas mãos do Poder Judiciário” (FRIEDMAN, 1993, p. 653), mas preciso ir além, como assevera Araújo et al (2015, p. 1606), há a necessidade de uma múltipla dimensionalidade que abarque conhecimentos teóricos de diferentes campos de conhecimento como ciência política, políticas públicas, comunicação política, sociologia, ciência da informação e movimentos sociais.

Haberle (1997, p.12 e 13) defende que a interpretação não deve ficar adstrita a sociedade fechada, pretendendo que seja realizada pela e para uma sociedade aberta, abordando em sua obra o Constitucionalismo Popular tratando da participação popular como um direito do Cidadão e a sua necessidade de proteção estando relacionada à liberdade de expressão, sendo necessário que para que se faça valer esse direito, não se garanta apenas o direito ao voto, sendo “também necessário proteger outras formas de participação, de modo que os cidadãos tenham o direito de se associar, organizar, falar, protestar, requerer e outras coisas mais” (POST; SIEGEL, 2013, p. 155”). A cidadania é tida por Neves (2020, p. 175) como um mecanismo de inclusão, não compreendida em um sentido técnico, mas em uma ótica de “pluralidade de direitos reciprocamente partilhados e exercitáveis contra o Estado”.

A adoção da audiência pública em processos judiciais, notadamente os que envolvam direitos da personalidade, verifica-se como um importante instrumento democratizador, enquanto a deliberação implica um conceito que une à troca de ideias e crenças visando a tomada de decisão, e onde se presume que os agentes

intervenientes são suficientemente abertos em suas posições anteriores para modificá-las por meio de um processo de discussão racional (RACIMO, 2006, p. 47).

A democracia deliberativa se abre para a fusão das vozes que possuem a indicação de serem de importante oitiva, assim é que o procedimento de tomada de decisão proposto tem forma dialógica ou discursiva, ou seja, consiste em um ato (o processo) de comunicação coletiva e reflexiva em que se trocam razões que valem como argumentos a favor ou contra um determinado para outros, enquanto os participantes buscam a imparcialidade em seus julgamentos e avaliações (Martí, 2006, p. 24).

Esse grau de abertura pode levar a interpretações distintas dependendo do caso, levando-se em conta a regra da ponderação ou sopesamento, o que poderia gerar decisões diversas no cenário nacional. É neste sentido que as audiências públicas devem ser encaradas como um meio para o reforço da segurança jurídica, quando da solução de casos que envolvam direitos da personalidade.

Barroso (2014) exemplifica o caso de exposição da vida privada de determinada pessoa, quando da análise da técnica da ponderação referente à lei de imprensa. O embate aborda dois direitos personalíssimos, quais sejam: à privacidade, que defende a não publicação de conteúdos relativos à intimidade da pessoa e o direito à liberdade de expressão daqueles que compartilham a informação. Há uma necessidade de verificação das circunstâncias concretas do caso, de modo que:

Ainda no campo do direito de privacidade, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o grau de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública –políticos, atletas, artistas –sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de autoexposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter cometido um crime. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso das pessoas públicas. (Barroso, 2014, p. 13).

São alguns os parâmetros apresentados por Barroso (2014) como necessários de consideração na ponderação, especialmente no caso da liberdade

de imprensa, como estudo de caso utilizado como base para o estudo do autor. São os critérios: I – a veracidade do fato, isto é se é verdadeira a informação; II – a licitude do meio empregado para a sua obtenção; III – personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; IV – local do fato; V – natureza do fato; VI – existência de interesse público na divulgação em tese; existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; VII – preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação; e VIII – parâmetros criados pelo legislador infraconstitucional para a ponderação na hipótese de colisão normativa. Segundo Martí (2006, p. 45) os procedimentos se dividem nas seguintes fases: 1 – *input* do processo, que funciona como “uma primeira fase de transformação e expressão das preferências”; 2 – fase em que é possível aplicar a decisão conforme as preferências coletivas. Sendo assim, “o conjunto de regras que se aplicam às ações que se produzem em um determinado período, com a finalidade de tomar uma decisão coletiva acerca de uma questão determinada”.

A interpretação jurídica tradicional, aplicada a qualquer espécie normativa, baseava-se naquela tradição romano-germânica de subsunção da norma ao fato social. Cuidava-se do método subsuntivo. Nesse modelo, “o papel do intérprete consistia, tão-somente, na identificação da regra que especificava a conduta a ser seguida por seus destinatários”. Sendo assim, o juiz desempenhava um papel apenas técnico de observância da norma aplicável ao caso, “era nada mais do que descobrir a solução previamente estabelecida pelo legislador”. O neoconstitucionalismo, todavia, representou uma grande mudança em relação ao método clássico, especialmente no tocante à possibilidade de outras formas de aplicação da lei, ou melhor dizendo, de entendimento da lei. (Silva, da, 2008, p. 23).

A atividade do operador de direito brasileiro encontra sua origem na tradição romano-germânica. Dessa forma, caberá a este a análise de encontrar dentro do ordenamento jurídico a norma jurídica cabível em determinado caso. O papel do intérprete quando se trata de aplicabilidade de regras reduz-se à subsunção, isto é, a verificação da adequação entre fato e norma. (Barroso, 2004, p. 2).

Consoante destacado por Rosa (2012, p. 13) “(...) o texto normativo não é norma acabada”, assim é que “a interpretação é capaz de ditar-lhe o alcance e aplicabilidade”. Convém destacar que tal processo “não tem por escopo o deleite do intérprete, mas, sim, a realização dos fins sociais do ordenamento jurídico”. Interpretar, pois, depende da “participação dos destinatários das normas no processo de interpretação”. (Rosa, 2012, p. 13)

As concepções positivistas⁸² tradicionais abrem espaço para um olhar mais progressivo que “reconhece que o direito, embora merecedor de ser considerado um campo autônomo de estudo, tem muitas relações estreitas com outros aspectos da atividade humana”. Não existe uma separação do direito e os fins que pretende atingir, mesmo que sejam eles “transitórios e variáveis”, bem como que não sejam “absolutos *sub specie aeternitatis*”. A atividade do intérprete, especialmente do jurista deve considerar a sistemática em que se inclui a sociedade e seus valores inerentes, “como mecanismo para a realização da justiça no âmbito desse sistema de valores”. (Loyd, 1998, p. 136).

Nesses termos, é importante ressaltar a doutrina de Jhering, segundo o qual o direito não seria “um sistema formal de regras”, mas sim um “método primordial de ordenação da sociedade”. Não se trata mais da criação de normas exclusivamente pelo Poder Legislativo, mas também pela inclusão do Poder Judiciário. A esse respeito, verifica-se que:

A própria sociedade era composta de uma massa de “interesses” concorrentes, muitos dos quais econômicos, mas nem todos. Um choque irrestrito desses interesses só podia levar ao caos e à anarquia. Tampouco podiam ser todos satisfeitos, pois muitos estavam em conflito mútuo (por exemplo, o interesse do proprietário em preservar o controle de sua terra podia competir com a necessidade da comunidade de construir uma estrada que a atravessasse) e, em todo o caso, nunca havia o suficiente de todas as coisas de modo a satisfazer integralmente as necessidades de todos. Por outro lado, alguns interesses poderiam ser considerados de menor valor social que outros, e ainda mais interesses poderiam ter sido rejeitados de imediato como

⁸² A palavra “positivismo” foi criada pelo filósofo francês Augusto Comte na primeira metade do século XIX para designar seu próprio sistema filosófico; mas este, de fato, derivou largamente de atitudes filosóficas que faziam parte do clima do período e que podem ser descritas como positivistas numa acepção mais geral. Essas atitudes derivaram de uma crença em que o conhecimento adequado só poderia ser alcançado pelo emprego do método científico de investigar a realidade mediante a observação e sujeitando suas teorias à investigação empírica. Portanto, era negada validade ao conhecimento apriorístico ou a questões metafísicas situadas além do domínio da observação. Comte argumentou que existiam três etapas no desenvolvimento da abordagem do mundo pelo homem: a religiosa, a metafísica e, finalmente, a positivista, que acreditava ter sido atingida, enfim, pelo homem em seu próprio tempo”. (Loyd, 1998, p. 132).

positivamente antissociais. Por conseguinte, o direito situou-se como uma espécie de mediador imparcial de todas essas necessidades e reivindicações concorrentes, e o requisito real era relacionar o processo jurídico com as necessidades de desenvolvimento da sociedade existente. Logo, o jurista não tinha meramente de apreender os princípios técnicos de seu objeto de estudo, mas tinha, sobretudo, de lhe dar uma compreensão genuína das implicações sociológicas subjacentes das normas legais com que ele atuava, e como elas poderiam ser usadas para resolver e harmonizar conflitos, em vez de os provocar ou exacerbar. (Loyd, 1998, p. 304).

O ordenamento jurídico fortalece suas regras conforme a maior atribuição de peso aos princípios denominados como formais. Cumpre salientar, nesse sentido, que “Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso é conferido um peso maior a outro princípio antagônico”. No entanto, há que verificar que o caráter *prima facie* dos princípios de um modo distinto das regras, tendo em vista que pode ser fortalecido a partir da inserção de uma certa carga argumentativa ao seu favor. (Aléxy, 2006, p. 105). Os princípios da Justiça tratados por John Rawls (1997, p. 56) apontam a justiça social como a “estrutura básica da sociedade, a ordenação das principais instituições sociais em um esquema de cooperação”.

O juiz, ao exercer uma figura passiva na “regra do jogo”, estaria atendendo à segurança jurídica, um sistema em que se compreendia por segurança jurídica a inexistência de “vagueza” “de modo que aí não cabem nem conceitos cuja formulação semântica seja vaga e que exijam, para a aplicação, a utilização de formas de heterointegração, entre elas as cláusulas gerais”. A doutrina da “interpretação literal” parte do pressuposto de que a “lei é dotada de univocidade”, de modo que “seus ditames adquirem a característica de legítimos axiomas -, sustentada agora não mais por uma ‘verdade’ racional e atemporal, mas porque assim determinou o legislador”. (Martins-Costa, 1999, p. 195)

Existe, contudo, uma diferenciação importante entre o direito positivo, que Porthier o diferencia o *droit civil* do denominado direito natural, aquele que advém da própria natureza do ser. (Martins-Costa, 1999, p. 197) O ser humano, além do sentido biológico, individualiza-se por meio de suas relações interpessoais e com as organizações estatais. Assim é que se formam arranjos heterogêneos. Consoante explicitado por Séve (1994, p. 57), a individuação do ser enquanto humano não desobriga, mas ratifica ou ao menos deveria ratificar a sua humanidade. E humanidade se mostra identificada a partir da aplicação se

princípios que são inerentes aos seres humanos. Seve (1994, p. 60) ainda instrui no sentido de que a observância da pessoa como indivíduo diante de um “conceito sociopolítico” legitima a sociedade a agir em um sentido igualmente individualista, enquanto se consideram apenas os próprios interesses de cada ser, esquecendo-se, desta forma, a “interdependência entre homem individual e humanidade social”. (Seve, 1994, p. 60).

A Teoria Estruturante de Friedrich Müller (2013), ao considerar a inexistência de um antagonismo entre direito e realidade, traz um novo olhar para o positivismo, de modo que não mais desconsidera o aspecto factual da criação da Norma. Nesse espeque, convém ressaltar que a lei se difere da norma, uma vez que a lei, por si só, não cria a norma, sendo indispensável o papel do intérprete para ser adequada ao caso concreto. Nesses termos, é que, como ressaltado por Fernandes (2023) existe uma confusão entre a norma jurídica e o texto da norma.⁸³ O positivismo deixa de dar resposta para diversas problemáticas mais complexas que envolvem os tempos hodiernos. Ocorre que as tentativas de solucionar essas questões a partir de uma visão antipositivista mantém uma resposta imprevista e ‘se limitam a alimentar a discussão relativa à tensão dialética criada pelas concepções de ‘ser’ e ‘dever ser’, concentrando a resposta no ‘ser’, o que não elimina o problema”. Como a proposta de Müller (2013), propõe-se uma concepção não antipositivista, mas sim pós-positivista. Consoante preleciona Fernandes (2023) “a norma não existe *ante casum*: o caso submetido à decisão é constitutivo da norma”.

Consoante o entendimento explicitado por Burg, Amorim Filho e Gonçalves (2022), que visaram a verificação da viabilidade prática da Teoria Estruturante do Direito, tem como norte o pensamento pós-positivista⁸⁴ de Müller, que pode ser

⁸³ Nos dizeres de Müller (2013, p. 11-13) o texto da lei é apenas o início da formação da norma, que deve considerar outros dados, como os factuais, para que após um “processo metodológico” – de hermenêutica –, componha-se a norma em concreto. Não se deve considerar um ideal objetivo e absoluto da norma, posto que são muitas as variáveis que acompanham os mais diversos e peculiares aspectos de conflito distintos. Conforme ressaltado por Fernandes (2023), “impossível conceber uma norma como isenta de valores e de conteúdo fático”.

⁸⁴ A TED – Teoria Tridimensional do Direito –, deve ser compreendida não sob um viés antipositivista, mas sim pós-positividade. Imperioso se faz esclarecer que o termo “pós” não se refere à eliminação ou derrogação do anterior, de tal sorte que a Teoria Estruturante não tem como intento a eliminação ou negação da Teoria de Kelsen, mas sim a sua conformação. (Burg; Amorim Filho; Gonçalves, 2022, p. 257). Tanto é assim, que neste trabalho relaciona-se a Teoria de Müller com as concepções de Kelsen acerca da Teoria Tridimensional do Direito, uma vez que se deve considerar o valor na criação da norma, sendo esta valoração também relacionada com a teoria de Haberle, especificamente no tocante à abertura do papel interpretativo, não sendo uma

considerado como um “avanço hermenêutico”, visto que, ao partir de peculiaridades como a efetividade da norma e a necessidade de conformação desta com a realidade,

Sob essa perspectiva é que se mostra de extrema relevância a defesa de Kelsen no tocante ao papel do Magistrado na criação da norma, uma verdadeira “norma individual a ser alcançada é sempre buscada por meio do preenchimento da moldura da norma”, como explicitado por Fernandes (2023). A nomeação e Aristóteles de *topoi*, ou seja, a pluralidade tópica, que nada mais é do que a base que forma o entendimento do que é entendimento como verdade por uma sociedade específica. Esta Tópica revela, conforme abordado por Viehweg (2008), como a consideração de opiniões comuns, desde que relevantes, contrapondo-se ao modelo subsuntivo e cartesiano para uma solução baseada em três pontos: I – tomar como ponto de partida o problema; II – a observância do *topoi*, ou seja, destes valores que se encontram incutidos em dada sociedade; III – e a solução de uma problemática que seja calcada no consenso.

A Teoria Estruturante do Direito busca desenvolver e aperfeiçoar a Teoria Pura do Direito, de modo que parte dos seguintes entendimentos “(i) sua concepção de norma se dá de forma estruturada, levando em consideração não apenas o texto da norma, mas também a realidade circundante; e (ii) no plano da realização prática do Direito, a TED se fundamenta na ideia de concretização, superando a noção positivista de mera interpretação e aplicação do Direito”. Não cabe a confusão entre normativa e positividade, assim é que não se pauta mais na distinção entre “ser” e “dever ser”. (Burga, Amorim Filho; Gonçalves, 2022, p. 259). Nesses termos, parte-se de uma “metódica estruturante” em que o “programa da norma é como um ‘filtro’ que decide quais dados da realidade integrarão o âmbito da norma”. (Fontoura, 2009, p. 85).

Esse olhar para o direito que não se baseia exclusivamente na lei, mas considera o seu amoldamento a depender de circunstâncias casuísticas, afasta-se da tradição romano-germânica e se aproxima cada vez mais das práticas da *commom law*, tendo em vista que parte da estruturação de um raciocínio jurídico

atividade exclusivista do magistrado. A mutabilidade do direito acompanha parte do princípio da alterabilidade dos arranjos sociais, e com isso, daquilo que é valorado pela sociedade em que se encontra situada a lei que será normatiza, isto é, que passará por um processo de formação da norma.

de formulação de uma solução da problemática jurídica ao considerar seus aspectos concretos.

A criação da norma judicial a partir da realização das audiências públicas pode ser relacionada com a Teoria Tridimensional do Direito concebida por Miguel Reale que, uma vez que foi ela indicada como uma forma alternativa ao que se exercitava pela realidade luso-brasileira “propõe uma oposição não radical entre norma e realidade”. A tríade fato, valor e norma exige um ajuste entre a norma e o fato para que não se verifiquem leis que não são aplicáveis.⁸⁵ (CARVALHO, 2015, p. 201).

A demanda representa o fato e a relação com a norma precisa ser valorada, de modo que a sociedade passa a ser ouvida para identificação do valor representativo na época e local em que se encontra inserido o ordenamento jurídico. Como já dito, a variabilidade do valor social difere conforme local à época.

Existe, em verdade, um rompimento do homem como “ser natural” para um “ser dos sentidos”, havendo, dessa forma, uma consideração não apenas de um desejo identificável com suas necessidades, mas essencialmente com a finalidade própria do ser humano. Conforme o raciocínio do pranteado mestre “O sujeito teve, com o passar do tempo, sua acepção sociopolítica passando dos constrangimentos da ordem feudal para a ordem monarca e a lei que deveriam cumprir. O cidadão supostamente soberano, livre nos seus atos e forte nos seus direitos, surge com os ideais de cidadania, após a revolução francesa”.

Há uma diferenciação peculiar entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos da personalidade. Embora a distinção observada, há também uma mesma raiz axiológica entre tais direitos, uma vez que retiram seu embasamento e norteamto da dignidade humana. Esse fato faz com que os preceitos incutidos em tais normas possuam características similares. Um

⁸⁵ “A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale foi concebida como alternativa para essas concepções jurídicas de forte presença na realidade luso-brasileira e responsáveis por muitos de nossos problemas: os positivistas que enfatizam ora a norma, ora o fato e os idealistas focados nos valores distanciados dos fatos. E de quais problemas falamos? O idealismo criando leis descontextualizadas idealmente boas, mas, na prática, não cumpríveis, produz o que o povo resume na expressão leis que não colam ou não são aplicáveis e o positivismo tratando a dialética norma e fato como relação de ajuste e desajuste, leva a sentenças absurdas como a condenação como assassina de uma mulher miserável que abortou o sétimo filho porque desesperada e separando-se do marido não se sentia em condição de criá-lo, ou então, na direção oposta a isenta absolutamente de qualquer culpa tomando-a como vítima do sistema”. (Carvalho, 2015, p. 201).

importante enfoque para este estudo em específico é a estrutura da norma, ou seja, a sua conformação enquanto axioma.

Nesta medida é que se retira a relevância de avaliar o grau de abertura da norma oriunda de direitos personalíssimos que advém de uma exigência própria de normas como as que criam direitos tão próprios e peculiares como não apenas esses, mas também os fundamentais e humanos, porque próprios da humanidade, tão complexa e mutável.

Diferente da aplicabilidade de técnica da subsunção, de modo que a atividade interpretativa se restringe à identificação de certos elementos como o “gramatical, histórico, sistemático e teleológico”. O que há se verifica é que não existe uma criação de direito, bastando ao magistrado apenas “descobrir essa solução previamente concebida pelo legislador”. Portanto, em verdade, “o juiz desempenha uma função técnica de conhecimento, e não um papel de criação do direito”. O que, todavia, não se verifica quando o assunto é o conflito de princípio, tendo em vista que estes não se adéquam à regra da subsunção e sim da ponderação. (Barroso, 2004, p. 2-3).

Da Silva (2023), ao citar os estudos de Dworkin corrobora com a noção do direito como integridade, de modo que deveriam ser “as decisões interpretativas particulares”, isto é, quando analisadas caso a caso, “como integrantes de decisões interpretativas mais gerais, que compreendam um conjunto maior de questões, as quais estariam vinculadas umas às outras por um laço de semelhança temática”. Não se pode olvidar que a análise concreta da norma deve ser analisada “[...] à luz das fontes jurídicas aplicáveis, ele se mostra convencido de que a solução mais convincente para o caso seria uma e não qualquer outra”. O melhor a que se refere diz respeito à melhor forma de interpretação da norma, ou seja, a forma que melhor se amolda à prática jurídica.

À vista disso é que se tornam favoráveis a adoção das audiências públicas não apenas como inclusão de partícipes interessados nas causas a serem julgadas, como também para formação de normal judicial que abarque casos similares, proporcionando, em vista disso, maior integridade e coerência das decisões, incorrendo, portanto, na proteção da segurança jurídica. Consoante clarificado por Da Silva (2023, p. 247) não seriam o caso de sustentar que casos semelhantes tenham decisões idênticas, mas que, “todas as decisões sigam

alguma noção comum concebida por aquele que toma tais decisões, e isso envolve seguir um referencial orientador específico”, tome-se como “referencial orientador” a partir desse estudo, a norma judicial decorrente das audiências públicas.⁸⁶

“Se não houvesse uma racionalização do processo de participação dos intérpretes, haveria a dissolução da interpretação constitucional, comprometendo, inclusive, a Constituição, pelo risco de tornarem-se insuscetíveis de coesão de múltiplas e variadas ideias que fatalmente surgiriam.” (Rosa, 2021, p. 29). Apesar da crítica que se faz sobre o possível risco de a interpretação perder-se de alguma forma em várias interpretações distintas que poriam em risco a sua coesão. Convém destacar que é justamente o processo interpretativo, que é justamente a oitiva de várias vozes que formará uma decisão mais coerente para um determinado caso. Quando se fala em interpretação, tem-se não uma a formação de uma norma em abstrato, mas sim a ponderação sobre a formação da norma em concreto, ou seja, do sentido normativo que se dará para um caso específico. Por esse motivo é que o argumento de ausência de racionalização do processo de participação de diversos intérpretes é rejeitado.

Nesses termos é que se a verificação da norma depende do papel interpretativo do operador do direito e consoante à teoria de Haberle, que destaca o papel de interpretador como aquele que inclui o papel da sociedade como conformadora da Constituição é que se existe uma voz que precisa ser ouvida e fazer parte deste processo é daquele que será o próprio destinatário da norma, ou seja, aqueles que receberam a normativa.

Alguns dos pontos positivos destacados por Guimarães (2020, p. 256) a respeito do estudo de 19 audiências públicas, já realizadas, aponta que um “questionamento específico direcionado aos participantes”, como o que ocorreu nas audiências convocadas pelo Ministro Gilmar Mendes sobre a judicialização na saúde e a que tratou sobre depósitos judiciais e sua utilização, auxiliaria a troca de argumentos. Também a fragmentação das questões a serem debatidas a

⁸⁶ A respeito da integridade jurídica que demanda a aplicabilidade das normas jurídicas, convém destacar o entendimento de que “A noção de direito como integridade implica para o julgador tanto a possibilidade de em certas circunstâncias adotar decisões que se opõem a decisões passadas sobre o mesmo tema, quanto a necessidade de se observar, em regra, a forma como a questão trazida tem sido solucionada no passado. Sobre o poder (limitado) que a noção de direito como integridade oferece aos julgadores para decidir casos divergindo da forma como casos da mesma espécie”. (Silva da, 2023, p. 248)

serem divulgadas de maneira prévia auxiliaria na orientação das perguntas e suas respostas.

Guimarães (2020, p. 261) traz alguns problemas identificados nas audiências públicas, já realizadas, pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam:

i) impossibilidade dos atores e atrizes requererem aos ministros, direta e livremente, a convocação de uma audiência pública; (ii) ausência de transparência e objetividade dos critérios de seleção das participantes habilitadas a participarem e a consequente impossibilidade de se efetuar controle institucional em relação ao uso que os ministros fazem das audiências públicas. Esses problemas levam a uma desigualdade no acesso e nas possibilidades de participação social nesse espaço.

Sobreleva ainda que a formalização procedimental também afasta a possibilidade de um livre discurso e comunicação dialógica. Cita-se, a título de exemplo, o ocorrido em audiências em que não se permitia nem sequer que os participantes aplaudissem determinada explanação. Excepcionalmente, nas audiências que trataram sobre o Código Florestal e a que versou sobre a Lei de Direitos Autorais ouviram-se as palmas. Importante frisar a fala do Ministro Fux, no seguinte sentido: *“normalmente, num julgamento, não permitimos palmas, mas aqui é um ambiente democrático, então vou fazer de conta que não é realmente um uma etapa do julgamento”*. (Guimarães, 2020, p. 256).

Se os mecanismos de acesso, admissão e estrutura da organização das audiências públicas não forem melhorados, os mesmos resultados negativos produzidos pelo lobby no poder Legislativo poderão ser vistos no poder Judiciário, como: a defesa de interesses egoístas, o desequilíbrio de forças entre os grupos de interesse que participam assiduamente das audiências e aqueles que têm mais. (Guimarães, 2020, p. 264).

Ao tratar-se de direitos tão sensíveis como os da personalidade, faz-se necessária a consideração de aspectos relevantes para a formação do ser como si próprio. Partindo do pressuposto de que já existe um instrumento no ordenamento jurídico que possibilita o diálogo com a sociedade, não haveria razão para não o tornar verdadeiramente efetivo, a ponto de conceder a devida relevância à pessoa, fazendo possível a concretização da dignidade humana. Nesse sentido, o julgador deixa de ser um mero participante passivo e passa a agir ativamente na construção da norma.

4.3 CRIAÇÃO DE NORMA JUDICIAL PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM DIREITOS DA PERSONALIDADE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A atividade do operador de direito brasileiro encontra sua origem na tradição romano-germânica. Dessa forma, caberá a este a análise de encontrar dentro do ordenamento jurídico a norma jurídica cabível em determinado caso. O papel do intérprete quando se trata de aplicabilidade de regras reduz-se à subsunção, isto é, a verificação da adequação entre fato e norma (Barroso, 2004, p. 2).

As concepções positivistas⁸⁷ tradicionais abrem espaço para um olhar mais progressivo que “reconhece que o direito, embora merecedor de ser considerado um campo autônomo de estudo, tem muitas relações estreitas com outros aspectos da atividade humana”. Não existe uma separação do direito e os fins que pretende atingir, mesmo que sejam estes “transitórios e variáveis”, bem como que não sejam “absolutos *sub specie aeternitatis*”. A atividade do intérprete, especialmente do jurista deve considerar a sistemática em que se inclui a sociedade e seus valores inerentes, “como mecanismo para a realização da justiça no âmbito desse sistema de valores” (Loyd, 1998, p. 136).

O texto normativo não é norma acabada, sendo a interpretação capaz de ditar o alcance e aplicabilidade, contudo, o processo de interpretação não tem por escopo o deleite do intérprete, mas, sim, a realização dos fins sociais do ordenamento jurídico, dependendo, dessa forma, a interpretação da “participação dos destinatários das normas no processo de interpretação” (Rosa, 2012, p. 13).

O juiz ao exercer uma figura passiva na “regra do jogo” estaria atendendo à segurança jurídica, um sistema em que se compreendia por segurança jurídica

⁸⁷ A palavra “positivismo” foi criada pelo filósofo francês Augusto Comte na primeira metade do século XIX para designar seu próprio sistema filosófico; mas este, de fato, derivou largamente de atitudes filosóficas que faziam parte do clima do período e que podem ser descritas como positivistas numa acepção mais geral. Essas atitudes derivaram de uma crença em que o conhecimento adequado só poderia ser alcançado pelo emprego do método científico de investigar a realidade mediante a observação e sujeitando suas teorias à investigação empírica. Portanto, era negada validade ao conhecimento apriorístico ou a questões metafísicas situadas além do domínio da observação. Comte argumentou que existiam três etapas no desenvolvimento da abordagem do mundo pelo homem: a religiosa, a metafísica e, finalmente, a positivista, que acreditava ter sido atingida, enfim, pelo homem em seu próprio tempo”. (Loyd, 1998, p. 132).

a inexistência de “vagueza” “de modo que aí não cabem nem conceitos cuja formulação semântica seja vaga e que exijam, para a aplicação, a utilização de formas de heterointegração, entre elas as cláusulas gerais”. A doutrina da “interpretação literal” parte do pressuposto de que a “lei é dotada de univocidade”, de modo que “seus ditames adquirem a característica de legítimos axiomas -, sustentada agora não mais por uma ‘verdade’ racional e atemporal, mas porque assim determinou o legislador” (Martins-Costa, 1999, p. 195)

Existe, contudo, uma diferenciação importante entre o direito positivo, que Porthier o diferencia o *droit civil* do denominado direito natural, aquele que advém da própria natureza do ser (Martins-Costa, 1999, p. 197). O ser humano, além do sentido biológico, individualiza-se por meio de suas relações interpessoais e com as organizações estatais. Assim é que se formam arranjos heterogêneos. Consoante explicitado por Séve (1994, p. 57), a individuação do ser como humano não desobriga, mas ratifica ou ao menos deveria ratificar a sua humanidade. E humanidade se mostra a partir da aplicação de princípios que são inerentes aos seres humanos. Seve (1994, p. 60) ainda instrui no sentido de que a observância da pessoa como indivíduo diante de um “conceito sociopolítico” legitima a sociedade a agir em um sentido igualmente individualista, enquanto se consideram apenas os próprios interesses de cada ser, esquecendo-se, dessa forma, a “interdependência entre homem individual e humanidade social”. (Seve, 1994, p. 60).

A Teoria Estruturante de Friedrich Müller (2013) ao considerar a inexistência de um antagonismo entre direito e realidade, traz um novo olhar para o positivismo, de modo que não mais desconsidera o aspecto factual da criação da Norma. Nesse esqueque, convém ressaltar que a lei se difere da norma, uma vez que a lei, por si só, não cria a norma, sendo indispensável o papel do intérprete para ser adequada ao caso concreto. Nesses termos, é que, como ressaltado por Fernandes (2023) existe uma confusão entre a norma jurídica e o texto da norma.⁸⁸ O positivismo deixa de dar resposta para diversas problemáticas mais complexas

⁸⁸ Nos dizeres de Müller (2013, p. 11-13) o texto da lei é apenas o início da formação da norma, que deve considerar outros dados, como os factuais, para que após um “processo metodológico” – de hermenêutica -, componha-se a norma em concreto. Não se deve considerar um ideal objetivo e absoluto da norma, posto que são muitas as variáveis que acompanham os mais diversos e peculiares aspectos de conflito distintos. Conforme ressaltado por Fernandes (2023), “impossível conceber uma norma como isenta de valores e de conteúdo fáctico”.

que envolvem os tempos hodiernos. Ocorre que as tentativas de solucionar essas questões a partir de uma visão antipositivista mantém uma resposta imprevista e ‘se limitam a alimentar a discussão relativa à tensão dialética criada pelas concepções de ‘ser’ e ‘dever ser’, concentrando a resposta no ‘ser’, o que não elimina o problema”. Como a proposta de Müller (2013), propõe-se uma concepção não antipositivista, mas sim pós-positivista. Consoante preleciona Fernandes (2023) “a norma não existe *ante casum*: o caso submetido à decisão é constitutivo da norma”.

Consoante o entendimento explicitado por Burg, Amorim Filho e Gonçalves (2022), que visaram a verificação da viabilidade prática da Teoria Estruturante do Direito, tem como norte o pensamento pós-positivista⁸⁹ de Müller, que pode ser considerado como um “avanço hermenêutico”, visto que, ao partir de peculiaridades como a efetividade da norma e a necessidade de conformação dessa com a realidade,

Sob essa perspectiva é que se mostra de extrema relevância a defesa de Kelsen no tocante ao papel do Magistrado na criação da norma, uma verdadeira “norma individual a ser alcançada é sempre buscada por meio do preenchimento da moldura da norma”, como explicitado por Fernandes (2023). A nomeação e Aristóteles de *topoi*, ou seja, a pluralidade tópica, que nada mais é do que a base que forma o entendimento do que é entendimento como verdade por uma sociedade específica. Essa Tópica revela, conforme abordado por Viehweg (2008), como a consideração de opiniões comuns, desde que relevantes, contrapondo-se ao modelo subsuntivo e cartesiano para uma solução baseada em três pontos: I – tomar como ponto de partida o problema; II – a observância do *topoi*, ou seja, destes valores que se encontram incutidos em dada sociedade; III – e a solução de uma problemática que seja calcada no consenso.

⁸⁹ A TED – Teoria Tridimensional do Direito -, deve ser compreendida não sob um viés antipositivista, mas sim pós-positividade. Imperioso se faz esclarecer que o termo “pós” não se refere à eliminação ou derrogação do anterior, de tal sorte que a Teoria Estruturante não tem como intento a eliminação ou negação da Teoria de Kelsen, mas sim a sua conformação. (Burg; Amorim Filho; Gonçalves, 2022, p. 257). Tanto é assim, que neste trabalho relaciona-se a Teoria de Müller com as concepções de Kelsen acerca da Teoria Tridimensional do Direito, uma vez que se deve considerar o valor na criação da norma, sendo esta valoração também relacionada com a teoria de Haberle, especificamente no tocante à abertura do papel interpretativo, não sendo uma atividade exclusivista do magistrado. A mutabilidade do direito acompanha parte do princípio da alterabilidade dos arranjos sociais, e com isso, daquilo que é valorado pela sociedade em que se encontra situada a lei que será normatiza, isto é, que passará por um processo de formação da norma.

A Teoria Estruturante do Direito busca desenvolver e aperfeiçoar a Teoria Pura do Direito, de modo que parte dos seguintes entendimentos “(i) sua concepção de norma se dá de forma estruturada, levando em consideração não apenas o texto da norma, mas também a realidade circundante; e (ii) no plano da realização prática do Direito, a TED se fundamenta na ideia de concretização, superando a noção positivista de mera interpretação e aplicação do Direito”. Não cabe a confusão entre normativa e positividade, assim é que não se pauta mais na distinção entre “ser” e “dever ser” (Burga, Amorim Filho; Gonçalves, 2022, p. 259). Nesses termos, parte-se de uma “metódica estruturante” em que o “programa da norma é como um ‘filtro’ que decide quais dados da realidade integrarão o âmbito da norma” (Fontoura, 2009, p. 85).

Esse olhar para o direito que não se baseia exclusivamente na lei, mas considera o seu amoldamento a depender de circunstâncias casuísticas afasta-se da tradição romano-germânica e se aproxima cada vez mais das práticas da *commom law*, tendo em vista que parte da estruturação de um raciocínio jurídico de formulação de uma solução da problemática jurídica ao considerar seus aspectos concretos.

A criação da norma judicial a partir da realização das audiências públicas pode ser relacionada à Teoria Tridimensional do Direito concebida por Miguel Reale que propõe uma oposição não radical entre norma e realidade. A tríade fato, valor e norma exige um ajuste entre a norma e o fato para que não se verifiquem leis que não sejam aplicáveis⁹⁰ (Carvalho, 2015, p. 201).

A demanda representa o fato e a relação com a norma precisa ser valorada, de modo que a sociedade passa a ser ouvida para identificação do valor representativo na época e local em que se encontra inserido o ordenamento jurídico. A variabilidade do valor social difere conforme o local à época.

⁹⁰ “A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale foi concebida como alternativa para essas concepções jurídicas de forte presença na realidade luso-brasileira e responsáveis por muitos de nossos problemas: os positivistas que enfatizam ora a norma, ora o fato e os idealistas focados nos valores distanciados dos fatos. E de quais problemas falamos? O idealismo criando leis descontextualizadas idealmente boas, mas, na prática, não cumpríveis, produz o que o povo resume na expressão leis que não colam ou não são aplicáveis e o positivismo tratando a dialética norma e fato como relação de ajuste e desajuste, leva a sentenças absurdas como a condenação como assassina de uma mulher miserável que abortou o sétimo filho porque desesperada e separando-se do marido não se sentia em condição de criá-lo, ou então, na direção oposta a isenta absolutamente de qualquer culpa tomando-a como vítima do sistema”. (Carvalho, 2015, p. 201).

As normas jurídicas não são estanques e precisam se amoldar aos anseios sociais que se alteram com o passar do tempo, e, inclusive, alteram-se cada vez em maior velocidade, posto que se vive em uma sociedade conectada e tecnológica. Segundo asseverado por Habermas (1997, p. 30-31) “se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional”.

É, evidentemente, nos casos difíceis que o problema da fundamentação se impõe de forma mais veemente. O apelo aos recursos da argumentação é o caminho apontado por Perelman, Habermas, Apel e outros. Praticar a justiça recorrendo aos princípios e valores concordantes com o auditório universal e endossáveis por ele é o intuito de um sistema normativo. Dessa forma, fica claramente configurada uma fundamentação moral do direito e das leis jurídicas. As regras valem, mas podem não valer. Consequências injustas requerem o recurso a princípios cujos valores sejam universalizáveis ou endossáveis pelo auditório universal. A justificação dos É, evidentemente, nos casos difíceis que o problema da fundamentação se impõe de forma mais veemente. O apelo aos recursos da argumentação é o caminho apontado por Perelman, Habermas, Apel e outros. Praticar a justiça recorrendo aos princípios e valores concordantes com o auditório universal e endossáveis por ele é o intuito de um sistema normativo. Dessa forma, fica claramente configurada uma fundamentação moral do direito e das leis jurídicas. As regras valem, mas podem não valer. Consequências injustas requerem o recurso a princípios cujos valores sejam universalizáveis ou endossáveis pelo auditório universal. A justificação dos valores sempre inclui um aspecto arbitrário, isto é, exigem-se escolhas. Se as leis morais fundamentam as leis jurídicas, é a elas que se deve recorrer, sobretudo nos casos difíceis. Como o Direito é uma ciência normativa, não é possível desvencilhar-se de certa arbitrariedade na escolha de valores. Com isso, a necessidade do recurso a estes e sua fundamentação amplia a concepção de justiça para além da justiça formal. A regra do precedente vale enquanto não houver fortes razões para mudá-la (Weber, 2015, p. 295

Assim como tratado por Verbeke e Fadda (2018, p. 250), faz-se necessário considerar o fato que os desacordos e controvérsias acerca da melhor interpretação deve considerar que “toda sociedade, política e economicamente avançada e culturalmente plural, deve encontrar o modo de eleger entre crenças antagônicas sobre a força dos direitos humanos, sobre o papel da religião na política, a compreensão da justiça social, o alcance da liberdade e da igualdade política no ambiente democrático”.

A ideia do Juiz Hércules se vale da proposta de Dworkin de que “haja uma objetividade moral, permitida por intermédio da interpretação, na busca da resposta correta”. (Arnio, 1990, p. 23-38; Barragá, 1990, p. 259-569 Apud Verbicaro; Fadei, 2018, p. 252).

Busca-se, portanto, em Dworkin o desenvolvimento de uma teoria a partir da qual seja viável estruturar a função judicial, de tal modo que se distingam “argumentos políticos de argumentos de princípios”. Neste ponto, o autor tem como finalidade a validação dos argumentos dos quais se utilizam os juízes, em um modelo democrático que revise as decisões judiciais com base em princípios. (Verbicaro; Fadei, 2018, p. 252).

[...] tem-se que o Direito é um saber local [...] e a ampliação da participação de instituições do Direito na produção da verdade implica o destaque da cultura e da sensibilidade jurídicas locais, que passam a desempenhar papel importante na definição de suas palavras autorizadas. Isso quer dizer que, tomando como análise a produção da verdade no sistema judiciário brasileiro, é preciso levar em conta que para além dessa produção se fortalecer no contexto contemporâneo – podendo desenvolver relações das mais diversas com outras esferas de produção autorizada da verdade – ela também explicita, nessa função, os traços que singularizam a cultura e sensibilidade jurídicas do país. (Machado; Ribeiro, 2014, p. 200).

Cappelletti (1993, p. 26-27) destaca que a interpretação das leis realizada pelo Poder Judiciário envolve a criatividade do jurista, visto que se reserva certa autonomia, o que se denominou como ativismo judicial. Nesse sentido, “o ponto-chave seria destacar quais seriam os motivos desse aumento de necessidade e de intensidade, como causas desse “ativismo”, que assim, estaria mais relacionado à radicalização de uma função já existente do que à assimilação de função nova”. (Machado; Ribeiro, 2014, p. 197).

A atuação da jurisdição no âmbito constitucional pode ser conduzida a um novo protagonismo, em que se transferem as decisões anteriormente reservadas ao Poder Legislativo agora para a participação do Judiciário. Como explicitado por Leal (2014, p. 350) “Todos estes fatores, somados, conduzem, por sua vez, a uma ampliação e a uma transformação da atuação da jurisdição constitucional, conduzindo, assim, a um protagonismo e a uma transferência de decisões (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) para o Judiciário,

fazendo com que o Direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados”. (Leal, 2014, p. 350).

Em face desses aspectos, a abertura e a democratização da jurisdição – e em especial da jurisdição constitucional – se afiguram como um importante elemento, exsurgindo a participação social como verdadeira condição de possibilidade do Estado Constitucional. Isto demanda, por sua vez, uma reestruturação e uma abertura dos meios procedimentais, aspecto que traz à tona a necessidade de que se potencialize, dentre outros aspectos, uma publicidade²¹ em sentido amplo e uma efetiva incorporação da sociedade no processo, cujos fundamentos serão analisados no tópico que segue. (Leal, 2014, p. 348).

Neste sentido, Leal (2014, p. 348) busca demonstrar a necessidade que seja democratizada a “tarefa hermenêutica”. Segundo o autor, tal fato se daria por meio de um “alargamento” da esfera interpretativa e por meio da qual, far-se-ia indispensável a “incorporação da realidade à interpretação, isso porque os intérpretes, em sentido lato, (Verfassungsinterpreten im weiteren Sinn) constituem uma parte importante dessa mesma realidade”. Não se pode olvidar, inclusive, que a conformidade a Constituição ser um “produto cultural” deverá pressupor “um exercício democrático de participação”.

Nos denominados Hard Cases, que correspondem àqueles de difícil julgamento ou por envolver uma multiplicidade de fatores, ou pela própria complexidade do destinatário da norma, ou, ainda, pelas razões distintas que fundamentariam uma decisão.

Partindo da distinção kantiana entre leis éticas e leis jurídicas a partir das leis morais, considerando os “contextos da justiça” de Forst e o debate entre liberais e comunitaristas, pode-se estabelecer uma relação entre esses três níveis que envolvem uma teoria da justiça. O ponto de partida para clarear esse debate é a concepção de pessoa. Este é o ponto de partida de Kant, da justiça como equidade de Rawls, da Filosofia do Direito de Hegel e muitos outros, embora com diferenças. Forst fala em pessoa ética, pessoa do direito, pessoa política e pessoa moral. São quatro níveis de discussão: o ético, o jurídico, o político e o moral. O jurídico e o político de modo geral coincidem, uma vez que as leis jurídicas têm sua vigência em determinada comunidade política. Dos diferentes conceitos de pessoa resultam diferentes contextos de justiça. É claro que eles não são excludentes. Trata-se da mesma pessoa enquanto faz parte de uma comunidade ética, de uma comunidade jurídica, de uma comunidade política e da comunidade dos seres humanos (a comunidade moral). As regras jurídicas podem não coincidir com os valores éticos, pois estes não exigem uma justificação pública e podem não ser universalizáveis. Neste sentido pode-se falar em neutralidade ética do Direito. No entanto, os valores éticos precisam da proteção das leis jurídicas, na medida em que caracterizam a identidade das pessoas. O jurídico é, pois, a “capa protetora” do ético. Mas as pessoas que não têm a proteção de uma comunidade jurídica ou não tem pátria? Não deixam de fazer parte da comunidade dos seres humanos e como tais devem

ser protegidas pelos organismos internacionais. Os direitos humanos são o exemplo disso. Não ser pessoa de direito, por não pertencer a uma determinada comunidade jurídica, não significa deixar de ser “ser humano”. (Weber, 2015, p. 303).

A Teoria da Justiça pressupõe que são diferentes os conceitos de pessoa resultantes do contexto de justiça empregado. Como explicitado por Weber (2015), os valores não são universais e devem ser adequados ao destinatário da norma.

Vale ressaltar o sustentado por Barroso (2017, p. 573) ao mencionar que “do ponto de vista político-institucional, o desempenho da jurisdição constitucional por Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais mundo afora envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa”. A respeito da função contramajoritária Barroso explicita que é um tema bastante discutido, especialmente quando da análise da legitimidade democrática. Especificamente quanto ao caso brasileiro, a crítica que se faz é sobre a investidura dos ministros por meio de agentes políticos e não por meio do voto popular. À Corte Constitucional é dado o “*status* de sentinela contra o risco da tirania da maioria”. Segundo Barroso, a legitimidade da jurisdição constitucional se assenta em dois fundamentos, quais sejam: “a proteção dos direitos fundamentais” e “os canais de participação política de todos”. Não se pode olvidar que, conforme evidenciado por Lopes (2012, p. 75), o Supremo Tribunal Federal tem um papel de grande “importância política, jurídica e social”, uma que “de herméticos passaram a se destacar por suas funções contramajoritárias, na medida em que é inegável a sua função de garantir o direito das minorias”.

Contrapondo as audiências públicas ocorridas nos Estados Unidos e as ocorridas no Brasil, têm-se as seguintes constatações:

Nos Estados Unidos, as audiências legislativas costumam ser bastante roteirizadas, confirmando a opinião de Elster de que as “deliberações” públicas levam a uma postura em vez de uma verdadeira deliberação; uma pesquisa sobre se isso é verdade nas audiências públicas brasileiras seria valiosa. Observe, porém, que mesmo essas audiências são diferentes dos debates em uma assembleia constituinte pública. Na assembleia constituinte todos os participantes são membros do corpo e, após a abertura da assembleia, rapidamente marcam posições e tomam conhecimento das posições firmemente aderidas pelos outros. A natureza “pessoal” das discussões pode não superar a postura do roteiro. Em contraste, as audiências legislativas e as audiências públicas brasileiras envolvem “repetidos” de um lado – os legisladores ou os

juízes – mas, tipicamente, “one-shotters” do outro. Pode ser que as normas sociais que tratam do respeito nas conversas presenciais induzam a uma prática um tanto mais genuína de deliberação nas audiências legislativas e nas audiências públicas brasileiras. (Tushnet, 2015, p. 16).⁹¹

Como já observado, Tushnet faz uma analogia entre as audiências e o processo legislativo em que se elabora uma norma, por essa razão o autor se refere ao ato como “assembleia constituinte”, não pela formação de uma nova constituição, mas em vista que das deliberações ali ocorridas decorrem a formação de uma verdadeira normativa.

Barroso (2014) destaca o papel criativo do juiz, especialmente com o decorrer do século XX, em que houve uma crescente inclusão de cláusulas abertas e conceitos indeterminada. Sendo assim, o magistrado possui a função de integrar todos os elementos da constituição e normas infra legais para a de determinação da melhor aplicação da norma.

Como já sustentado anteriormente, as influências externas, especialmente as que se revelam a partir da sociedade aberta aos intérpretes fazem parte da legitimação para o processo de interpretação constitucional, não sendo correto concluir que tais influências, às quais estariam os juízes submetidos, estariam colocando em xeque a sua independência. Assim, o que se verifica é que “a vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade e, neste ponto, vale reiterar que ao tomar-se a “Constituição como processo público”, deve-se também concluir que “todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados”.

Esse “caráter quase legislativo das audiências públicas” indicado por Tushnet (2015) retomam a interpretação constitucional indicada pela estrutura

⁹¹ Traduzido do original: In the United States, legislative hearings are often quite scripted, confirming Elster’s sense that public “deliberations” lead to posturing rather than true deliberation; research on whether this is true of the Brazilian public hearings would be valuable. Note, though, that even such hearings are different from the debates in a public constituent assembly. In the constituent assembly, all participants are members of the body, and, after the assembly opens, they make quickly stake out positions and become aware of the positions firmly adhered to by others. The “in person” nature of the discussions then might not overcome the scripted posturing. In contrast, legislative hearings and the Brazilian public hearings involve “repeat players” on one side – the legislators or the judges – but, typically, “one-shotters” on the other. It may be that social norms dealing with respect in in-person conversations will induce a somewhat more genuine practice of deliberation in the legislative hearings and the Brazilian public hearings”.

constitucional apontada por Kelsen. Segundo a análise kelseniana traçada pelo autor “a interpretação constitucional é uma mistura complexa de direito e política”.

Oportuno frisar, a respeito do Papel contramajoritário da Corte Constitucional os ensinamentos de Abboud (2012, p. 205), assente na teoria de Haberle, segundo o qual “todo órgão que possua status de realizar a jurisdição constitucional, *in casu* o STF, deve possuir a função precípua de zelar pelo texto constitucional, inclusive se for necessário contra a vontade da maioria”.⁹²

Barroso (2017, p. 578) aborda o papel representativo do Supremo Tribunal Federal, enquanto destaca a ocorrência de uma “substantivação do conceito de democracia, que, além de não se identificar com o princípio majoritário, tem procurado novos mecanismos de expressão. Um deles foi a transferência de poder político – aí incluído certo grau de criação judicial do direito – para órgãos como o Supremo Tribunal Federal”. Destarte, segundo apontado por Rosa (2012, p. 20), “A intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento”. A esse respeito tem-se o entendimento de que:

Nenhuma interpretação ocorre no vazio. Ao contrário, trata-se de uma atividade contextualizada, que se leva a cabo em condições sociais e históricas determinadas, produtoras de usos linguísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado em todos os domínios da hermenêutica jurídica. (Rosa, 2012, p. 20).

Na hipótese de que exista um único intérprete, isto é, que se tenha apenas um intérprete, existe o risco de que se obter “a melhor interpretação da norma”, pois todo aquele que a interpreta “pode sofrer influência de sua própria ideologia ou do condicionamento sociocultural e de preconceitos. Por essa razão é que “conhecer todas as facetas do problema/conflito/direito/objetivado, emerge a necessidade de participação mais ampla”. (Rosa, 2012, p. 20-21).

⁹² A análise feita por Tushnet (2015, p. 16) inclui a estrutura do tribunal constitucional Kelseniano, na medida em que não seria possível que este fosse composto apenas por juízes de carreira, por mais expressivo que fosse o seu saber jurídico. Nestes termos “O tribunal kelseniano é selecionado fora dos processos civis comuns de seleção judicial, de modo que alguns, talvez todos, os membros tenham alguma facilidade em combinar análise jurídica com sensibilidade política. É o que acontece, na fase de argumentação, também com a audiência pública brasileira: participantes oriundos de organizações da sociedade civil trazem para as discussões algo mais do que uma perspectiva apenas do direito”.

Existe, segundo Loyd (1998, p. 137), um objetivo maior da lei que é a concretização da Justiça, nesse sentido é que vale o debate acerca do que compreende o termo Justiça, que deve, inicialmente, segundo o autor, ser verificado como um valor moral, que pode sofrer variações a depender da época. A esse respeito, destaca-se que a modernidade, especialmente a partir da filosofia, trata a “obtenção da igualdade [...] como função vital da justiça”, sendo essa ideia de igualdade formal, ou seja, de tratamento igualitário muito relacionada com o processo judicial. “O que esse princípio formal realmente significa é que os iguais serão tratados como iguais, pelo que, quem for classificado como pertencente à mesma categoria, para um determinado fim, será tratado de modo idêntico”.

Nesses termos, é possível compreender que:

A ideia de justiça consubstanciada no princípio de tratamento de casos semelhantes de modo idêntico, parece, quando ampliada, envolver três concepções afins: em primeiro lugar, que existirão normas fixando como as pessoas serão tratadas em determinados casos; em segundo lugar, que essas normas serão de caráter geral, ou seja, elas preveem que toda e qualquer pessoa que se qualificar como incluída no âmbito da norma em questão será por esta governada. (Em outras palavras, a norma deve ser aplicada ou às pessoas em geral ou a certas categorias definidas de pessoas, e não meramente a indivíduos ao acaso.) Em terceiro lugar, a justiça requer que essas normas gerais sejam imparcialmente aplicadas, ou seja, que os órgãos encarregados de as administrar as apliquem sem discriminação, temor, ou favoritismo, a todos aqueles casos que couberem no âmbito das normas legais. (Loys, 1998, p. 144).

Loyd (1998, p. 185) menciona a existência de três tipos de injustiça legal. Antes de adentrar na questão propriamente dita, o autor destaca a confusão que existe quando do tratamento da lei como sinônimo de justiça. A primeira hipótese, portanto, corresponde ao “caso é decidido num sentido contrário ao que a própria lei estipula”.

Quando um tribunal de primeira instância admite o que se provou ser uma interpretação errônea da lei, a palavra “injustiça” não é muito apropriada e há muito poucas probabilidades de que seja usada. A estreita associação de justiça com moralidade exigiria, em geral, alguma “deturpação” deliberada da lei para suscitar uma condenação de injustiça, em vez de mera interpretação errônea da lei, perpetrada de boa-fé por um tribunal empenhado em cumprir seu dever com o máximo de zelo possível. (Loys, 1998, p. 186).

Outra forma de injustiça abordada por Loyd (1998, p. 186) é a que ocorre quando a sua aplicabilidade não atende à imparcialidade. Melhor explicitando “Se, por exemplo, um tribunal apura fatos em favor de um poderoso litigante, não porque esteja genuinamente persuadida de sua veracidade, mas porque deseja favorecer o poderoso”. O terceiro tipo de injustiça mencionado é o de quando se atender a imparcialidade, contudo, é injusta porque “julgada por qualquer sistema de valores aplicado para testar a justiça substancial da norma legal”. Sob essa perspectiva, não necessariamente o seguimento dos preceitos formais de uma lei lhe fará justa, haja vista que “quando falamos de injustiça neste sentido referimo-nos àquela escala de valores que, seja qual for a sua base, decidimos aceitar como critério para julgamento de todas as regras humanas de conduta, sejam elas legais ou não legais, boas ou más, justas ou injustas”. Trata-se, portanto, de uma concepção de “justiça substancial”, que não aceita simplesmente os “atributos formais” de uma lei, mas a consideração de uma “escala de valores” atribuídos a determinada sociedade, sob pena de ter-se uma justiça injusta.

Portanto, é a positivação de certos direitos em uma constituição, ou seja, a sua formação ou a sua forma escrita que “expressa em termos gerais alguns dos principais pressupostos da escala de valores a que ela dá plena vigência”. Com base nisso que é possível “avançar no sentido de eliminar o hiato que examinamos entre justiça formal e justiça concreta”. (Loys, 1998, p. 199).

Como já explicitado, as sociedades, especialmente considerando a pluralidade característica do tempo contemporâneo possuem valores conflitantes, que por vezes sobrepõem-se.

Convirá notar que, nesse nível, estamos realmente passando do domínio das categorias jurídicas para o campo da política de poder. Mas embora chegue um momento em que é quase impossível distinguir o que o direito e o que a política de poder prescrevem, isso não significa, em absoluto, um endosso da tentativa austiniana de basear o direito no próprio poder. Pois, para entender os sistemas jurídicos, necessitamos, não de uma estrutura conceptual que nos habilite a assinalar de forma indiscutível o que é legalmente válido, quando nos defrontamos com situações marginais, revolucionárias ou remotas, mas de uma que explique os padrões constitucionais de Estados razoavelmente bem-organizados (Loyd, 1998, p. 265).

O sistema de precedentes judiciais acaba por conduzir o Poder Judiciário para um processo de transformação, de modo que, segundo apontado por Bônat,

Roesler e Peixoto, utiliza-se de instrumentos como o da Repercussão Geral para evidenciar como uma decisão judicial verifica-se como um *leading case*, de modo a influenciar outros milhares de processos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal. (Bônat; Roesler; Peixoto, 2019, p. 119).

O poder judiciário, a despeito de sua reatividade característica, passa a ser observado como um sujeito: um ente ativo, protagonista, com papel social bem determinado, cuja tarefa central é a atuação autorresponsabilizada para a realização de direitos sociais e promoção de direitos humanos. Isto significa, em última análise, o preenchimento das funções não satisfatoriamente exercidas pelos demais braços do Estado, seja o Executivo, enquanto agente responsável pelo planejamento e execução de políticas públicas, ou o próprio Legislativo e sua ação na produção normativa. (Vestena, 2010).

O Poder Judiciário não pode ser tido somente como um aplicador da norma, como um agente passivo, mas sim como um ativo criador da norma jurídica e verificador dos valores considerados como importantes para uma sociedade específica. Sob essa perspectiva, acrescenta-se a ampliação do papel do Judiciário que exerce grande influência como um jurista verdadeiramente atuante.

[...] visualiza-se que o Poder Judiciário ganhou preponderância e ampliou-se significativamente com a crise da representação política, fazendo com que nos últimos tempos os juízes passassem a exercer mais poder e influência em diversas dimensões da vida social e política e se transformasse “de um órgão apático para o grande garantidor de direitos fundamentais e políticas públicas. (Siqueira; Lara de; Souza de, 2022, p. 6).

Sobreleva ainda o entendimento explicitado de que jurista, como operador do Direito passa a ser também um sujeito da decisão jurídica. Tal afirmação corrobora-se a partir do entendimento explicitado por Burg, Amorim Filho e Gonçalves (2022, p. 268), segundo os quais:

O sujeito da decisão jurídica não é mais a lei (a norma), mas sim o operador do Direito, aqui entendido como o jurista efetivamente atuante. O trabalho jurídico não mais se limita à ‘compreensão” ou “interpretação”, mas à concretização, aqui entendida como a “construção da norma jurídica no caso individual a ser decidido. Sob essa perspectiva, embora a interpretação exerça papel ainda importante no processo de concretização, a ideia de “aplicação do direito” é inteiramente afastada, pois já não se vê a norma jurídica como algo pronto e acabado, como resultado de processo intentado pelo operador do Direito. (Burg, Amorim Filho; Gonçalves, p. 2022).

Como já especificado em diversas ocasiões, esse estudo tem como objeto basilar a valorização da pessoa humana a partir da efetivação dos direitos da personalidade, assentando-se na dignidade humana como eixo orientador. Com efeito, o estudo permeou todas as bases da formação da pessoa, da sua relação com o Estado, sua relação simbiótica de interdependência. Também se considerou que as sociedades contemporâneas se caracterizam por uma diversidade multifacetada, pelo que a sua oitiva a partir da inclusão dessas vozes, não apenas legitima democraticamente as decisões judiciais, como traduz a essência da construção participativa da sociedade. A necessidade de ouvir as diversas vozes que integram a sociedade serve como parâmetro para a construção de norma judicial oriunda de audiências públicas aplicável em casos similares.

Sob essa perspectiva, a ideia de construção participativa do Estado Democrático de Direito e Neoconstitucionalismo apresentaram insígnias exigências, pelo que, além de considerar, nos termos da teoria de Habermas o destinatário da norma em seu processo interpretativo, também deve o órgão judicante, em seu papel de intérprete superar lançar um olhar para questões fáticas da sociedade. Supera-se, portanto, a concepção positivista em que o magistrado teria a mera função de “parametrizar a aferição de validade da norma jurídica, passando ela a exercer uma força normativa própria capaz de autorizar que ao aplicador do direito seja possível a construção de normas jurídicas para o caso concreto e fazendo com que os princípios nela contidos deixem de ser considerados como simples fontes supletivas para preencher lacunas e passem a assumir força normativa própria”. (Siqueira; Lara de, Souza de, (2022, p. 8).

Nesse diapasão, além da inclusão de vozes no processo hermenêutico, tem-se que ser considerado o trabalho do juiz que, ao tratar de causas que envolvam cláusulas abertas, como nos casos que versam a respeito de direitos da personalidade, há um viés de construção normativa. A esse respeito, “é exigida do juiz uma postura altamente construtiva do conteúdo semântico dos enunciados sob análise, do que uma atitude simplesmente declarativa, arraigada na subsunção do fato da vida à norma jurídica positivada”. (Carmo; Messias, 2017, p. 196).

A construção da norma judicial possui grande relação com a repercussão geral das decisões judiciais. Nesses termos, ao considerar-se que existem instrumentos como as súmulas vinculantes e o julgamento de temas repetitivos, que decorrem de entendimentos judiciais sobre determinada temática, bem como ao concluir-se pela incompatibilidade entre os fins a que se destinam o instituto das audiências públicas e a sua utilização prática, notadamente quanto ao impacto dos argumentos apresentados na decisão do órgão judicante, seria relevante a especificação procedimental para trazer concretude e efetividade às audiências públicas. Sendo assim, deve-se considerar que a decisão decorrente dos debates é capaz de ensejar na formação de norma judicial aplicável em casos semelhantes, assim como ocorre com as súmulas vinculantes e a ementa dos temas de repercussão geral. Não se pode olvidar que, em se tratando de direitos tão importantes e peculiares como os da personalidade, a realização do debate e inclusão do destinatário da norma faz-se imperiosa. Muito embora a realização do ato instrutório seja inviável caso a caso, posto que são diversas as causas que envolvem direitos da pessoa, a formação e de uma norma judicial oriunda de caso específico e aplicável de forma vinculativa pelos demais órgãos do poder Judiciário não apenas homenageia os princípios da segurança jurídica e economia processual como também amplia a legitimação democrática e a correta valoração das normas concretas a todas as decisões que sejam proferidas singularmente. Trata-se, pois, de um verdadeiro instrumento difusor da adequação dialógica no processo de criação da norma. As audiências públicas são instrumentos de abertura à sociedade de intérpretes, contrapondo-se ao sistema fechado e pautado na formalização de procedimento até então exclusivos aos juízes como intérpretes, enquanto possibilitam a integração no processo hermenêutico constitucional, representam, ainda, a aproximação entre o Estado e a Sociedade, pois viabilizam a democratização do debate constitucional, produzindo uma maior legitimidade democrática às decisões judiciais, além de potencializarem um debate plural⁹³, com participação de diferentes segmentos sociais, possibilitando a formação de um juízo mais completo, consciente e esclarecido acerca das matérias em discussão (Leal, 2014, p. 343), evidenciando os ensinamentos de

⁹³ que discutir implica estar aberto a aprender com aquele com quem se discute; que uma democracia constitucional nunca deve tolerar o abuso da força, mesmo que seja, é claro, a força esmagadora, retumbante e esmagadora dos números. (Gargarella, 2023)

Häberle (1997, p. 14) de “que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática”.

O Poder Judiciário torna-se cada vez mais uma importante arena de exposição, afirmação e condensação dos conflitos por meio de operações estratégicas (Campilongo, 2002, p. 62) e um espaço essencial para que haja uma harmonização da realidade social com as normas e preceitos jurídicos (Siqueira: Souza, 2019, p. 280), de modo que as audiências públicas, nesse âmbito, ganham ainda mais relevância, por visarem justamente a abertura de espaço para discussão livre, aberta e independente de problemas socialmente relevantes (Pavlycheva, 2017, p. 3).

Acrescenta-se, ainda, o fato de que apenas a abertura da Corte à práxis argumentativa, fundamentada em uma ética discursiva, é capaz de torná-la sujeita ao controle da coletividade (Botelho, 2009, p. 3), o que não significa, todavia, que a Corte deixará de ser a responsável pelo papel de dar a última palavra, mas tão somente que as suas decisões refletirão o que foi compreendido e extraído do debate obtido na arena pública, de forma democrática, livre e inclusiva (Botelho, 2010, p. 226).

Os princípios democráticos não paradoxais à supremacia da Constituição e ao exercício da jurisdição constitucional, antes de tudo garantidores são desses, por tutelarem a jurisdição alberga direitos mínimos e essenciais que não podem estar submetidas à vontade da maioria governante esporádica, de modo que o papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional é sobretudo garantidor do processo democrático (Rocha, 2017, p. 27).

Vislumbra-se, portanto, a audiência pública como um instrumento de promoção do debate democrático sobre assuntos de interesses socialmente relevantes, que possui fundamentações diversas dentro do Estado Democrático Brasileiro e aplicabilidade dentro do Poder Judiciário, tornando-a um espaço importante de exposição e participação democrática nos assuntos de interesse público relevante e repercussão geral, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e que afetem, invariavelmente, toda ou parte considerável da população, ganhando, assim, relevância ímpar no contexto jurídico brasileiro.

A audiência pública judicial possibilita que, no Estado democrático de direito, a proteção do bem comum e não a satisfação dos interesses de um ou de

poucos indivíduos, ao proporcionar ambiente para debates de temas relevantes à coletividade, discussões que instruirão o processo que será julgado pela Corte.

A instrução advinda do debate de ideias e da abertura à sociedade de intérpretes proporcionada pela audiência pública judicial é indispensável nas causas judiciais que envolvam direitos da personalidade, que são tidos como cláusula aberta e cuja a base axiológica é a dignidade da pessoa humana, tais direitos tutelam os diversos aspectos que envolvem a pessoa natural e seus prolongamentos e projeções, tendo como campos básicos nos quais incidem as relações jurídicas: a própria pessoa, a pessoa ampliada na família e o mundo exterior, vale dizer, os bens patrimoniais (França, 1992, p.5), bem como por serem os direitos subjetivos inerentes à pessoa humana, prerrogativas concedidas ao indivíduo para assegurar os meios de direito para fruir como senhor dos atributos da sua própria personalidade, e por demonstrar os aspectos individualíssimos da pessoa humana, suas emanções e desdobramentos que decorrem da necessidade de preservação e resguardo da integridade do ser humano no seu desenvolvimento psicossocial (Gogliano, 2012, p. 163).

Há uma diferenciação peculiar entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos da personalidade⁹⁴. Embora a distinção observada, há também uma mesma raiz axiológica entre tais direitos, uma vez que retiram seu embasamento e norteamento da dignidade humana. Esse fato faz com que os preceitos incutidos em tais normas possuam características similares. Um importante enfoque para este estudo em específico é a estrutura da norma, ou seja, a sua conformação enquanto axioma.

Aos conflitos que envolvam normas principiológicas, diferente da aplicabilidade de técnica da subsunção aplicada a solucionar conflitos entre regras, deve aplicar a técnica da ponderação (Barroso, 2004, p. 2-3), onde “um princípio cede lugar quando, em um determinado caso é conferido um peso maior

⁹⁴ “Os direitos da personalidade são direitos subjetivos inerentes à pessoa humana, são prerrogativas concedidas ao indivíduo pelo ordenamento jurídico para assegurar os meios de direito para fruir como senhor dos atributos da sua própria personalidade. Demonstram-se como aspectos individualíssimos da pessoa humana, suas emanções e desdobramentos decorrem da necessidade de preservação e resguardo da integridade do ser humano no seu desenvolvimento psicossocial. Desta feita, a expressão de direitos humanos é utilizada no plano internacional. Os direitos fundamentais tratam-se de direitos positivados numa Constituição de um determinado Estado que limitam a esfera de atuação do Estado. Já a expressão *direitos da personalidade* é empregada aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas.” (Siqueira; Martins; 2022, p. 239)

a um outro princípio antagônico”, no entanto, há que verificar que o caráter *prima facie* dos princípios de um modo distinto das regras, tendo em vista que pode ser fortalecido a partir da inserção de uma certa carga argumentativa ao seu favor (Aléxy, 2006, p. 105).

Da Silva (2023), ao citar os estudos de Dworkin, corrobora com a noção do direito como integridade, de modo que deveriam ser “as decisões interpretativas particulares”, isto é, quando analisadas caso a caso, “como integrantes de decisões interpretativas mais gerais, que compreendam um conjunto maior de questões, as quais estariam vinculadas umas às outras por um laço de semelhança temática”. Não se pode olvidar que a análise concreta da norma deve ser analisada “à luz das fontes jurídicas aplicáveis, ele se mostra convencido de que a solução mais convincente para o caso seria uma e não qualquer outra”. O melhor a que se refere diz respeito à melhor forma de interpretação da norma, ou seja, a forma que melhor se amolda à prática jurídica.

À vista disso é que a adoção das audiências públicas não apenas como inclusão de partícipes interessados nas causas a serem julgadas, como também para formação de normal judicial que abarque casos similares, proporcionando, em vista disso, maior integridade e coerência das decisões, proporcionando maior segurança jurídica. Consoante clarificado por Da Silva (2023, p. 247) não seriam o caso de sustentar que casos semelhantes tenham decisões idênticas, mas que, “todas as decisões sigam alguma noção comum concebida por aquele que toma tais decisões, e isso envolve seguir um referencial orientador específico”, tome-se como “referencial orientador” a partir deste estudo, a norma judicial decorrente das audiências públicas.⁹⁵

Falar em criação de normas pelo poder judiciário a *prima facie* parece estranho, contudo, as normas judiciais já são realidade no ordenamento jurídico brasileiro, vide o reconhecimento da homofobia e transfobia pelo STF como crimes de racismo, ao reconhecer a omissão legislativa na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, as decisões proferidas em recursos

⁹⁵ A respeito da integridade jurídica que demanda a aplicabilidade das normas jurídicas, convém destacar o entendimento de que “A noção de direito como integridade implica para o julgador tanto a possibilidade de em certas circunstâncias adotar decisões que se opõem a decisões passadas sobre o mesmo tema, quanto à necessidade de se observar, em regra, a forma como a questão trazida tem sido solucionada no passado. Sobre o poder (limitado) que a noção de direito como integridade oferece aos julgadores para decidir casos divergindo da forma como casos da mesma espécie” (Silva, 2023, p. 248).

repetitivos e as Súmulas vinculantes, embora não seja permitido aos magistrados decidirem em desacordo com as decisões repetitivas e as Súmulas Vinculantes, cabendo, quanto a essas últimas, reclamação ao Supremo quanto à desobediência, o que levará ao magistrado prestar esclarecimentos, fato que não ocorre quando do descumprimento de preceito ou norma constitucional.

Diante da importância da pessoa para o Estado demonstrado, de todo poder emanar do povo e da dignidade da pessoa humana ser o fundamento da República Federativa do Brasil, as soluções de conflitos que envolvam os direitos da personalidade, por tutelarem a preservação e resguardo da integridade do ser humano no seu desenvolvimento psicossocial (Gogliano, 2012, p. 163), devem gerar normas judiciais a serem respeitadas pelos magistrados, na mesma proporção das decisões em processos repetitivos ou das Súmulas Vinculantes.

A construção da norma judicial que envolvam os direitos da personalidade deve ser realizada à luz de princípios democráticos e com a abertura à sociedade dos intérpretes, sendo as audiências públicas judiciais instrumentos indispensáveis por permitirem a abertura ao debate democrático, possibilitar a exposição de ideias e auxiliando os ministros na formulação democrática da norma judicial.

Contudo, para que as audiências públicas sejam, de fato, um ambiente de abertura à sociedade e haja debate democrático, necessário que a sua formatação atual seja modificada a fim de que deixem de ser instrumento estratégico utilizado pelo relator, iniciando-se pela convocação, passando-se pela escolha das participantes e pela necessidade de enfrentamento das teses nos votos pelos ministros.

A convocação deve ser feita quando da recepção do processo e não quando o relator entender conveniente (mudança da composição da corte entre outros fatores), como ocorre atualmente.

Quanto à seleção dos participantes, destaca-se a ausência de transparência nos critérios de admissibilidade dos participantes das audiências públicas, permitindo que os ministros e ministras do Tribunal as utilizem como mecanismo autolegitimador de suas decisões e de defesa quanto à sua “aversão à derrota”. Além da falta de critérios claros para a seleção dos participantes, outro ponto que merece destaque é a impossibilidade de recurso da decisão do Relator

que indeferiu a habilitação para participar da audiência pública, o que concede demasiado poder ao relator na escolha dos participantes, fato esse antagônico ao Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a formatação atual merece retificação, a fim de determinar que no ato convocatório da audiência pública conste de forma clara os critérios de escolha dos participantes e que seja permitido àquele que teve sua habilitação indeferida interpor recurso ao colegiado, seja ao pleno ou à turma para que sejam confirmados ou reformados os fundamentos que levaram o relator a não franquear a sua participação no ato.

A necessidade de enfrentamento das teses nos votos pelos ministros, por sua vez, mostra-se importante quando se verifica a inexistência de impacto das audiências públicas judiciais nos votos proferidos pelos ministros, como apontado em diversos estudos apresentados sobre o tema.

Notou-se que os ministros se limitam a afirmar que as audiências públicas são instrumentos democráticos e a elogiar a abertura dada ao debate, sem contudo, valorar as teses debatidas pelos participantes, de modo que para que haja real abertura democrática não se basta a permitir a fala, mas também que sejam as teses apresentadas valoradas, de maneira que a formatação atual das audiências públicas convocadas pelo poder judiciário deve ser modificada para constar obrigatoriamente o enfrentamento das teses jurídicas apresentadas, a fim de realmente demonstrar o impacto da abertura ao debate na construção da norma judicial.

Evidencia-se a importância do enfrentamento das teses expostas pelos debatedores quando se debate conflitos em que se busca a solução para conflitos em que envolvam os direitos da personalidade, pois tais são direitos subjetivos inerentes à pessoa humana, prerrogativas concedidas ao indivíduo pelo ordenamento jurídico para assegurar os meios de direito para fruir como senhor dos atributos da sua própria personalidade, tutelam os prolongamentos e projeções, os campos básicos nos quais incidem as relações jurídicas: a própria pessoa, a pessoa ampliada na família e o mundo exterior.

A criação de norma judicial que soluciona conflito que envolva direito da personalidade deve partir do debate de ideias e da abertura à sociedade de intérpretes proporcionada pela audiência pública judicial, por serem os direitos da

personalidade tidos como cláusula aberta e cuja base axiológica é a dignidade da pessoa humana.

Ao tratar-se de direitos tão sensíveis como os da personalidade, faz-se necessária a consideração de aspectos relevantes para a formação do ser como si próprio. Partindo do pressuposto de que já existe um instrumento no ordenamento jurídico que possibilita o diálogo com a sociedade, não haveria razão para não o tornar verdadeiramente efetivo, ao ponto de conceder a devida relevância à pessoa, fazendo possível a concretização da dignidade humana. Nesse sentido, o julgador deixa de ser um mero participante passivo e passa a agir ativamente na construção da norma.

CONCLUSÃO

Iniciou-se o presente estudo demonstrando seu ineditismo, por intermédio da revisão sistemática, passando-se à análise da criação do Estado que rompeu com o estado de natureza em que originariamente o ser humano vivia, em que todos eram iguais e que cada um possuía o direito de usar a força necessária para defender seus próprios interesses, apresentando-se que a finalidade de um Estado é a segurança dos seus indivíduos e, com isso, possibilitar que tenham uma vida mais feliz, longe das misérias da guerra de todos contra todos. Contudo, para que haja segurança, necessário se faz a existência de um poder forte, acima dos homens para que se estabeleçam os pactos e se firmem as Leis Naturais, de modo que a validade e o cumprimento dos pactos ocorrem com a instituição de um poder civil (Estado).

A utilização de normas de regulamentação por diversas sociedades busca assegurar uma determinada ordem social, como meio eficaz de controle social, havendo conflito cabe ao Estado, por meio da função jurisdicional decidir imperativamente e impor suas decisões, substituindo os titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.

A jurisdição é atribuída o escopo fundamental de trazer paz social, por ser expressão do poder estatal deve destinar-se a realização dos seus fins, tendo implicações com sua estrutura política e reflete a fórmula das relações entre o Estado e sua população, e, sem a jurisdição não seria possível garantir as formas de tutela do direito material, pois as inconveniências e arbitrariedades da justiça privada mostraram que o poder constituído devia assumir, com total ou relativa exclusividade, a função de distribuir a justiça, declarando e realizando o direito.

A assunção do Estado do poder de julgar os conflitos permite que todos sejam tratados de forma igual, independente da força física, financeira ou do intelecto, de maneira que a solução de conflitos pelo Estado deve satisfazer a demanda por justiça formulada pelos cidadãos.

Compreendendo-se que a finalidade do Estado é a segurança dos seus indivíduos, partiu-se do estudo da pessoa, no presente estudo, por compreendê-la como o alicerce do Estado, em especial do Estado Democrático de Direito,

analisando-a sob a ótica da indispensabilidade do Estado em vislumbrar na pessoa um fim essencial e norteador. A pessoa, inclusive, é o ponto de partida para o estudo da ciência jurídica, por se tratar do sujeito de direito e de seu relacionamento em sociedade ser regulado pela ordem jurídica, de modo que a existência do direito está ligada ao surgimento da sociedade.

A vida em sociedade, segundo a teoria contratualista, é uma resposta à busca da preservação do indivíduo, pela qual cedeu parte de sua liberdade para fosse garantida a sua sobrevivência, liberdade essa que era plena no estado de natureza em que vivia em condição animalesca, em que, inclusive, segundo o qual todos eram iguais, e na própria medida de igualdade é que surgia a discórdia, o medo e a insegurança, pois, se todos são iguais, a todos é permitido fazer e ter o que bem entender, não havendo controle ou limitação, sendo guiados por suas paixões e instintos individuais, buscando benefício próprio em detrimento dos outros, vivendo em uma realidade de luta de todos contra todos.

O Estado apenas existe por uma necessidade das pessoas e apenas por sua vontade, de maneira que o Estado não é um fim em si mesmo, é criado pelas pessoas e para as pessoas.

A sociedade, por sua vez, é composta por uma pluralidade de pessoas, com anseios e necessidades diferentes os quais devem ser observadas pelo Estado.

O presente estudo buscou oferecer subsídios para uma análise crítica acerca da importância da pessoa para o Estado e da observância dos princípios democráticos na elaboração de norma judicial de solução de conflitos que envolvam direitos da personalidade, por meio da abertura ao debate à sociedade de intérpretes nas audiências públicas judiciais, visando responder a problemática proposta, qual seja: em uma sociedade pautada no pluralismo, as audiências públicas judiciais são instrumentos necessários para construção de norma judicial de solução de conflitos que envolvam direitos da personalidade?

Demonstrou-se no presente estudo que a norma judicial é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo como exemplos as decisões em recursos repetitivos e as súmulas vinculantes, por meio das quais se evidencia que o poder judiciário que, na visão clássica, deveria solucionar os conflitos de interesse surgidos na sociedade pelo direito posto, tem se tornado palco de

inúmeras demandas com temas ainda não tratados pelo poder legislativo ou pendente de elaboração de políticas públicas pelo poder executivo e cuja deliberação terá consequências para a toda a população.

Diante do papel assumido na contemporaneidade pelo poder judiciário, elaborando normas judiciais que, inclusive, possuem poder vinculativo as decisões dos magistrados, no presente estudo, partindo-se da importância da pessoa para o Estado e dos direitos da personalidade, analisou-se a participação da sociedade aberta dos intérpretes na elaboração de norma judicial para a solução de conflitos que envolvam os direitos da personalidade.

Justificando-se a incursão teórica para o desenvolvimento de um contributo interdisciplinar acerca do mapeamento da relação Democracia e poder judiciário, em que a própria leitura da tutela do homem assume dimensão que se altera conforme os anseios sociais.

O Estado democrático de direito busca a promoção da justiça social e de proteção dos direitos e garantias fundamentais, tratando-se de modelo político-jurídico maleável que visa a se adequar às cada vez mais complexas e emaranhadas relações sociais, portanto, o Estado democrático de direito, consiste no patamar civilizatório mais elevado alcançado pelo Direito Constitucional e pelo próprio fenômeno jurídico.

Estudou-se as audiências públicas a fim de averiguar se é instrumento de abertura democrática do poder judiciário à sociedade aberta de intérpretes, verificando-se que esse instrumento originário do direito anglo-saxão, com sucedâneo no princípio da justiça natural, é ferramenta para a concretização da faceta ativa da cidadania no Estado Democrático de Direito, pôr a exposição pelos administrados de suas tendências, preferências e opções com o intuito de conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual, permitindo o debate democrático sobre assuntos de relevância coletiva e que afetem toda ou boa parte da população.

Na audiência pública, o público é parte interessada e ativa, com direitos de natureza processual a serem respeitados dentro da concepção do devido processo constitucional, tratando-se de uma garantia de ouvir o interessado, antes de tomar decisão que possa afetar seus direitos e interesses.

Averiguou-se que a audiência pública se trata de ambiente para participação popular que, por meio da exposição de tendências, preferências e opções acaba por proporcionar um aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração pública e maior aceitação social.

As audiências públicas no Brasil podem ser realizadas pelos três poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo), tanto na esfera federal, estadual quanto na municipal, abarcando-se os mais gerais temas, tais como: a instalação de novas vias públicas de acesso ao aeroporto local; orçamentos municipais participativos ou, simplesmente, uma lei que muda o zoneamento urbano.

No âmbito do poder judiciário, há previsão legal desde 1999 para a realização de audiência pública em casos em que haja a necessidade de esclarecimento sobre matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, como analisado no presente estudo, a audiência pública judicial representa meio de aproximação entre o poder judiciário (Estado) e a sociedade civil, traduzindo-se em instrumento de democratização do debate, posto que o poder judiciário tem se tornado uma importante arena de exposição, afirmação e condensação dos conflitos por meio de operações estratégicas.

A abertura proporcionada pela audiência pública judicial foi estudada a fim de averiguar se seria instrumento adequado para a efetividade democrática dos direitos da personalidade, analisando-se inúmeros estudos feitos sobre as audiências públicas judiciais realizadas no Supremo Tribunal Federal.

No presente estudo, analisou-se que a formatação atual da audiência pública judicial, apesar da aparente abertura democrática proporcionada, serve de instrumento estratégico ao relator por não haver critérios claros para a escolha dos participantes e impossibilitar a interposição de recurso quanto ao indeferimento da habilitação requerida, o que não permitiria enquadrá-la como um verdadeiro instrumento democratizador das decisões judiciais, levantando-se à necessidade de mudanças em sua atual formação.

Outro ponto que se verificou foi a ausência de impacto dos debates realizados nas audiências públicas nos votos proferidos pelos ministros, sugerindo-se alteração quanto à sua utilização nos votos e a necessidade de enfrentamento das teses trazidas pelos participantes das audiências públicas, por

ser necessária a valoração das teses, além de franquear o lugar de fala, o que tornará a audiência pública um verdadeiro instrumento de abertura democrática do poder judiciário à sociedade aberta de interpretes.

A preocupação com a participação da sociedade aberta na construção de norma judicial de conflito que envolva direitos da personalidade reside na importância destes direitos, por serem aqueles que tutelam o desenvolvimento interno e externo do indivíduo.

A natureza jurídica dos direitos da personalidade advém dos direitos subjetivos da pessoa em defender o que lhe é próprio, como a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a imagem, a privacidade, a autoria, entre outros, sendo os direitos da personalidade o conjunto de caracteres próprios da pessoa e representa o poder de cada indivíduo sobre si mesmo, o que conduz ao dever jurídico de respeito por parte de terceiros e a vontade humana, mola propulsora e pressuposto da personalidade jurídica, que opera não apenas sobre os direitos patrimoniais e direitos familiares (mundo exterior), mas sobre a própria realidade antropológica do ser humano, fazendo com que cada indivíduo seja guia de sua vida, corpo, honra e demais atributos e energias que emanam da personalidade.

Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos inerentes à pessoa humana, são prerrogativas concedidas ao indivíduo pelo ordenamento jurídico para assegurar os meios de direito para fruir como senhor dos atributos da sua própria personalidade, sendo os bens da personalidade os diversos aspectos que envolvem a pessoa natural, bem como seus prolongamentos e projeções, os campos básicos nos quais incidem as relações jurídicas: a própria pessoa, a pessoa ampliada na família e o mundo exterior, vale dizer, os bens patrimoniais.

O objeto dos direitos da personalidade não é exterior ao sujeito, diferentemente dos demais bens, todavia a não exterioridade não significa a identidade entre a pessoa e os bens da personalidade.

Diante da importância da pessoa para o Estado e dos direitos da personalidade para a pessoa, a abertura à participação da sociedade de intérpretes se mostra indispensável na construção de norma judicial de solução de conflitos que envolvam direitos tão caros como os da personalidade.

Concluindo-se que as audiências públicas são instrumentos de abertura democrática e de instrução processual democráticos, porém necessitam de reformulação em sua formatação atual, visando ter critérios claros para escolha dos participantes, possibilitar àquele que teve a habilitação indeferida que interponha recurso ao colegiado, pleno ou turma, bem como sejam as teses trazidas pelos participantes enfrentadas nos votos proferidos, a fim de demonstrar a valoração de tais teses pelo poder judiciário.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Geroges, STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**. v. 921, jul./ago., 2012.
- ABREU, Pedro Manoel. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia da democracia participativa e da cidadania inclusiva. 2008. 544 f. **Tese (Doutorado em Direito)** – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2008.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *In: Internacional Journal of Constitucional Law*. v. 3, 2005
- ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón**. In: Doxa, n. 5, 1988.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. 5. Tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.
- ALMEIDA, Leonardo Souza Santana. A experiência das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal como instrumento de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição'. **Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade Federal de Pernambuco**, Recife, 2011.
- ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do Projeto do Código Civil**. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/231>. Acesso em: 20 maio 2023.
- APEL, Karls-Otto. **Estudos de moral moderna**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1988.
- ARAÚJO, G. D. A. S. A voz do povo é a voz de Deus? O mito do valor axiológico da democracia. **Revista da faculdade de direito da UERJ – RFD**, (33), 44-68. <https://doi.org/10.12957/rfd.2018.20273>.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2004.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Mário de Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1985.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Volume II: parte geral: institutos fundamentais: Tomo II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- AYALA, José Molina. **¿Por qué surgen los tiranos? Democracia y tiranía en el siglo V A.C.** Estudios 124, vol. XVI, primavera 2018. Disponível em: <http://estudios.itam.mx/sites/default/files/estudiositammx/files/124/000284062.pdf> > Acesso em: 02 abril de 2023.

AZEVEDO, Camyla Galeão de; DIAS, Jean Carlos. Democracia e Revisão Judicial na Perspectiva de Ronald Dworkin. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho –PR, n. 29, 2018, p. 101-130.

BACKES, Maria Helena. A audiência pública jurisdicional no estado constitucional: uma análise crítica das audiências públicas realizadas pelo supremo tribunal federal'. **Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade do Vale do Rio dos Sinos**, São Leopoldo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Unisinos, 2014.

BARRERA, Leticia. **La corte suprema em escena**. Una etnografia del mundo judicial. 2. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e majoritária das Cortes Constitucionais. In: **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial**: Desafios em tempos de incertezas. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Werson Rêgo (Coord.). São Paulo: GZ Editora, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, p. 2-36, jan./mar. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 695-713, 2017, p. 699. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>. Acesso em: 01 maio. 2023.

BENEDETTI, Miguel A; Sáenz, Maria Jimena. Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina. **Revista en Cultura de la Legalidad**. n. 15, octubre 2018 – marzo 2019, pp. 102-122. DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4343>

BENEDETTI, Miguel A; Sáenz, Maria Jimena. **Las audiências publicas de la corte suprema**. Apertura y limites de la participacion ciudadana em la justicia. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina. 2016.

BIM, Eduardo Fortunato. **Audiências Públicas**. 1. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 16. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro, 2000.

BÔNAT, Debora; ROESLER, Claudia; PEIXOTO, Rosana; HARTMANN, Fabiano. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal: um exame sobre suas causas e possíveis consequências no período de 2011 a 2016. **Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo**, vol. 15, n. 1, p. 106-122, jan./abr., 2019.

BONFIM, Vinicius Silva. A realização das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma possibilidade de configuração da razão pública através da participação da sociedade civil'. **Doutorado em direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2014.

BOTELHO, Marcos César. Audiências públicas e a abertura democrática do supremo tribunal federal: legitimidade discursiva e consequente concretização de direitos fundamentais'. **Doutorado em sistema constitucional de garantia de direitos Instituição de Ensino: Instituição Toledo de Ensino**, Bauru, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Participação Social**. Disponível em: < <https://www.gov.br/mj/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social#:~:text=O%20processo%20de%20consulta%20p%C3%ABlica,pela%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de%201988>>. Acesso em: 01 de jun. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Referendos e plebiscitos na história**. 2005. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2005/02/25/referendos-e-plebiscitos-na-historia>>. Acesso em: 01 de jun. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BURG, Amanda Karolini; AMORIM FILHO, Nelson Nogueira; GONÇALVES; NEVES, Everton das. A Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller no Brasil: Uma Análise a Partir dos Estudos Acadêmicos Realizados no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. **Revista de Direito Público**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6394>. Acesso em: 30 jun. 2023.

CÁMPORA, Mario; NAVARRO, Marcelo Julio. **Audiências Públicas ante la corte suprema: una instancia noedosa de participacion publica**. T. 2009-F, Sec. Doctrina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2012.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**, Coimbra: Almedida, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988

CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito de Passo Fundo**, v. 13, n. 3, p. 189-205, set./dez. 2017, p. 196. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2163/1404>. Acesso em: 13 jun. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto alla vita privata. In: **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, 1955.

CARVALHO, Flávia Martins de. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal - uma alternativa democrática? **Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade Federal do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2011.

CARVALHO, José Mauricio de. A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale. **Revista Estudos Filosóficos – versão eletrônica**. N. 14, p. 201-202, 2015. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art14%20rev14.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

CARVALHO, José Mauricio de. **Miguel Reale**: ética e filosofia do direito. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

CARVALHO, Rodrigo Barbosa Teles de. O Direito de Participação Democrática no Controle Concentrado de Constitucionalidade das Normas: A abertura para discussão de fatos pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado e a institucionalização do *lobby* na Corte.' 140 f. **Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, 2012.

CASAGRANDE, Jefferson Ferreira. A audiência pública é uma forma de exercício do ativismo judicial na efetivação dos direitos da personalidade?'. **Mestrado em ciências jurídicas instituição de ensino: Universidade Cesumar**, Maringá, 2018.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Filosofia do direito na alta modernidade. Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 210.

CINTRA, Geraldo de Uíhoa. **Da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lux Editora, 1958.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 21ª ed. Rio de Janeiro: 1998.

CRONIN, P., Ryan, F., & Coughlan, M. (2008). **Undertaking a literature review: a step-by-step approach**. *British journal of nursing*, 17(1), 38-43.

CUNHA, Juliana Marise Silva da. A comunidade aberta dos intérpretes da constituição e o caráter simbólico das audiências públicas'. **Mestrado em direito Constitucional Instituição de Ensino: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa**, Brasília, 2016.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum, 2008.

DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Parcionik. São Paulo: Edusp, 1997, p. 26).

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: **Trabalho, Constituição e Cidadania**: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. Coordenadores: Gabriela Neves Delgado e Ricardo José Macêdo de Britto Pereira. São Paulo: LTr, 2014.

DENYER, D.; Tranfield, D. Producing a systematic review. In Buchanan, D.A.; Bryman, A. (eds.). **The Sage Handbook of Organizational Research Methods**. London: Sage Publications, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3ª ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2003.

DREYMAN, N. John Doe's Right of Publicity. **Berkeley Technology Law Journal**, [s. l.], v. 32, p. 673–711, 2017. DOI 10.15779/Z38V40JZ9H. Disponível em: <https://search-ebscohost-com.ez433.periodicos.capes.gov.br/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=128449400&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 30 out. 2021.

DUARTE, Carla Grigoletto. FERREIRA, Victoria Helena. SANCHES, Luis Enrique. Analisando audiências públicas no licenciamento ambiental: quem são e o que dizem os participantes sobre projetos de usinas de cana-de-açúcar. **Revista Saúde Soc., São Paulo**, v.25, n.4, p.1075-1094, 2016

DUARTE, Gabriela Miranda. Audiência pública no supremo tribunal federal: uma arena de dissenso em construção?'. **Doutorado em direito Instituição de Ensino: Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2017.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco Espinho**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1997

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERNANDES, Milton. Direitos da personalidade e Estado de direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 50, janeiro de 1980.

FERRARA, Francesco, **Trattato di diritto civile italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 1972.

FINK, Arlene. **Conducting research literature reviews**: From the internet to paper. Sage publications, 2014.

FONTOURA, J. F. S. da. Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante. Dissertação (Mestrado em Direito). 153 p. **Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis**, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92922>. Acesso em: 25 jun. 2023.

FORTES, Francieli Silveira. Jurisdição constitucional aberta: uma análise da consideração do critério econômico nas decisões do supremo tribunal federal a partir da convocação da audiência pública da saúde. **Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Universidade de Santa Cruz do Sul**, Santa Cruz do Sul, 2011.

FRAGALE FILHO, Roberto. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso / Public Hearings and their Impact in the Decision-Making Process: the ADPF 54 as a Case-Study. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 504-535, nov. 2015. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19230/14049>>. Acesso em: 26 jun. 2023.

GAIA, Fausto Siqueira. Pós-positivismo jurídico e norma jurídica: uma análise sobre a legitimação judicial no processo construtivo do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 18, n. 2, p. 573-598, maio/ago. 2018, p. 579. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5554/3259> . Acesso em: 10 jun. 2023.

GALVÃO, Maria Cristiane Barbosa; RICARTE, Ivan Luiz Marques. Revisão sistemática da literatura: conceituação, produção e publicação. **Logeion: filosofia da informação**, Rio de Janeiro, n. 1, v. 6, p. 57-73, 2019.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: J. de Oliveira, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales**: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al diálogo ciudadano, 1. Ed, Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2021.

GARGARELLA, Roberto. **Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución**. Disponível em: <<https://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2023.

GIANPICCOLO. **La tutela giuridica della persona umana e il cd diritto alla riservatezza**. La Biblioteca Giuridica. Disponível em: <<https://independent.academia.edu/LaBibliotecaGiuridica>>. Acesso em: 15 maio de 2023.

GOES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, N. C. A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito). 132 p. **Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina**. Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/93157>. Acesso em: 12 abr. 2023.

GONÇALVES, Diogo. **Pessoa e direitos de personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

GONÇALVES, Fernanda Bernardo. Uma análise de tensão entre a jurisdicionalização das demandas e a democracia à luz da teoria da democracia radical de Chantal Moufée: entre a cruz e a espada. Universidade Federal Paraná (**Dissertação**). 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: teoria geral do processo e auxiliares da justiça. v. 1. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRESTA, Roberta Maria. **Introdução aos fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O amicus curiae no processo administrativo. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, ano 12, n. 75, p. 5-15 nov./dez. 2016

GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 11, n. 01, 2020, p. 236-273.

GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas. **Revista Direito Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 01, p. 236-271, 2020.

GUIMARÃES, Mario. **O juiz e função jurisdicional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HABERLE, Peter. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, bem como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. **Revista de Direito Público**. n. 18, nov./dez., 2007.

HABERLE, Peter. **Direito e Democracia**. Entre Facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'procedimental da' Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERLE, Peter. **Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional**. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008

HABERLEIN, Thomas. Some observations on alternative mechanisms for public involvement: the hearing, publica opinion poll, the workshop and the quase-experiment. **Natural Resources Jounarl**, n. 16, p. 197-212. Albuquerque: University of New Mexico.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Traduzido por Denilson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2018.

HABERMAS, Jurgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social**, v. 1, São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro, RJ: DP&A, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades em Marx**. Barcelona: Península, 1978.

HESPANHA, Manuel António. **Pluralismo Jurídico e o Direito Democrático: perspectivas do Direito no século XXI**. 4. ed. Almedina: Coimbra, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou material, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2015.

HOFFE, Ortried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Livio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
<http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/4835>. Acesso em: 11 out. 2021.

IKEDA, Walter Lucas; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Direitos da personalidade: terminologias, estrutura e recepção. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 22, n. 1. 129-152 p, jan./abr., 2022.

JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa**: nova genealogia dos direitos humanos. Tradução de Nélío Schneider, São Paulo: Unesp, 2012.

JUNGES, Jose Roque. **Bioética**: Hermenêutica e Casuística. São Paulo: Loyola, 2006

JUNGES, José Roque. **Transformações recentes e perspectivas de futuro para a ética teológica**. 2004. Disponível em <<http://projeto.unisinos.br/ihu/uploads/publicacoes/edicoes/1217875256.371pdf.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. As audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma nova forma de participação? **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, v. 19, n. 2, p. 327-347, maio/ago. 2014.
 Disponível em:
<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6010/3286>. Acesso em 06 maio 2023.

LEITÃO, Roberta Pereira. Direitos fundamentais sociais e a jurisdição constitucional brasileira: uma análise da repercussão e da efetividade da audiência pública da saúde na jurisprudência do supremo tribunal federal. **Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Universidade de Santa Cruz do Sul**, Santa Cruz do Sul, 2012.

LEITE, Carina Lellis Nicoll. Os diálogos sociais do STF: As audiências, o *amicus curiae* e a democratização da jurisdição constitucional. **Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, 2014. 220f.

LINDON, Raymond. **Les droits de la poersonalité**. Paris: Dallos, 1974.

LIRA, Daiane Nogueira de. Audiência Pública: Instrumento de Legitimação da Jurisdição Constitucional". **Mestrado em direito Instituição de Ensino: Centro Universitário de Brasília**, Brasília, 2010.

LOPES, Allan Duarte Milagres. **Audiência Pública no Processo Democrático**. Prefácio de Vicente Maciel; Apresentação de Alexandre Freitas Câmara, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LOPES, Jecson Girão. Thomas Hobbes: a necessidade da criação do Estado. Griot – **Revista de Filosofia, Amargosa**, Bahia – Brasil, v.6, n.2, dezembro/2012/www.ufrb.edu.br/griot.

LOYD, Dennis. **A ideia da Lei**. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Igor Suzano; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. A Virtude Soberana e o Poder Judiciário no Brasil Contemporâneo. Florianópolis, **Sequência**, n. 68, p. 189-211, jun. 2014.

MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. **Revista bioética**, 22 (3): 561-8, 2014.

MAIA, Selmar Jose. Direito, Sociedade e representação: uma análise sistêmica acerca das audiências públicas sobre meio ambiente e a complexidade de participação social na Suprema Corte brasileira'. **Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade do Vale do Rio Dos Sinos**, São Leopoldo, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Introdução ao direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO; OLIVEIRA, Andréa Cristina. **Lobby e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARONA, Marjorie; MAGALHÃES, Lucas Fernandes de; ARAÚJO, Mateus Moraes. Porque são convocadas as Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal. **Rev Sociol Polit [Internet]**. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1678-98732230e016h>. Acesso em: 12 jun. de 2023.

MARTÍ, J. Luis. **La república deliberativa**: uma teoria de la democracia. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MARTINS, Raphael Farias; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A dignidade humana é protegida pelo Estado como direitos humanos, direitos fundamentais ou da personalidade? Existem diferenças entre tais direitos? Belo Horizonte: **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 47, v. 47, 223-244, jul./dez. 2022.

MARTINS, Raphael Farias; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes. Estado e pessoa: uma relação de simbiose. Florianópolis: **Revista de Direito Brasileira**, v. 32, n. 12, p. 35-53, maio/abr., 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 112, out./dez. 1999.

MARTINS-SIQUEIRA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. **Revista de Direito Civil**, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 2, jan./mar. 1978.

MATTIETTO, Leonardo. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. Belo Horizonte: **Fórum de Dir. Civ. – RFDC**. Ano 6, n. 16, p. 11-25, set./dez. 2017.

MENDES, C H. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVOIDIC, A; Pinto, H.M.; Souza, R.P. (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MITIDIERO, Daniel; Marioni, Luiz Guilherme. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOISES, José Álvaro. **Cidadania e participação**: ensaio sobre o plebiscito, referendo e a iniciativa popular na nova Constituição. São Paulo: Marco Zero, 1990.

MORAES, Anderson Junio Leal. Audiências Públicas como Instrumento de Legitimação da Jurisdição Constitucional'. **Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2011.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: **Na medida da pessoa humana**. p. 121-148. 1 ed. Editora Renovar, 2010.
Disponível em:<
https://www.researchgate.net/publication/288490662_Ampliando_os_direitos_da_personalidade>. Acesso em: 22 maio de 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 5, 2007.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa. O diálogo institucional e as teorias da democracia: contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre poderes no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 32-48, set./dez. 2020.

MORAES, Ricardo Quantim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista de Direitos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 106/107, p. 121-158, jan./dez., 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 1.ed, São Paulo: Renovar, 2006.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MOXLEY, L. Zooming Past the Monopoly: A Consumer Rights Approach to Reforming the Lawyer's Monopoly and Improving Access to Justice. **Harvard Law & Policy Review**, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 553–584, 2015. Disponível em: <https://search-ebscohost-com.ez433.periodicos.capes.gov.br/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=109268542&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 2 nov. 2021.

MULLER, Vanessa. Democracia participativa e STF: limites e desafios das audiências públicas como promotoras de legitimação democrática. **Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade Federal de Santa Maria**, Santa Maria Biblioteca, 2021.

NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**: Tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. Forense: Rio de Janeiro, 1995

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3.ed. São Paulo; WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do autor, 3. ed. São Paulo: Editora WMF, 2012.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Traducción: Roberto P. Saba, Barcelona: Gedisa, 2017.

NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA VIANA, F. **Instituições políticas brasileiras**. Rio de Janeiro: Record, 1974.

OLIVEIRA, F. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 27(80), 2012, p. 89-115.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SILVA, Ivan Luiz da; AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. As audiências públicas no STF: a adoção de um modelo cooperativo de controle de constitucionalidade das normas. **Revista Sequência (Florianópolis)**, n. 78, p. 175-198, abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/seq/n78/2177-7055-seq-78-175.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 24, ano 7, p. 349-368. São Paulo: Ed. RT, jul./set., 2020.

PAIVA, Rayssa Kelly Duarte de. **Democracia e Participação Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POST, Robert; SIEGEL, Reve. **Constitucionalismo democrático**: por uma reconciliação entre Constitución y Pueblo. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Vientiuno Editores, 2013.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional'. **Doutorado em direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, São Paulo, 2012

RAATZ, Igor. **Tutelas provisórias no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

RACIMO, Fernando M. **Democracia deliberativa**. Teoría y Crítica. 1. Ed, Buenos Aire: AdHoc, 2006.

RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 1. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ROSA, Igor Ramos. **Peter Haberle e a Hermenêutica Constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.

RUAS, Adriana Andrade. Audiências públicas no STF: por uma jurisdição constitucional participativa. **Mestrado em direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2017.

RUIZ, Ivan Aparecido; PATTO, Belmiro Jorge. A arbitragem como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade no contexto do direito de família: Ampliação do acesso à justiça nas hipóteses de separação e divórcio litigiosos. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 5214-5243.

RUÍZ, Santiago Virgües. Democracia, desacuerdo e Derecho Constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia em el debate Dworkin – Waldron. **Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho. Rev. Derecho público**, n. 35, jul./dec./ 2015

SACRISTÁN, Estela B. **Las audiencias publicas convocadas por la corte suprema argentina**. (¿más cerca o más lejos de las reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos?)”, en *LL* 2009-C, ps. 976/988. Disponível em: <https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html>>. Acesso em: 18 jun. de 2023.

SALES, Lilian. Em defesa da vida humana”: Moralidades em disputa em duas audiências públicas no STF. **Revista Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, 35(2): 143-164, 2015

SALES, Tainah. A participação social no supremo tribunal federal: um Estudo empírico das audiências públicas em ações de Controle concentrado de constitucionalidade. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 31, n. 12, p.70-88, jan./abr. 2022

SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Discourses in Health Public Hearing and their impact on the decisions of the Supreme Court: an analysis to the theory of social systems. **Revista Saúde Soc.** São Paulo, v.24, supl.1, p.180-188, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. **Revista Crítica de Ciências Sociais Coimbra**, n. 63, out. 2002, p. 237-280. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1285>. Acesso em: abr. 2023.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016.

SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

SCHIMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Tradução de Tito Lívio. Belo Horizonte: 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SÉVE, Lucien. **Para uma Crítica da Razão Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SIDDAWA Y, Andy. P.; WOOD, Alex M.; HEDGES, Larry V. How to do a systematic review: a best practice guide for conducting and reporting narrative reviews, meta- analyses, and meta-syntheses. **Annual Review of Psychology**, v. 70, n. 1, p. 747–770, 2019.

SILVA, Alice Reis Pereira e. As audiências públicas como instrumento de democratização do Supremo Tribunal Federal'. **Mestrado em direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo**, 2010.

SILVA, Andressa de Bittencourt Siqueira da. O direito ao esquecimento como concretização dos direitos da personalidade em face à liberdade de expressão. **Revista do Curso de Direito do Unifor**, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 97-118, 30 out. 2020. Fundação Educacional de Formiga - FUOM. <http://dx.doi.org/10.24862/rcdu.v11i2.1150>.

SILVA, Cecília de Almeida. O potencial das audiências públicas e amicus curiae como fundamento de legitimidade democrática na jurisdição constitucional brasileira.' **Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Estácio de Sá**, Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Eduardo Moreira da; RIBEIRO, Antonio Carlos Andrade; MARONA, Marjorie; Magalhães, Lucas Fernandes de. Public hearings at the Brazilian Supreme Court: from strategic litigation to resolution. **Opinião Pública**. 2022, p. 462–86. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1807-01912022282462>

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

SILVA, Matheus Pelegrino da. Dworkin, a leitura moral da Constituição e os problemas da legitimidade democrática e da segurança jurídica. **Revista Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v. 16, n. 38, p. 245-268, jan./abr., 2021

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RAMIRO; Marcus Geandré Nakano; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Lobby em audiência pública no supremo tribunal federal: instrumentos democráticos para efetivação dos direitos da personalidade feminina. **Revista Direitos Culturais**, v. 15, n. 37, p. 339-364, Santo Ângelo, 2022.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Audiências públicas no poder judiciário e o enquadramento dos direitos da personalidade como matéria com repercussão geral e interesse público relevante. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 17, n. 1/ 2022. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/45279/49509> >. Acesso em: 15 dez. 2022.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Democratização da Justiça: audiências públicas, poder judiciário e os direitos da personalidade. **Revista**, vol. 9, num. 27, 2019.

SOARES, Evanna. **A audiência pública no processo administrativo**. Disponível em: < <https://doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46444>>. Acesso em: 20 jun. 2023.

SOLA, Juan Vicente. Audiencias públicas, *amicus curiae* y el caso Grupo Clarín. **Pensar en derecho**. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/audiencias-publicas-amicus-curiae-y-el-caso-grupo-clarin.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2023.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 129.

SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Audiências públicas, poder judiciário e direitos da personalidade'. **Mestrado em ciências jurídicas. Instituição de ensino: Universidade Cesumar**, Maringá, 2021.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TAYLOR, M.M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**. v. 50, n. 2, 2007, p. 229-257.

TEPEDINO, Gustavo A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In: Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 48-49

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. In: Armelin, Donaldo et al. (orgs.) Tutelas de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUSHNET, Mark. New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law. **Harvard Public Law Working Paper**. n. 15-08. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589178>. Acesso em: 26 jun. de 2023.

VANZELLA; Júnior. Democracia participativa e cidadania: da Grécia aos nossos dias. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**. v. 3, n. 2, p. 89-110, jul./dez. 2017.

VASCONCELOS; Antônio Gomes de; FRANCO, Marcelo Veiga. Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, jan. 2016.

VERBICARO, Loiane prado; FADEI, Anna Laura Manesch. O Modelo de democracia à luz da Teoria de Ronald Dworkin. **Revista Jurídica**. v. 03, n. 52, Curitiba, 2018, p. 248-274.

VESTENA, Carolina Alves. Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Escola de Direito do Rio de Janeiro (**Dissertação**). 2010.

VICTOR, Tania Mara Herculano. Audiências públicas no âmbito jurisdicional: diálogo entre a sociedade e o STF'. **Mestrado em direito Instituição de Ensino: Universidade Católica de Petrópolis**. Petrópolis, 2017.

VIEIRA, Lacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 71-81.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Tradução José Luís Martí e Áqueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WEBER, Thadeu. Ética, Direito e Moral. **Dissertatio**. v. 41, p. 293-304. 2015. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11572/2/Etica_direito_e_moral.pdf. Acesso em: 28 maio 2023.

WEBER, Thadeu. Justificação Pública. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 14, n. 2. maio/ago., p. 242-260, 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. **Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano**: estado plurinacional e pluralismo jurídico. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.