

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes

A Legitimidade Dialógica-Deliberativa da Jurisdição Constitucional do STF:
Desempenho Democrático e Efetividade Jurisdicional

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2023

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes

**A Legitimidade Dialógica-Deliberativa da Jurisdição Constitucional do STF:
Desempenho Democrático e Efetividade Jurisdicional**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em **Direito**, sob orientação da Prof.(a) Dr.(a) Flávia Piovesan.

SÃO PAULO
2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes

**A Legitimidade Dialógica-Deliberativa da Jurisdição Constitucional do STF:
Desempenho Democrático e Efetividade Jurisdicional**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em **Direito**, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Flávia Piovesan.

Aprovada em _/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Flávia Piovesan

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

SÃO PAULO

2023

À minha família, meus pais e minha irmã, por
todo o apoio e incentivo que sempre confiaram
em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, profundamente, a Professora Flávia Piovesan, por ter acreditado no tema de pesquisa desta tese e por toda a sua generosidade, orientação e parceria, ao longo destes anos em que a pesquisa foi realizada. Agradeço, ainda, pela sua amizade, inventivo e apoio para a concretização do meu período de pesquisa no *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* em Heidelberg, na Alemanha.

Os agradecimentos são estendidos ao amigo Professor Bruno Barbosa Borges, pelo apoio para a concretização do meu período de pesquisa no *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*.

Agradeço ao Professor Armin von Bogdandy, Diretor do *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, pelo período de pesquisa como *visiting scholar*, em Heidelberg em 2023, onde pude aprofundar aspectos teóricos e metodológicos desta pesquisa, e ainda participar do Colóquio Ibero-Americano, oportunidade em que foi possível debater com os demais pesquisadores questões essenciais para o aprimoramento deste trabalho.

Agradeço ao Professor Ralf Michaels, Diretor do *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, e a Professora Lena Salaymeh, pelo acolhimento e estadia, em Hamburgo, em 2023, onde pude aprofundar aspectos teóricos e metodológicos desta pesquisa, e ainda participar do *Decolonial Comparative Law Summer School*, oportunidade em que foi possível debater com os demais pesquisadores questões essenciais para o aprimoramento deste trabalho. Nesta oportunidade, agradeço a Deo Campus Dutra, Flavia Carlet, Guilherme Araújo Magalhães, Jenny Garcia Ruales e Orlando Aragón Andrade, grandes amigos e amigas que conheci no *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, por todos os ensinamentos e debates que realizamos em nossos encontros.

Agradeço ao Professor André Ramos Tavares e a Marina Faraco Lacerda Gama, pela possibilidade de participar do *Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF*, no qual tive a oportunidade de me desenvolver como pesquisador.

Agradeço a Professora Angelina Cortelazzi Bolzam, pelo trabalho de revisão do texto.

A cada um com quem pude compartilhar momentos de diálogo e debates que, de alguma forma, influenciaram ou contribuíram, ainda que indiretamente, para a elaboração desta pesquisa. Não seria possível nomear cada um neste momento, mas registro os meus sinceros agradecimentos e reconhecimento.

À minha querida esposa, Jackeline Torres de Lima, por toda atenção e por todo carinho a mim dispensados durante a elaboração desta tese, inclusive, pelo incentivo à estadia em Heidelberg, período em que estivemos afastados pelos continentes.

Por fim, à minha família, meus pais e minha irmã, por todo o apoio e incentivo, que sempre confiaram em mim.

“Eu sou porque somos nós” (Ubuntu).

RESUMO

HERNANDES, L. E. C. O. **A Legitimidade Dialógica-Deliberativa da Jurisdição Constitucional do STF: Desempenho Democrático e Efetividade Jurisdicional.**

A presente tese possui o objetivo geral de, a partir das perspectivas crítica e reconstrutiva, reconstruir a ideia de legitimidade da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da emancipação da abordagem dialógica, da compreensão democrática de deliberação e com base em uma abordagem pautada nos direitos humanos (*human rights approach*). De modo específico, a pesquisa busca problematizar a legitimidade dialógica-deliberativa como fator de fortalecimento da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade das leis, a cargo do Supremo Tribunal Federal. Isso porque a legitimidade dialógica-deliberativa, seu método e suas técnicas, promovem a abertura à participação dos atores sociais e institucionais na construção da decisão em deliberação colegiada, ao permitir a influência, a colaboração, a cooperação e a integração na fase de deliberação colegiada de decisão, bem como na implementação da deliberação, de forma a concretizar o princípio democrático, propiciar o efetivo exercício das liberdades e proporcionam instituições materialmente mais inclusivas e pedagógicas. O tema proposto será investigado com base em pesquisa empírica comparada, com emprego de raciocínio indutivo e dedutivo e adoções de técnicas de análises quantitativa e qualitativa de conteúdo e dados documentais. Por fim, apresentam-se como contribuições inovadoras e originais para a ciência a noção de legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional, a construção de um índice para mensurar o desempenho deliberativo de cortes constitucionais pautado na metodologia apresentada na tese, o método dialógico-deliberativo e suas técnicas decorrentes.

Palavras-chave: Legitimidade; Democracia; Diálogo; Deliberação; Constitucionalismo; Transformação Social; Supremo Tribunal Federal; Emancipação.

ABSTRACT

HERNANDES, L. E. C. O. **The Dialogic-Deliberative Legitimacy of the Constitutional Adjudication of the Brazilian Supreme Court:** Democratic Performance and Judicial Effectiveness.

The present thesis aims, from critical and reconstructive perspectives, to reconstruct the idea of legitimacy of constitutional adjudication exercised by the Brazilian Supreme Court through the emancipation of the dialogical approach, the democratic understanding of deliberation, and based on a human rights approach. Specifically, the research seeks to problematize the dialogic-deliberative legitimacy as a factor strengthening the democratic legitimacy of constitutional review by the Supreme Court. This is because dialogic-deliberative legitimacy, its method, and techniques promote openness to the participation of social and institutional actors within the judicial decision-making through collective deliberation. It allows for influence, collaboration, cooperation, and integration in the stage of judicial deliberation as well as in the implementation of decision, in order to materialize democratic principles, facilitate the effective exercise of freedoms, and promote substantively inclusive and pedagogical institutions. The proposed theme will be investigated through comparative empirical research, employing inductive and deductive reasoning and adopting techniques of quantitative and qualitative analysis of content and documentary data. Finally, innovative and original contributions to science are presented as the notion of dialogic-deliberative legitimacy of constitutional adjudication, the construction of an index to measure the deliberative performance of constitutional courts based on the methodology presented in the thesis, the dialogic-deliberative method and its resulting techniques

Keywords: Legitimacy; Democracy; Dialogue; Deliberation; Constitutionalism; Social Transformation; Brazilian Supreme Court; Emancipation.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1- Index Cortes Democráticas (Democratic Courts Index).....	164
Tabela 2- Index Cortes Democráticas (Democratic Courts Index) do Supremo Tribunal Federal	176

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1- Resultado da seleção das amostras	169
Gráfico 2- Abertura à participação	170
Gráfico 3- Nível de justificação jurídica.....	170
Gráfico 4- Conteúdo da justificativa jurídica	171
Gráfico 5- Respeito ao grupo.....	171
Gráfico 6- Respeito ao Contra-argumentos	172
Gráfico 7- Questionamento (questioning)	172
Gráfico 8- Consenso construtivo	173
Gráfico 9- Tipos de discursos	173

LISTA DE ABREVIATURAS

ACO – Ação Civil Originária

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

DJe – Diário Judiciário Eletrônico

DQI – *Discourse Quality Index*

MC-Ref – Referendo na Medida Cautelar

MI – Mandado de Injunção

MPIL – *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law*

MS – Mandado de Segurança

Rcl – Reclamação Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPI-Ref – Referendo em Tutela Provisória Incidental

UFPR – Revista da Faculdade de Direito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
PARTE I - CONSTITUCIONALISMO MODERNO: UM PROJETO INACABADO ..	26
1 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A CRISE DO PARADIGMA	26
1.1 O paradigma do constitucionalismo moderno	26
1.2 A crise do paradigma do constitucionalismo moderno	34
1.2.1 A crise da racionalidade	35
1.2.2 A crise da positividade da lei	40
1.2.3 A crise da era da técnica.....	49
1.2.4 A crise da dicotomia Estado e sociedade civil	52
1.2.5 A crise da legitimidade do império da lei (<i>rule of law</i>)	53
1.2.6 A crise da verdade	57
2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO SOB NOVO PARADIGMA.....	60
2.1 Neoconstitucionalismo: a busca pela superação da crise do constitucionalismo moderno	60
2.2 O constitucionalismo multidimensional na sociedade atual: a construção de um novo paradigma.....	69
2.3 O constitucionalismo multidimensional sob o enfoque transformador: a função transformadora da Constituição e a interpretação constitucional.....	84
PARTE II - CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	91
2 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	91
2.1 Constitucionalismo e democracia	91
2.2 Separação dos poderes e jurisdição constitucional: desenho constitucional (<i>contitutional design</i>)	102
2.2.1 A separação de poderes no constitucionalismo moderno	103
2.2.2 Freios e contrapesos e o constitucionalismo americano	105

2.2.3 Equilíbrio Institucional e o constitucionalismo multinível na União Europeia	109
2.2.4 A Jurisdição Constitucional: modelos.....	113
2.2.5 Legitimidade da jurisdição constitucional, democracia, deliberação judicial e capacidade institucional	117
2.2.6 Democracia, deliberação judicial e o Supremo Tribunal Federal	125
2.2.7 Sociedade civil impactada, representação democrática e jurisdição constitucional	131
2.2.8 Última palavra? A separação dos poderes sob novos horizontes.....	139
2.2.9 A legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal na sociedade atual e a legitimidade pelo diálogo em deliberação: qual diálogo?.....	145
PARTE III – INDEX CORTES DEMOCRÁTICAS	157
3 PESQUISA EMPÍRICA.....	157
3.1 Metodologia	157
3.2 Os casos selecionados.....	167
3.3 Análise dos dados obtidos.....	169
3.4 Conclusão a partir dos resultados obtidos.....	174
PARTE IV – A LEGITIMIDADE DIALÓGICA-DELIBERATIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	177
4 A LEGITIMIDADE DIALÓGICA-DELIBERATIVA	177
4.1 A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional	177
4.2 Ativismo judicial dialógico-deliberativo	188
4.3 A questão da representatividade adequada.....	192
4.4 Decisões colegiadas dialógica-deliberativas	196
4.4.1 O método e as técnicas dialógica-deliberativas.....	197
4.4.2 Funções das técnicas dialógica-deliberativas	201
4.4.3 Fase pré-decisional (contestação pública).....	203
4.4.3.1 Audiências dialógicas.....	204
4.4.4 Fase decisional (engajamento colegiado).....	207

4.4.4.1 Audiências deliberativas.....	208
4.4.4.2 Método questionador	212
4.4.4.3 Técnica autodeterminante	214
4.4.4.4 Técnica da recepção argumentativa integradora	214
4.4.4.5 Técnica do reenvio prejudicial.....	215
4.4.4.6 Plenário em rede	216
4.4.4.7 Acordos resolutivos (extraprocessuais e endoprocessuais), no exercício da jurisdição constitucional?	220
4.4.5 Fase pós-decisional (decisão deliberativa escrita)	222
4.5 Fase de monitoramento, acompanhamento e implementação (implementation process)?	225
CONCLUSÃO.....	230
REFERÊNCIAS	236
ANEXO A – JULGADOS ANALISADOS.....	282

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo consolida objetivos políticos consistentes na limitação do poder político, na garantia de esferas de autonomia protegidas¹ e na codificação legal do regime político². Trata-se de um fenômeno da Idade Moderna, que se originou no contexto da formação do Estado europeu moderno³, difundiu-se para as ex-colônias britânicas e se tornou um fenômeno global.

Ocorre que a sociedade passa por profundas mudanças sociais em meio a complexidade⁴ do mundo em que vivemos⁵. Essas mudanças impactam a noção moderna de Constituição e suas instituições, de forma que se emerge uma crise do paradigma do constitucionalismo moderno, enquanto projeto inacabado. Acentua-se um processo de “desconstitucionalização”⁶ e de mudanças de paradigmas como o desenvolvimento do constitucionalismo transformador⁷ em uma perspectiva multinível⁸.

A crise sanitária causada pelo SARS-CoV-2 (coronavírus) impactou negativamente o exercício dos direitos humanos nas Américas, particularmente no Brasil, em um contexto social caracterizado por profundas desigualdades sociais, padrões históricos de discriminação e um fraco déficit democrático ou de estado de direito⁹. Por outro lado, em 2021, a Comissão

1FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias historicas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 17.

2GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 6-7.

3FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias historicas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 17.

4HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. Bioética e bioconstituição: a sociedade complexa em tempos de pandemia Covid-19. **Revista Húmus**, v. 12, n. 36, pp. 295-312, 2022, p. 296. Ver: MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, 13.

5ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 1, pp. 59-90, 2020, p. 61.

6PETERS, Anne. Against a deconstitutionalisation of international law in times of populism, pandemic, and war. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), **Research Paper**, n. 2022-22, 2022.

7BOGDANDY, Armin von. **Strukturwandel des öffentlichen Rechts**: entstehung und demokratisierung der europäischen gesellschaft. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2022.

8HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. As audiências públicas no sistema multinível de proteção dos direitos humanos. **Rev. Just. Direito**, v. 35, pp. 44, 2021; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, pp. 371-388, 2022.

9HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, pp. 371-388, 2022.

Interamericana de Direitos Humanos¹⁰ observou ações de diferentes poderes dos Estados nacionais que poderiam prejudicar a independência judicial na região. A Comissão também observou o enfraquecimento das instituições nacionais de proteção direitos humanos, bem como o fechamento de espaços democráticos e o crescimento da violência contra defensores de direitos humanos e jornalistas. Esses fatos indicam erosão democrática e uma perspectiva da política como uma relação “amigo-inimigo”¹¹, invés de uma relação equitativa entre iguais.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos expressou preocupação com os desafios do Brasil quanto às instituições democráticas, particularmente no que diz respeito à independência dos diferentes poderes do governo. Os principais desafios incluem defender a independência do sistema judicial devido aos ataques contra o Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a disseminação de informações falsas (*fake news*), por parte de entidades estatais, particularmente, no que diz respeito à gestão institucional da pandemia COVID-19¹².

Em 8 de janeiro de 2023, as instituições democráticas brasileiras foram alvo de ações antidemocráticas oriundas do populismo autoritário. O contra-ataque democrático a essas ações antidemocráticas envolveu uma resposta firme, efetiva e oportuna da lei e de diferentes instituições formais e informais, que operaram em rede coordenada, cooperativa e dialógica, integrando atores sociais e institucionais tanto no âmbito doméstico quanto internacionalmente.

Esses contextos políticos e sociais são reforçados pelo populismo por meio de sua capacidade de mudar a democracia e as instituições liberais internas¹³. Os líderes populistas, muitas vezes, mostram pouca consideração por regras e convenções constitucionais estabelecidas e não escritas, optando, em vez disso, por criar suas próprias novas regras e normas. A ideologia específica associada ao populismo também se reflete em sua interpretação constitucional. Líderes populistas tentam conseguir mudanças constitucionais por meio de leis ordinárias e os governos populistas muitas vezes possuem o poder político necessário para fazer

10CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Human Rights Development In The Region. **Annual Report 2021**, 2021. Disponível em: <<https://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2021/Chapters/IA2021cap4A-en.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

11SCHMITT, Carl. **The concept of the political**: expanded edition. Tradução de George Schwab. University of Chicago Press, 2008, p. 27.

12HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. **Democracia**: Proteção Constitucional e Internacional. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2022.

13FINCHELSTEIN, Federico; URBINATI, Nadia. On populism and democracy. **Populism**, v. 1, n. 1, pp. 15-37, 2018, p. 16.

essas mudanças¹⁴. Como resultado, surgem os chamados constitucionalismo abusivo¹⁵ e legalismo autoritário¹⁶.

Todos os ataques políticos contra a Constituição resultam na erosão dos princípios centrais do constitucionalismo global, bem como no processo de desconstitucionalização, que inclui a erosão do estado de direito, as críticas contra os direitos humanos, os ataques ao Tribunal Penal Internacional (TPI) como pedra angular do humanismo com função constitucional e o declínio da democracia¹⁷.

Na atual quadra do constitucionalismo, novas técnicas¹⁸ são implementadas no âmbito das Cortes Constitucionais para o fortalecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Essas medidas permitem um lugar de fala para a multiplicidade de interesses que caracterizam a sociedade complexa atual e seus conflitos policêntricos¹⁹. Afinal, quem vive a norma constitucional interpreta-a antecipadamente²⁰.

14KOVALČÍK, Michal. The instrumental abuse of constitutional courts: how populists can use constitutional courts against the opposition. **The International Journal of Human Rights**, v. 26, n. 7, pp. 1160-1180, 2022.

15LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **UCDL Rev.**, v. 47, pp. 189-260, 2013.

16MELO, Teresa; MENDES, Conrado Hübner. Legalismo autoritário e autoritarismo legislativo: uso abusivo de decretos e neutralização da oposição na crise da democracia. In: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa De (Orgs.). **Democracia e resiliência no Brasil: a disputa em torno da Constituição de 1988**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2022.

17PETERS, Anne. Against a Deconstitutionalisation of International Law in Times of Populism, Pandemic, and War. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) **Research Paper**, n. 2022-22, 2022, p. 4-7.

18Para uma análise de técnicas em perspectiva comparada entre as Cortes Constitucionais da Colômbia, Argentina e Brasil, com enfoque no compliance judicial: MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Compliance judicial: por que e como aferir a efetividade de decisões estruturais**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Sobre as inovações no contexto da jurisdição constitucional da Itália. ver: GROPPI, Tania; ORTU, Anna Maria Lecis Cocco. Openness and Transparency in Constitutional Adjudication: Amici Curiae, Third-Party Intervention, and Fact-Finding Powers. In: BARSOTTI, Vittoria; CAROZZA Paolo G.; CARTABIA, Marta; SIMONCINI, Andrea (eds). **Dialogues on italian constitutional justice: a comparative perspective**. New York: Routledge, 2021. Sobre as inovações dos meios democráticos de participação e deliberação na América Latina ver: POGREBINSCHI, Thamy. **Innovating Democracy?: the means and ends of citizen participation in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2023. Para uma análise das inovações democráticas na Alemanha: KLAGES, Helmut. Perspectives on the Institutionalization of Citizen Participation at the Municipal Level: A First-Hand Report. in: FRAENKEL-HAEBERLE, Cristina; KROPP, Sabine; PALERMO, Francesco; SOMMERMAN, Karl-Peter (eds). **Citizen Participation in Multi-Level Democracies**. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.

19LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, 2013.

20HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 13-14.

Da mesma forma, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é objeto de amplos debates nacional²¹ e internacional²². Os questionamentos com respeito à legitimidade do exercício da revisão judicial pelas Cortes e pelos órgãos constitucionais competentes decorrem do fato de ser o controle de constitucionalidade das leis uma restrição à democracia representativa, seja por retirar dos cidadãos soluções, mediante procedimentos majoritários e dotados de participação equitativa, acerca de dissensos substanciais sobre direitos, sobre questões de direitos “divisórias” (*watershed” issues of rights*²³), isto é, escolhas que correspondem a pontos focais de desacordos moral e político na sociedade, seja por retirar do ordenamento jurídico os efeitos de leis elaboradas pelos representantes eleitos e que foram declaradas incompatíveis com a Constituição, fazendo surgir a necessidade de justificar a natureza democrática dos tribunais constitucionais investidos dessa função²⁴.

Nesse contexto, “[...] a legitimidade dos tribunais constitucionais é, antes de tudo, pura e simplesmente, a legitimidade da própria Constituição”²⁵. Não existindo Constituição legítima,

21 RODRIGUES, Douglas Alencar. **A justiça constitucional na democracia**: a busca da legitimidade substantiva. 2022. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021; GROSTEIN, Julio. **Autocontenção judicial e jurisdição constitucional**. 2020. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020; FALSARELLA, Christiane Mina. **A deliberação no Supremo Tribunal Federal**. 2018. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017; MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, pp. 557-584, 2013; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

22 Ver: DIXON, Rosalind. **Responsive judicial review**: democracy and dysfunction in the modern age. Oxford: Oxford University Press, 2023; DIXON, Rosalind. In: Defense of responsive judicial review. **UNSW Law Research**, pp. 22-11, 2022; TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, pp. 15-40, 2021; ROA, Jorge Ernesto Roa. **Control de constitucionalidad deliberativo**: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020; FALLON JR., Richard H. **Law and legitimacy in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2018; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006; COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip (Orgs.). **The good polity**: normative analysis of the State. Oxford: Blackwell, 1989; FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. **Law and Philosophy**, v. 9, n. 4, pp. 327-370, 1990/1991; GRIMM, Dieter. Constitutional Adjudication and Democracy. **Israel Law Review**, v. 33, n. 2, pp. 193-215, 1999; PARKINSON, John. Legitimacy Problems in Deliberative Democracy. **Political Studies**, v. 51, pp. 180-196, 2003.

23 WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1367.

24 BRITO, José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, J. S. et al. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 39.

25 VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: BRITO, J. S. et al. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 86.

também não existirá jurisdição constitucional legítima e exercício legítimo da função²⁶. Desse modo, os julgamentos da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional podem ser opostos contra a própria Constituição²⁷.

É nesse contexto social, político e institucional que a presente tese se desenvolve. A tese analisa a legitimidade da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, na perspectiva democrática e com base em uma abordagem pautada nos direitos humanos (*human rights approach*²⁸).

A tese adota uma perspectiva analítica crítica e reconstrutiva (*reconstructive approach*²⁹), com base em um “filtro decolonial” (*decolonial filter*³⁰). A tese reconstrói a ideia de legitimidade democrática por meio da emancipação da abordagem dialógica e da compreensão democrática de deliberação, a partir da alegada tensão entre constitucionalismo e democracia. A tese é elaborada tendo em vista a crítica intradogmática da noção de legitimidade democrática da jurisdição constitucional a cargo do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, a fim de que, com base nos conhecimentos teóricos e nos dados empíricos do seu desempenho deliberativo, seja possível reconstruir a noção de legitimidade democrática da jurisdição constitucional exercida pela Corte e da efetividade de suas decisões. A tese preocupa-se com o funcionamento do STF, enquanto instituição.

A tese apresenta uma contribuição para o debate científico no tema, a partir da seguinte problemática: a legitimidade dialógica-deliberativa é fator de fortalecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal?

A tese se preocupa com as perguntas: por que decide e como decide? Entender “por que” decide é uma questão relacionada à legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional. Essa preocupação se desenvolve em uma perspectiva intrainstitucional, ou seja,

26BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, n. 51, v. 18, pp. 127-150, 2004, p. 132.

27FALLON JR., Richard H. Legitimacy and the Constitution. **Harvard Law Review**, v. 118, n. 6, pp. 1787- 1853, 2005, p. 1802.

28PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, 2012, p. 68.

29HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, 1996, p. 7; 82. Sobre a aplicação da abordagem reconstrutiva do direito de Habermas na análise da legitimidade democrática da lei antidiscriminação (*Antidiskriminierungsrecht*) alemã e a promoção inclusão democrática por meio da lei ver: MANGOLD, Anna Katharina. **Demokratische Inklusion durch Recht: Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021, p. 397. No Brasil, ver: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9.

30BORGES, Guilherme R. Decolonializing brazilian law: the judiciary and the 'decolonial filter'. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), **Research Paper**, n. 2020-15, pp. 1-24, 2020.

no interior do Supremo Tribunal Federal, estudando o seu desempenho democrático enquanto instituição, sem prejuízo do enfoque interinstitucional, no contexto da efetivação das suas decisões. Entender “como” decide é uma forma de medir a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, com base em uma relação substantiva-procedimental acerca da construção da decisão e da sua implementação. Importa-se com a autoridade legítima.

A hipótese da tese é a de que a legitimidade dialógica-deliberativa é fator de fortalecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que promove a abertura à participação dos atores sociais e institucionais na construção da decisão em deliberação colegiada, ao permitir, por meio do método e das técnicas dialógica-deliberativas, direta, ou indiretamente, a influência, a colaboração, a cooperação e integração da deliberação, inclusive na fase decisional (engajamento colegiado) e de implementação da deliberação, e não somente na fase pré (contestação pública) e pós-decisional (decisão deliberativa escrita).

Para responder a questão-problema da tese, desenvolve-se esta pesquisa em um método multidimensional. Em uma dimensão analítico-conceitual, objetiva-se analisar, de forma crítica, os conceitos de legitimidade e de deliberação em cortes constitucionais com o fim de delimitar o conceito técnico-jurídico de deliberação judicial. Em uma dimensão empírica, pretende-se mensurar de forma quantitativa-qualitativa e comparada acerca da decisão em deliberação colegiada proferida pelo STF, no exercício da jurisdição constitucional. Em uma dimensão normativa e conforme a abordagem dos direitos humanos (*human rights approach*), de acordo com os resultados das análises conceitual e empírica, busca-se confirmar ou negar a hipótese do presente trabalho, segundo o problema formulado. Com isso, foca-se a natureza prática da pesquisa, a qual pretende contribuir para o debate científico do tema e para o aprimoramento do exercício da jurisdição constitucional, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A tese desenvolve-se por uma pesquisa empírica comparada, com emprego de raciocínio indutivo e dedutivo e adoções de técnicas de análises quantitativa e qualitativa de conteúdo e dados documentais³¹. Por conseguinte, uma pesquisa que emprega multimétodos³².

31GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 39 e ss.

32NIELSEN, Laura Beth. The need for multi-method approaches in empirical legal research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (Ed.). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 953.

A pesquisa empírica realizada emprega a ferramenta metodológica de análise qualitativa Índice de Qualidade do Discurso (*Discourse Quality Index* - DQI³³). A partir de dados empíricos quantitativos e qualitativos coletados de amostras, a tese mensurou a qualidade atual da deliberação colegiada na fase decisional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foram elaborados e acrescentados indicadores inovadores e originais ao DQI.

Os dados para a pesquisa (objetos de análises da pesquisa) foram obtidos das sessões de julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro, registradas, documentadas, transcritas nos acórdãos publicados no Diário Judiciário Eletrônico, e nas decisões judiciais publicadas na literatura especializada, e, em ambos os casos, disponibilizados no sítio da Corte na internet (www.stf.jus.br).

A motivação consiste no fato de que a sociedade atual passa por profundas mudanças e essas mudanças não deixaram de ser percebidas pelo direito, pela conformação estatal e especialmente, pela análise crítica da legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão responsável por defender a Constituição, quando analisa a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, questionados diante da ordem constitucional vigente.

O tema é relevante também porque a louvável produção científica sobre a legitimação democrática da jurisdição constitucional necessita de um contínuo aperfeiçoamento do ponto de vista da realidade local, bem como pelo fato da legitimidade dialógica-deliberativa representar uma medida de fortalecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e, por conseguinte, do STF, o que demonstra a relevância e a atualidade do tema para o aprofundamento do debate acadêmico-científico.

Mas como deliberar para se alcançar a legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF? Para tanto, propõem-se as seguintes técnicas compreendidas no método dialógico-deliberativo: a) audiências dialógicas; b) audiências deliberativas; c) método questionador; d) técnica autodeterminante; e) técnica da recepção argumentativa integradora; f) técnica do reenvio prejudicial; g) plenário em rede; h) assembleias e comitês dialógicos-deliberativos.

Apresentam-se como contribuições inovadoras e originais para a ciência a noção de legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional, a construção de um índice para

33STEINER, Jürg; BÄCHTIGER, André; SPÖRNDLI, Markus; STEENBERGEN, Marco R. **Deliberative politics in action: analyzing parliamentary discourse**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; ERCAN, Selen A.; ASENBAUM, Hans; CURATO, Nicole; MENDONÇA, Ricardo F. Researching deliberative democracy: methods and approaches. In: ERCAN, Selen A.; ASENBAUM, Hans; CURATO, Nicole; MENDONÇA, Ricardo F. (eds.). **Research methods in deliberative democracy**. Oxford University Press, 2022, p. 4.

mensurar o desempenho deliberativo de cortes constitucionais pautado na metodologia apresentada na tese, o método dialógico-deliberativo e suas técnicas decorrentes. Portanto, o presente trabalho insere-se no contexto das inovações no contexto do constitucionalismo.

Busca-se o aperfeiçoamento da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional por parte do STF com o fim de fortalecer a realização do Estado Democrático de Direito. Foca-se em analisar se a legitimidade dialógica-deliberativa consiste em fator de fortalecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional ao promover a abertura à participação dos atores sociais e institucionais na construção da decisão em deliberação colegiada, ao permitir a influência, a colaboração, a cooperação e a integração na fase de deliberação colegiada de decisão, bem como na implementação da deliberação³⁴.

Dessa forma, a abertura à participação dos atores sociais e institucionais na construção da decisão em deliberação colegiada consubstancia o princípio democrático, promove o efetivo exercício das liberdades e proporciona instituições materialmente mais inclusivas e pedagógicas. Permitem-se as fundamentações materiais do ordenamento jurídico estatal e da legitimação democrática da jurisdição constitucional do STF, com vista na concretização e na consolidação de direitos fundamentais no Brasil.

A tese é construída em quatro partes.

Na primeira parte, analisa-se o surgimento, o desenvolvimento e a crise do paradigma do constitucionalismo moderno na sociedade complexa atual, enquanto projeto inacabado. A partir de uma perspectiva crítica e reconstrutiva, apresenta-se o novo paradigma do constitucionalismo multidimensional, ou complexo, sob o enfoque transformador.

A segunda parte investiga debates contemporâneos pautados na dicotomia entre democracia e constitucionalismo, separação dos poderes, modelos de jurisdição constitucional, legitimidade da jurisdição constitucional, representação democrática e capacidade institucional, propondo-se que a legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal na sociedade atual deve estar submetida à legitimidade pelo diálogo em deliberação, de forma que a autoridade deve se transformar em autoridade persuasiva ou relacional e a participação se qualificar como participação deliberativa e dialógica, para a promoção da cidadania constitucional. Argumenta-se que o Supremo Tribunal Federal será mais democrático e mais legítimo em suas decisões, quanto mais dialógica-deliberativas forem as decisões judiciais do tribunal no exercício da jurisdição constitucional.

³⁴Para uma análise do fenômeno da colaboração, da cooperação, da integração e inclusive da competição no processo de internacionalização do Direito Constitucional ver: FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 24-25.

Na terceira parte, desenvolve-se a pesquisa empírica da tese. Descreve-se a metodologia, os casos selecionados, as análises dos dados obtidos e as conclusões a partir dos resultados obtidos. Dessa forma, é construído o *Index Cortes Democráticas (Democratic Courts Index)* e, como resultado, é revelada a pontuação alcançada pela deliberação do Supremo Tribunal Federal na fase do engajamento colegiado e sua representação no *Index Cortes Democráticas (Democratic Courts Index)*.

A quarta parte analisa a legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional, defende o ativismo dialógico, investiga a questão da representação adequada e constrói o método dialógico-deliberativo, as técnicas e suas funções, sem perder de vista um enfoque holístico da deliberação judicial no exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, de forma a abranger inclusive a possibilidade de construção de acordos resolutivos e a fase de implementação das decisões da Corte.

Por fim, são apresentadas as conclusões da presente tese com a expectativa de que futuras pesquisas possam contribuir para o desenvolvimento, aprimoramento e evolução do paradigma da nova abordagem do constitucionalismo investigado neste trabalho.

PARTE I - CONSTITUCIONALISMO MODERNO: UM PROJETO INACABADO

Na primeira parte, analisa-se o surgimento, o desenvolvimento e a crise do paradigma do constitucionalismo moderno na sociedade complexa atual, enquanto projeto inacabado. A partir de uma perspectiva crítica e reconstrutiva, apresenta-se o novo paradigma do constitucionalismo multidimensional, ou complexo, sob o enfoque transformador.

1 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A CRISE DO PARADIGMA

As Revoluções Americana e Francesa no final do século XVIII marcaram as origens do constitucionalismo moderno e estabeleceram o padrão para o moderno sentido de Constituição. No entanto, como será estudado, a crise do paradigma do constitucionalismo moderno reflete crises ínsitas à própria modernidade.

1.1 O paradigma do constitucionalismo moderno

O constitucionalismo moderno é fruto de um projeto inacabado anglo-saxão iniciado na Inglaterra, por volta da virada do século XVI para o século XVII, quando o uso do vocábulo “constituição” começou a ser utilizado em conexão com corpos corporativos e com o corpo político. As Revoluções Americana e Francesa no final do século XVIII marcaram o desenvolvimento das bases conceituais do constitucionalismo moderno e estabeleceram o padrão para o moderno sentido de Constituição. Constituição moderna é normativa antes de tudo, em contraste com as Constituições empíricas, que sempre existiram³⁵.

O historiador austríaco Gerald Stourzh³⁶ identifica duas raízes distintas para a aplicação da palavra “constituição” vinculada a noção ampla de governo na Inglaterra. A primeira e mais importante raiz se constata na virada do século XVI para o século XVII, com o emprego da analogia da natureza à política, ou seja, aplicação de vocábulo empregado ao corpo físico para entidades políticas, coletivas ou corporativas, como no debate entre separatista e anti-separatista (puritanos), na Igreja da Inglaterra. A segunda ocorre em meados do século XVII, até por volta do século XVIII, com o emprego do termo legal “constituições” no plural, cujo sentido remonta até as *constitutiones* do direito romano e do direito canônico.

35GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 3; 146.

36STOURZH, Gerald. **Vienna to Chicago and back**: essays on intellectual history and political thought in Europe and America. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 85.

Era razão de sua importância, passa-se a analisar com maiores detalhes a primeira raiz história. A ideia de “constituição” como “disposição” ou “qualidade” do corpo político vinculado à noção de corpo físico dominou o debate político e constitucional da primeira metade do século XVII, até o final do XVIII. Essa noção é utilizada, pela primeira vez, na Inglaterra, por volta de 1610, quando do debate na Câmara dos Comuns sobre as “Imposições” de Jaime I, que consistiram na tentativa de imposição dos tributos alfandegários sem aprovação parlamentar. É somente a partir da Revolução Gloriosa que o signo “constituição” adquire o significado de um ato fundamental do Estado. Isso porque o Parlamento de Convenção (*Convention Parliament*) declarou a abdicação de Jaime II, em 11 de abril, de 1689 e a vacância do trono com base na acusação de Jaime II ter tentado “subverter a constituição do reino”. A partir da Revolução Gloriosa, surge a idade de ouro da “Constituição Britânica”, cuja propagação ocorreu em 1748, com a publicação de *De l’Esprit des Lois*, de Montesquieu³⁷.

A Revolução Gloriosa e a Declaração de Direitos (*Declaration of Rights*) de 13 de fevereiro, de 1689 – que fixou o consentimento do Parlamento com fonte da legitimidade do poder real sobre certos assuntos fundamentais e configurou uma declaração de direitos do Parlamento – propiciaram o alicerce para a alocação da soberania no Parlamento durante os séculos XVIII e XIX, em detrimento do monarca e do próprio povo³⁸.

Para o jurista, juiz e conservador inglês William Blackstone, que influenciou decisivamente os juristas revolucionários americanos, que redigiram a Declaração de Independência, a Constituição, os Artigos Federalistas e as decisões da Suprema Corte sob a liderança de John Marshall³⁹, o Parlamento britânico era o poder supremo e autoridade absoluta do Estado, conferida pela Constituição inglesa. William Blackstone escreveu que não conhecia “[...] nenhum poder que possa controlá-lo”⁴⁰. Uma regra positivamente aprovada pelo Parlamento, ainda que contrária a razão, mesmo que uma lei não fosse razoável, os juízes não tinham a liberdade de rejeitá-la, sob pena do poder judiciário estar acima do legislativo, “[...] o que seria subversivo a todo governo”⁴¹.

37STOURZH, Gerald. **Vienna to Chicago and back: essays on intellectual history and political thought in europe and America**. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 88; 90; 92.

38DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 24-26.

39FERGUSON, Robert A. **Law and letters in American culture**. Cambridge: Harvard University Press, 1984, p. 11.

40BLACKSTONE, William. **The Oxford edition of blackstone's: commentaries on the laws of England**. Oxford: Oxford University Press, 2016, v. 1, p. 66; 142.

41BLACKSTONE, William. **The Oxford edition of blackstone's: commentaries on the laws of England**. Oxford: Oxford University Press, 2016, v. 1, p. 66; 142.

A Constituição moderna reflete as contrariedades revolucionárias americanas e francesas, com relação ao sistema de governo e ao governante. Objetivou a Revolução Americana garantir a segurança dos direitos negados pelo Parlamento da Inglaterra⁴² e a limitação do governo, em especial da supremacia do Parlamento, que ocasionou a degeneração da ideia da Constituição inglesa⁴³, cuja consequência foi a Declaração de Independência. Já a Revolução Francesa pretendeu romper com a organização social do feudalismo calcada na propriedade além de modificar as condições políticas⁴⁴. Dentre outras consequências da Revolução Francesa, destacam-se a aprovação pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a promulgação da Constituição francesa de 1791.

Essas lutas revolucionárias, na América do Norte e na Europa Ocidental, por liberdades pessoais e contra o exercício arbitrário do governo, propiciaram as bases dos ideais que consolidaram os princípios fundamentais ou os objetivos políticos do constitucionalismo moderno: a limitação do poder político, a garantia de esferas de autonomia protegidas⁴⁵ e o império da lei (*rule of law*)⁴⁶. Nos dois episódios históricos, o paradigma⁴⁷ subjacente do constitucionalismo moderno compreendeu não apenas a limitação do governo por meio da lei⁴⁸, mas uma delimitação do poder político qualificada constitucionalmente. O império da lei (*rule of law*) significou que os governos existem para realizar determinados fins e funcionar

42GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 6-7.

43DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 28.

44GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 6-7.

45FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias historicas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 17.

46SCHOCHET, Gordon J. Introduction: constitutionalism, liberalism, and the study of politics. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). **Constitutionalism**: Nomos XX. New York: New York University Press, 1979, p. 1.

47Recepciona-se a noção de paradigma de André Ramos Tavares: “[...] A ideia de paradigma, aqui, é adotada no sentido de parâmetros válidos de atuação, de modelos que oferecem limites e possibilidades a serem seguidos pelo juiz constitucional, não apenas pautando sua atividade, mas também impondo determinadas preocupações e realizações (como a concretização constitucional). Esses paradigmas também atrelam o Legislativo, limitando sua atuação válida [...]” cf. TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 14. Sobre o conceito de paradigma, sua importância para o desenvolvimento da “ciência normal”, os momentos de crise do paradigma e a construção de novos paradigmas para consolidação da nova “ciência normal” ver KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1970. A compreensão de Thomas S. Kuhn sobre os momentos de crise do paradigma até a formação da nova “ciência normal” influenciou a noção de democracia dualista (*dualist democracy*) de Bruce Ackerman (ACKERMAN, Bruce A. **We the people**: foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991, v. 1, p. 6). Os momentos políticos constitucionais são momentos de superação do paradigma constitucional (política normal) para estabelecer uma nova política constitucional. No mesmo sentido: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 343-344.

48MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Revised Edition. Ithaca: Cornell University Press, 1947, p. 22.

adequadamente conforme regras especificadas⁴⁹ e a Constituição se caracterizou como uma especial forma de legalização do regime político⁵⁰.

Ocorre que o constitucionalismo moderno não se limitou a identificar a Constituição como uma espécie de codificação legal, como pretendeu o jurista e filósofo iluminista Jeremy Bentham ao negar que a Inglaterra possuía uma verdadeira Constituição por não ter um abrangente código constitucional (*constitutional code*)⁵¹. A inovação no plano teórico político-jurídico foi a elevação da Constituição como a lei suprema conjugando a ideia de governo legítimo com a compreensão de ordenação jurídica hierárquica⁵². Segundo Gerald Stourzh, essa ascensão da Constituição como lei suprema foi a grande inovação americana e conquista do constitucionalismo do século XVIII⁵³. Dotava-se a Constituição de validade jurídica acima de todos os atos do Estado, inclusive do legislativo, como uma “lei suprema” formulada pelo povo⁵⁴.

A Constituição moderna fundou as bases para a “descoberta”⁵⁵ da autoridade legítima. Emmerich de Vattel marcou um ponto de virada⁵⁶ no significado de Constituição em 1758 e foi quem concebeu a essência⁵⁷ da noção da Constituição moderna como o “[...] regulamento fundamental que determina a maneira como o poder público deve ser exercido”⁵⁸. A Constituição do estado delimita a forma como a nação atua como corpo político, a maneira como a autoridade pública é exercida, como e por quem o povo deve ser governado, quais os direitos e deveres de quem governa. A Constituição é o “[...] estabelecimento da ordem em que

49SCHOCHET, Gordon J. Introduction: constitutionalism, liberalism, and the study of politics. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). **Constitutionalism**: nomos XX. New York: New York University Press, 1979, p. 1.

50GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 3.

51BENTHAM, Jeremy. The constitutional code. In: BOWRING, John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, 1843, v. IX, p. 9.

52GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 12.

53STOURZH, Gerald. **Vienna to Chicago and back**: essays on intellectual history and political thought in europe and America. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 98.

54GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 12.

55STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: **Jurisdicción constitucional y legislador**. Tradução e notas Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 140.

56STOURZH, Gerald. **Vienna to Chicago and back**: essays on intellectual history and political thought in europe and America. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 80.

57STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: **Jurisdicción constitucional y legislador**. Tradução e notas Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 141.

58VATTEL, Emmerich de. **Le droit des gens, ou, principes de la loi naturelle**: appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains. Paris: De l'imprimerie de la Société Typographique, 1773, t. I, p. 51.

uma nação se propõe a trabalhar em conjunto para obter as vantagens para as quais a sociedade política foi estabelecida”⁵⁹.

Para Emmerich de Vattel, “[...] a nação tem plenos direitos de moldar a própria Constituição, mantê-la, perpetuá-la e regular à vontade tudo o que diz respeito ao governo”⁶⁰. Coube ao revolucionário francês abade Emmanuel Joseph Sieyès explicitar de que forma a Constituição é produto da nação.

Segundo Sieyès, a nação existe antes de tudo e é a origem de tudo. A vontade da nação é a lei. A lei natural é pressuposta à nação. As leis positivas são todas emanadas unicamente da vontade da nação e as primeiras na ordem de precedência são as leis constitucionais. Essas são leis fundamentais porque os órgãos criados, por meio daquelas, não podem modificá-las. A Constituição não é obra de um poder constituído (*pouvoir constitué*), mas de um poder constituinte (*pouvoir constituant*). Em razão de tudo se originar da nação, o poder constituinte é uma obra da nação enquanto entidade unitária a qual está acima da Constituição. As leis constitucionais são fundamentais porque o poder constituído é delegado do poder constituinte e não pode modificar as condições da delegação⁶¹.

Apesar da idealização teórica francesa, *pouvoir constituant* floresce como representação do povo primeiro na América do Norte na Convenção Constitucional Americana (Convenção de Filadélfia) de 1787. O poder constituinte é identificado no povo na América do Norte muito em virtude de não poder ser sustentado naquele momento na substância histórica do povo no sentido hegeliano⁶².

Entretanto, no novo continente, o poder emanava do povo em uma concepção dividida⁶³ da soberania popular em contraste com a ideia de soberania “una e indivisível”⁶⁴ de Thomas Hobbes. A soberania dividida significa que a soberania do povo estava acima e abaixo da Constituição de acordo com a força numérica da maioria. Os revolucionários americanos estabilizaram a política e a Constituição por meio do estabelecimento de “freios” à soberania

59VATTEL, Emmerich de. **Le droit des gens, ou, principes de la loi naturelle**: appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains. Paris: De l'imprimerie de la Société Typographique, 1773, t. I, p. 51.

60VATTEL, Emmerich de. **Le droit des gens, ou, principes de la loi naturelle**: appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains. Paris: De l'imprimerie de la Société Typographique, 1773, t. I, p. 53.

61SIEYÈS, Emmanuel Joseph. What is the Third Estate? In: **Sieyès: political writings: including the debate between Sieyes and Tom Paine in 1791**. Hackett Publishing, 2003, p. 136.

62STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: **Jurisdicción constitucional y legislador**. Tradução e notas Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 138.

63DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 33.

64SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 34.

popular. Isso permitiu que a Constituição se tornasse superior à soberania popular ilimitada na América do Norte. Já na França revolucionária, a soberania popular adquiriu contornos mais ilimitados, como forma de controle do governo, muito por influências das ideias políticas de Jean-Jacques Rousseau. Isso ocasionou futuramente a contínua substituição de constituições pelo povo, circunstância que gerava instabilidade política⁶⁵.

Em *Os Artigos Federalistas* 39, Madison argumenta que a Constituição deve se basear na aprovação e na ratificação do povo da América, com base em representantes eleitos para esse fim. No entanto, essa ratificação ocorreria pelo povo não como indivíduos que compõem uma nação, mas como os pertencentes aos Estados distintos e independentes. O assentimento e a ratificação dos vários Estados derivariam da autoridade suprema de cada Estado, cuja origem estava na autoridade do povo. O resultado seria a instituição da Constituição não como um ato nacional, mas sim, federal⁶⁶. A Constituição era uma lei fundamental porque o procedimento qualificado para a sua modificação a colocava a salva das maiorias ocasionais⁶⁷.

Na França, os representantes do Terceiro Estado eram representantes do poder constituinte e, por conseguinte da nação, e tinham a missão de redigir a Constituição, porém, não de governar. No entanto, a Assembleia Nacional Francesa, de 17 de junho de 1789, cujo presidente foi o próprio Sieyès, não se limitou a sua tarefa de criar a Constituição e acabou por transbordar para além dos seus limites teóricos⁶⁸.

Dieter Grimm⁶⁹ explica que, por meio da noção de que os atos do Estado eram a “lei suprema” (*supreme law*) formulada pelo povo, a regra foi transformada em questão de mandato. A Constituição tornou-se regra obrigatória e o poder constituinte do povo era parte indispensável como fonte da autoridade legítima. O governante governava com base na Constituição e a força obrigatória de seus atos de governo decorria da observância das condições do mandato legalmente conferido e do exercício da autoridade de acordo com a lei estabelecida. Essa conformação do poder deu origem ao Estado Constitucional como um “governo de leis e não de homens”, expressão consagrada em 1803, pelo *Chief Justice Marshall* no caso *Marbury v. Madison*.

65DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 33-34; 38; 40.

66MADISON, James. No. 39. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, JOHN. **The federalist papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 241.

67DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 32.

68SONENSCHER, Michael. Introduction. In: **Sieyès: political writings: including the debate between Sieyes and Tom Paine in 1791**. Hackett Publishing, 2003, p. xxv-xxvi.

69GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present, and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 12.

O Estado Constitucional não era apenas baseado no império da lei. A liberdade era pressuposto essencial do Estado Constitucional. A Constituição não seria perfeita e acabada sem a que se estabelecesse o *status* básico do indivíduo na sociedade e sem que se concebessem os direitos fundamentais básicos do indivíduo em detrimento da autoridade do Estado. A Constituição moderna exigiu que as premissas racionais do homem como ser humano e como cidadão se tornassem realidade⁷⁰.

O Estado Constitucional era expressão da natureza humana e, portanto, da razão. É nesse sentido que Madison indagava em *Os Artigos Federalistas* 51: “[...] o que é o próprio governo senão o maior de todas as reflexões sobre a natureza humana?”⁷¹. Para se construir o Estado Constitucional, a partir da natureza humana, da liberdade e da razão, era preciso retomar a antiga ideia europeia de direito natural, que já estava nas bases das construções teóricas de Sieyès na França revolucionária, agora revigorada na América do Norte pela teoria do contrato social⁷².

O pensamento iluminista de John Locke exerce grande influência na América neste momento histórico. John Locke idealizou o contrato social como forma do indivíduo deixar o estado da natureza para voluntariamente ingressar na sociedade civil ou política. Em sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*⁷³, publicada em 1690, o estado da natureza não é um estado conflituoso de todos contra todos, mas estado de autolimitação ou autocontenção em que cada indivíduo reconhece racionalmente a propriedade alheia como limite de agir. O contrato social institui a autoridade política não para estabelecer a ordem e segurança social, mas para aperfeiçoar a ordem previamente existe, na qual os direitos de propriedade e os direitos individuais já se encontram de certa forma contidos. O contrato social conservaria os direitos naturais inalienáveis pertencentes ao indivíduo e prévios à constituição da autoridade política⁷⁴.

No contexto das colônias inglesas, na América do Norte, os colonos rogavam-se o *status* de cidadãos ingleses, cujos direitos decorriam das leis fundamentais inglesas ou do direito de nascimento do cidadão inglês. Esse direito originário inglês permaneceu válido enquanto os

70STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: **Jurisdicción constitucional y legislador**. Tradução e notas Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 142.

71MADISON, James. No. 39. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, JOHN. **The federalist papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 257.

72SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 42.

73LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001.

74FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Trotta, 2014, p. 34.

colonos continuavam leais a Inglaterra. A partir do momento em que o sentimento revolucionário ganhou força para o fim de inaugurar um Estado independente no novo continente, aqueles direitos perderam o fundamento de validade⁷⁵.

Era necessário então romper com a concepção da Constituição britânica⁷⁶ e retomar as noções de direito natural, inclusive a de William Blackstone e do contrato social. A soberania popular estaria fundada no direito natural⁷⁷. Esse direito natural estaria situado acima do direito inglês para, a partir do próprio direito inglês, desenvolver novos direitos para os futuros cidadãos. Um direito racional, natural e coletivamente compreensivo para os cidadãos, de natureza suprema e originário da própria natureza do homem⁷⁸. O contrato social representou a subjetivação do direito natural, a racionalização do ato fundacional do Estado por parte da soberania popular e o triunfo do consentimento como fundamento de validade jurídica do Estado⁷⁹. Os ideais aplicados conjuntamente na noção da Constituição moderna tinham a pretensão de emancipação do cidadão.

Uma vez cumprida a sua missão, o direito natural foi positivado por meio da Constituição⁸⁰. A “tecnificação”⁸¹ do contrato social rousseauiano por Sieyès no poder constituinte (*pouvoir constituant*) situado no povo deu ensejo ao moderno sentido de Constituição. A concepção contratualista lockeana acolhida pelos teóricos revolucionários americanos promoveu que a razão triunfasse sobre o determinismo histórico do direito natural, posto que a Constituição moderna se consubstanciou como um artifício da razão⁸². A Constituição moderna por influência do constitucionalismo americano positivou os direitos naturais outrora tratados como direitos abstratos pelo constitucionalismo francês.

75STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: **Jurisdicción constitucional y legislador**. Tradução e notas Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 146.

76DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 28.

77DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 28.

78STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: **Jurisdicción constitucional y legislador**. Tradução e notas Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 147.

79SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 40-42.

80STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: **Jurisdicción constitucional y legislador**. Tradução e notas Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, p. 146.

81ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 51.

82SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 40-42.

No entanto, o constitucionalismo moderno exigiu não apenas a limitação do governo, como também a construção de um conjunto de instituições do Estado e os mecanismos de interações constitucionais dessas instituições⁸³ e dentre eles, o controle judicial da lei pelo judiciário (*judicial review*) fruto do caso *Marbury v. Madison*, de 1803, na América do Norte. A separação entre Estado e sociedade fundada nos ideais de John Locke e a compreensão de governo representativo do povo, a reunir novamente ambas as esferas pública e privada, criaram as bases para o poder legítimo exercido por meio do direito de legislar do Parlamento, cujas leis vinculavam o executivo estadual, em uma relação de estrita separação de poderes contra o abuso estatal⁸⁴.

A partir da essencialidade da limitação do governo, da liberdade individual, do autogoverno e dos direitos positivos inerentes aos indivíduos, com especial menção na América do Norte, os tribunais emergem como *locus* de proteção do indivíduo contra os abusos do poder estatal. A separação de poderes passa a constituir uma característica da Constituição moderna, que, ao lado de outros princípios fundamentais, tais como a soberania popular, a Constituição como lei suprema fundada em princípios universais, presença de catálogos de direitos fundamentais, governo limitado e representação popular, conformam o constitucionalismo modernos⁸⁵ e seu arranjo institucional.

1.2 A crise do paradigma do constitucionalismo moderno

As Revoluções Americana e Francesa no final do século XVIII marcaram as origens do constitucionalismo moderno e estabeleceram o padrão para o moderno sentido de Constituição. A sociedade passou a determinar na Constituição a forma e o conteúdo de sua unidade política⁸⁶.

A Constituição moderna foi baseada na diferença entre estado e sociedade. A sociedade foi destituída de todos os meios de poder político, enquanto o Estado foi equipado com o monopólio do poder e, em seguida, restrito⁸⁷. Por outro lado, os direitos fundamentais passaram a integrar o programa do Estado constitucional moderno como produto das revoluções burguesas, do final do século XVIII⁸⁸.

83BARBER, N. W. **The principles of constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 19.

84GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present, and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 13.

85DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 43-44.

86GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present, and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 3; 146.

87GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present, and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 63.

88GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present, and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 65.

A Constituição moderna prescreveu como o poder do Estado deveria ser estabelecido e exercido na forma de uma reivindicação sistemática e exaustiva, incorporada em um documento legal. Desta forma, a Constituição tornou-se sinônimo da lei que regulava o estabelecimento e exercício do poder estatal. A Constituição moderna trouxe adiante o poder do Estado legítimo em primeiro lugar⁸⁹.

Na América do Norte, no final do século XVIII, o desenvolvimento do constitucionalismo moderno ocorre no denominado “período de reflexão constitucional” (*period of constitutional reflection*). Esse período histórico-político abrangeu desde a crise da Lei do Selo (*Stamp Act crisis*), passando pela elaboração das constituições estaduais (*state constitutions*) e da Constituição federal (*federal Constitution*), até o julgamento do caso *Marbury v. Madison*⁹⁰.

Compondo o paradigma do constitucionalismo moderno estavam os ideais da limitação do poder político, da garantia de esferas de autonomia protegidas e do império da lei (*rule of law*). A crise do paradigma do constitucionalismo moderno é derivada de seis crises ínsitas à modernidade: i) a crise da racionalidade, ii) a crise da positividade da lei, iii) a crise da técnica, iv) a crise da dicotomia Estado e sociedade civil, v) a crise da legitimidade do império da lei (*rule of law*) e vi) a crise da verdade.

1.2.1 A crise da racionalidade

Teóricos e filósofos políticos como Thomas Hobbes e Jeremy Bentham de um lado, bem como John Locke e Jean-Jacques Rousseau de outro, tornaram-se influentes no período do iluminismo, em que a Constituição moderna surge e se consolida. Thomas Hobbes e Jeremy Bentham se tornaram os percussores do positivismo jurídico nos sistemas jurídicos pertencentes do *common law*⁹¹. Por sua vez, John Locke, Thomas Hobbes e Jeremy Bentham eram pensadores de matriz empírica^{92,93} e Jean-Jacques Rousseau era um pensador “racionalista ético”⁹⁴ e não puramente teórico.

89GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 43-44.

90STOURZH, Gerald. **Vienna to Chicago and back**: essays on intellectual history and political thought in europe and America. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 84.

91CRIMMINS, James E. Bentham and Hobbes: an issue of influence. **Journal of the history of ideas**, v. 63, n. 4, pp. 677-696, 2002, p. 680.

92PRIEST, Stephen. **The British empiricists**. 2. ed. New York: Routledge, 2007, p. 38; 64.

93CRIMMINS, James E. Bentham and Hobbes: an issue of influence. **Journal of the history of ideas**, v. 63, n. 4, pp. 677-696, 2002, p. 680.

94CASSIRER, Ernest. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992, p. 360.

O elo entre estes pensadores e que interliga os dois lados do Atlântico estava na força da razão iluminista⁹⁵. A diversidade de métodos, como o racionalismo francês e o empirismo inglês, representava apenas uma forma de desenvolver e de desdobrar a razão de natureza homogeneizadora. Como explica Hannah Arendt, o raciocínio dos revolucionários era moldado pelo Iluminismo⁹⁶. Americanos, franceses e ingleses argumentavam suas convergências e divergências com base nos mesmos paradigmas consensuais e referenciais⁹⁷.

Essa razão e raciocínio partem das bases newtonianas de que os fenômenos são dados e os princípios devem ser “descobertos” de forma analítica a partir da experimentação e da observação. Newton propunha uma ordem matematicamente estruturada e uma legalidade perfeita do mundo empírico, em que os fatos são capazes de apresentar, de forma coerente, a unidade do todo. O paradigma de Newton determinou a filosofia do século XVIII e se expandiu como epistemologia geral, em que pese as diferenças em seus resultados e, por vezes, afastando-se das origens aritméticas. A razão é a capacidade ou o poder da “descoberta” verificável da verdade. A razão é força que domina a realidade, o Estado e a sociedade⁹⁸.

O método empirista do século XVIII é o empirismo inglês. O empirismo se contrapõe ao racionalismo, na medida em que o racionalismo acolhe a ideia da existência do conhecimento metafísico *a priori*. O empirismo é uma forma de epistemologia que se sustenta na premissa de que não há proposições metafísicas *a priori*, e todo o conhecimento é originado da experiência. Os típicos empiristas “[...] sustentam que todas e somente as verdades necessárias são analíticas e todas e somente as proposições contingentes são a posteriori”⁹⁹.

Em termos gerais, o método empirista consistiu em reconhecer o todo, o “corpo”, ainda que social, como decomponível em partes ou elementos essenciais. Como um corpo físico, as partes se mantêm unidas na fragmentação para se recompor na totalidade do saber verdadeiro “descoberto”, por meio da razão¹⁰⁰. A experiência sensitiva permitiria descobrir o princípio a partir do qual era possível deduzir a verdade racionalmente. Essa razão era subjetiva e

95ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Campanhia das Letras, 2011, p. 229.

96ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Campanhia das Letras, 2011, p. 229-230.

97ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Campanhia das Letras, 2011, p. 229-230.

98CASSIRER, Ernest. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992, p. 30; 32; 38.

99PRIEST, Stephen. **The British empiricists**. 2. ed. New York: Routledge, 2007, p. 7; 29.

100CASSIRER, Ernest. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992, p. 28; 39-41.

instrumental, isto é, estava voltada para os meios para atingir os fins e não se preocupava com os conteúdos objetivos das ações¹⁰¹.

Thomas Hobbes concebe o Estado como um “corpo artificial”, uma realidade física, composto por indivíduos, no qual a vontade geral é representada pela decomposição de vontades particulares independentes. O empirismo de Thomas Hobbes pressupõe a incidência dos procedimentos racionais de descoberta da verdade aplicados aos entes físicos à natureza do Estado. As vontades particulares independentes do estado da natureza promovem a “guerra de todos contra todos”. A totalidade e a unidade do Estado são recompostas por meio da sua teoria política do contrato social. A lei civil é posta como vontade geral da unidade do Estado, autoridade soberana, em contraposição às particularidades volitivas do estado da natureza. O contrato social é um contrato de submissão impositiva do Estado para com os indivíduos¹⁰².

John Locke formula a questão do contrato social em termos empíricos de modo diverso de Thomas Hobbes. John Locke idealizou o contrato social como forma do indivíduo deixar o pacífico e o igualitário estado da natureza para voluntariamente ingressar na sociedade civil. As pessoas eram naturalmente livres no estado da natureza e é para proteger, não para cercear, essa liberdade que o Estado deveria existir¹⁰³. Locke entendida que o governo legítimo é o governo instituído pelo consentimento dos governados. O contrato social é elo que une as pessoas pelo consentimento na unidade do corpo político. A direção para onde a corpo político deve ser conduzido depende do consentimento da maioria. Quem usa a força sem Direito, rompe os vínculos preexistentes, e autoriza a todos o direito de se defender e resistir ao agressor¹⁰⁴.

O empirismo de Montesquieu compreendeu que a liberdade somente era possível quando uma força política era submetida a uma força política oposta. Esse choque de forças promoveria um “equilíbrio estático”¹⁰⁵ em benefício da liberdade. Essa foi a gênese empírica da separação de poderes na obra *De l'Esprit des Lois*.

O método racionalista ético de Jean-Jacques Rousseau submete o seu pensamento mais a processos lógicos do que empíricos. O estado da natureza e o seu contrato social são categorias

101HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Tradução Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 13; 29. Para um estudo da razão instrumental em Max Weber ver FERRO, Hernán Martínez. **Legitimidad, razón y derecho**. Dos modelos de justificación del poder político. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 32 e ss.

102CASSIRER, Ernest. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992, p. 340-341.

103PRIEST, Stephen. **The British empiricists**. 2. ed. New York: Routledge, 2007, p. 113.

104LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 139-140; 225.

105CASSIRER, Ernest. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992, p. 41.

lógicas e não tanto empíricas. No contrato social de Rousseau, as vontades parciais dos indivíduos são suspensas e recompostas no interior da vontade geral. O contrato social de Rousseau contrapõe-se ao de Thomas Hobbes na medida em que o contrato social não poderia ser um instrumento de submissão impositiva do Estado para com os indivíduos. Pelo contrário, para adquirir valor moral, deveria ser um ato de submissão voluntária dos indivíduos para com o Estado. Um contrato de associação e não de submissão. A unidade se forma por meio da liberdade pautada na lei e não com base na coerção. A lei é o exercício da vontade geral, ao passo que o contrato social é o fundamento e a fonte da legitimidade do poder delegado do estado da razão¹⁰⁶.

Jeremy Bentham foi influenciado pelo empirismo de Bacon e John Locke. Dessa forma, Jeremy Bentham acolhe a noção de que o conhecimento é experimentado pelos sentidos. A observação e a experimentação são os pressupostos do conhecimento científico¹⁰⁷. A analogia do corpo físico aplicado ao corpo político mencionada por Gerald Stourzh encontra acolhida em Bentham. Da mesma forma, as abordagens analítica¹⁰⁸ e aritmética¹⁰⁹ de Bentham são empregadas em sua filosofia em conjunto com o método experimental. Fonte de sua doutrina utilitarista, o princípio da utilidade representa o procedimento de adição ou diminuição das felicidades particulares no interior da felicidade da comunidade. Este era o “corpo fictício” composto pelos indivíduos enquanto seus membros e o interesse da comunidade é a soma dos interesses dos vários membros que a compõem¹¹⁰.

A artificialidade do contrato social rousseauiano e a sua “tecnificação” perpetrada por Sieyès empacotaram a racionalidade da modernidade, a qual foi transferida para a Constituição, por intermédio do poder constituinte (*pouvoir constituant*). Já os revolucionários americanos comprimiram a razão iluminista na ficção do contrato social de Locke e a transmitiram para a Constituição americana pelo poder do povo. Em ambos os casos, a razão objetiva pautada nos direitos naturais foi abandonada e transfigurada na razão subjetiva-formal-utilitária própria da modernidade. A razão sem conteúdo instrumentalizou a Constituição moderna, cujo resultado

106CASSIRER, Ernest. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992, p. 346; 350; 358-359.

107CRIMMINS, James E., Jeremy Bentham. In: ZALTA, (ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Winter 2021. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/bentham/>> Acesso em: 18 jan. 2022.

108POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 184.

109HART, H. L. A. **Essays on Bentham: jurisprudence and political philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 40.

110BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener. Batoche Books, 2000, p. 14-15.

foi o esfarelamento da ideia do contrato social como fonte de legitimidade da autoridade, com a manutenção da concepção de dominação e submissão impositiva do Estado para com os indivíduos e sobre a natureza¹¹¹.

Exemplo dessa concepção dominadora, que decorreu da razão subjetiva que instrumentalizou a Constituição moderna, encontra-se na forma como a diferença entre sociedade e Estado impactou a noção de povo (*We The People*), na Constituição americana. Povo é um corpo artificial composto por todos os cidadãos americanos, sem distinção. Nesta perspectiva não pode existir dominação ou subordinação entre Estado e indivíduos do corpo social, visto que todos formam uma mesma entidade da qual, o consentimento para o exercício legítimo da autoridade emana, cujo poder não é exercício por direito próprio¹¹².

Entretanto, esse raciocínio artificial proposto pela razão instrumental não se aplicava no interior da sociedade onde a dominação sob a forma da escravidão se operava e aumentava sob a proteção da Constituição original¹¹³, apesar de James DeWitt Andrews, jurista americano e editor do livro *The Works of James Wilson*, de 1896, esforçar-se para argumentar, no artigo *Who are the People?*, sobre a igualdade formal de todos, homens, mulheres e crianças, de todas as descendências e origens, tanto sob o manto da Declaração de Independência quanto sobre a proteção da Constituição americana original¹¹⁴.

A decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857 é a maior representação dessa artificialidade produzida pela razão subjetiva-formal nesta quadra do constitucionalismo moderno. A decisão causou grande inquietação no Norte dos Estados Unidos e colocou a questão da cidadania de americanos afrodescendentes na agenda da política nacional. Foi necessário fundar, pela segunda vez, os Estados Unidos da América, por meio de uma guerra civil e pelas posteriores emendas da Reconstrução (*Reconstruction amendments*) – XIII e XIV – um período que abrangeu de 1865 até 1877, para que a Constituição americana fosse reescrita¹¹⁵.

111HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Tradução Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 29; 32.

112ANDREWS, James DeWitt. Who are the people? In: ANDREWS, James DeWitt (ed.). **The works of James Wilson, associate justice of the Supreme Court of the United States...**: Being his public discourses upon jurisprudence and the political science, including lectures as professor of law, 1790-2. Chicago: Callaghan, 1896, v. 2, p. 570 e ss.

113FONER, Eric. **The second founding**: how the civil war and reconstruction remade the Constitution. New York: WW Norton & Company, 2019, p. 1.

114ANDREWS, James DeWitt. Who are the people? In: ANDREWS, James DeWitt (ed.). **The works of James Wilson, associate justice of the Supreme Court of the United States...**: Being his public discourses upon jurisprudence and the political science, including lectures as professor of law, 1790-2. Chicago: Callaghan, 1896, v. 2, p. 566-574.

115FONER, Eric. **The second founding**: How the Civil War and Reconstruction remade the Constitution. New York: WW Norton & Company, 2019, p. 14; 17; 115.

1.2.2 A crise da positividade da lei

Os direitos naturais foram positivados na Constituição moderna após cumprirem as finalidades de romper com a Constituição Britânica, fundamentar objetivamente os alicerces da soberania popular e acender a pretensão de emancipação do cidadão, especialmente da América do Norte. A partir de então, surge nova crise do paradigma da Constituição moderna ligada à crise da positividade da lei.

Norberto Bobbio explica que a primeira crítica filosófica séria e não apenas política contra os direitos naturais foi elaborada por Jeremy Bentham com base na sua doutrina utilitarista. O direito em Jeremy Bentham é fruto da autoridade do Estado e não da invenção imaginativa de indivíduos¹¹⁶. Essa autoridade era aquela responsável por representar a autoridade do direito, ou seja, era o “próprio legislador”¹¹⁷. O princípio da utilidade funda a ideia do sistema benthamiano, cujo objetivo é “[...] criar o tecido da felicidade pelas mãos da razão e da lei”¹¹⁸. Influenciado pela lógica de Beccaria identificada na sentença “[...] *la massima felicità divisa nel maggior numero*”¹¹⁹, Bentham a generaliza em todas as dimensões da sua teoria¹²⁰. A máxima beccariana se torna a base da ética utilitarista, que, compreendida na perspectiva racional-prática (*rational practical principle*), possibilita Bentham deduzir e fundamentar a sua teoria empírica positivista do direito¹²¹.

O positivismo¹²² jurídico de Jeremy Bentham sofre influência do positivismo jurídico de Thomas Hobbes¹²³, apesar de suas diferenças teórico-políticas e de abordagem metodológicas, ambos pertenciam ao mesmo “grupo cosmopolita de pensadores”

116BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Einaudi: Torino, 2014, posição 12.25. E-book.

117BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener. Batoche Books, 2000, p. 234.

118BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener. Batoche Books, 2000, p. 14-15.

119Nossa tradução livre: “[...] a máxima felicidade dividida no maior número”. Ver: BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Einaudi, 1973, p. 5.

120HART, H. L. A. *Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 40.

121POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the common law tradition*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. viii-ix; 418; 439; 477.

122Para uma análise do positivismo jurídico em suas diversas vertentes, dois trabalhos em língua portuguesa são essenciais: MORBACH, Gilberto. *Entre positivismo e interpretativismo: a terceira via de Waldron*. Salvador: Juspodivm, 2020; VALADÃO, Rodrigo Borges. *Positivismo jurídico e nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. Sobre a evolução do direito no positivismo de matriz formalista ver TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 19 e ss.

123POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the common law tradition*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. viii-ix; 418; 439; 477.

(*cosmopolitan cohort of thinkers*¹²⁴). O positivismo jurídico de Thomas Hobbes firmava-se na ideia já estudada de que a lei civil é posta como vontade geral da unidade do Estado, autoridade soberana, cuja fonte da legitimidade era o contrato social submissivo dos indivíduos para com o Estado. Enquanto a fonte da autoridade do Estado “artificial” era o contrato social, a fonte do direito de Thomas Hobbes era a vontade soberana (*the sovereign's will*¹²⁵) representada na autoridade da artificialidade do Estado.

Ao estabelecer que a fonte do direito era a vontade soberana (*the sovereign's will*) da autoridade do Estado, Thomas Hobbes retirou da compreensão interna da lei civil a razão objetiva e delimitou a lei civil com base na razão subjetiva da modernidade. A lei civil é um comando do soberano (*command of the sovereign*) compreendido como regra (*rule*) posta¹²⁶. A lei civil pode conter ou não uma referência do direito natural, desde que se torne um comando do soberano e adquira a força obrigatória (*full binding force*¹²⁷). Thomas Hobbes não torna a lei natural pressuposto de validade da lei civil. Dessa forma, a lei natural enquanto conselho (*counsel*) não limita o conteúdo da verdadeira lei, qual seja, a civil¹²⁸. A lei civil posta pela autoridade soberana não depende de nenhum conteúdo ou de nenhuma finalidade, mas apenas da vontade e do comando do soberano¹²⁹.

A genealogia intelectual (*intellectual genealogy*¹³⁰) positivista de Jeremy Bentham também sofre influência da filosofia de David Hume. O projeto filosófico de David Hume era baseado no seu método empirista. O empirismo humeniano era naturalista, contrapunha-se à metafísica *a priori* e explicava o funcionamento das mentes a partir da teoria newtoniana. Quaisquer leis deveriam ser estabelecidas pela observação e experiência¹³¹. David Hume

124CRIMMINS, James E. Bentham and Hobbes: an issue of influence. **Journal of the history of ideas**, v. 63, n. 4, pp. 677-696, p. 2002, p. 696.

125HAMPTON, Jean. **Hobbes and the social contract tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 107.

126VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. Tradução Gercélia B de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107.

127STRAUSS, Leo. **The political philosophy of Hobbes: its basis and its genesis**. Tradução Elsa M. Sinclair. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996, p. 69.

128HARRISON, Ross. The equal extent of natural and civil law. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (eds.). **Hobbes and the Law**. Cambridge University Press, 2012, p. 28.

129BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 35-36.

130CRIMMINS, James E. Bentham and Hobbes: an issue of influence. **Journal of the history of ideas**, v. 63, n. 4, pp. 677-696, p. 2002, p. 691.

131MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, (ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Winter 2021 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/hume/>> Acesso em: 24 jan. 2022.

abordou de forma crítica a relação entre ser (*is*) e dever-ser (*ought*)¹³², a qual foi importante para o desenvolvimento da doutrina positivista do direito¹³³.

O positivismo jurídico de Jeremy Bentham firma suas bases justamente dicotomia ser (*is*) e dever-ser (*ought*) humeniana¹³⁴. Jeremy Bentham entende que a *jurisprudence* é uma entidade fictícia e somente pode ser entendida corretamente quando o seu significado é acompanhado de uma entidade real. Desse modo, Jeremy Bentham compara ser (*is*) e dever-ser (*ought*) com um livro de jurisprudência. Esse pode ter dois objetivos: determinar o que é a lei (*is*) ou determinar o que deveria ser (*ought*). No primeiro sentido, denomina-se livro de jurisprudência expositiva (*book of expository jurisprudence*). O segundo significado abrange o livro de jurisprudência censória (ou crítica) (*book of censorial jurisprudence*) ou “a arte de legislar” (“*art of legislation*”). O livro de jurisprudência expositiva é autoritativo ou não-autoritativo. A jurisprudência expositiva autoritativa decorre da obra do próprio legislador que é o legítimo representante do estado de direito e assim faz com que o direito seja. A jurisprudência expositiva não-autoritativa é obra daquele que não possui a autoridade do direito para a sua representação¹³⁵.

Segundo Jeremy Bentham¹³⁶, a função do “Expositor” (*Expositor*) consiste em explicar o que é o direito ou como ele supõe ser o direito. A função do “Censor” (*Censor*) é expor o que ele pensa que deve-ser o direito. A primeira função é obra dos fatos. A segunda função é produto da razão utilitária. A natureza da atividade do “Expositor” é retrospectiva e explicita o que o Legislador e o Juiz fizeram no passado. A natureza da atividade do “Censor” é prospectiva e sugere o que o Legislador deveria fazer *pro futuro*.

Segundo Postema¹³⁷, as distinções entre funções de expositor e de censor de Bentham se trata de uma distinção entre ser (*is*) e dever-ser (*ought*), isto é, de validade e de mérito. Bentham elaborou essa distinção como contraponto à teoria de Blackstone sobre o direito *common law*, que, segundo Bentham, buscava legitimar de forma silenciosa as leis por meio da exegese doutrinária. Bentham se contrapunha a ideia de culto às práticas estabelecidas ao longo do tempo, que Blackstone elogiava. As únicas razões para se seguir uma prática estabelecida

132HUME, David. **A treatise of human nature**. Oxford: Clarendon Press, 1896, p. 469.

133AUSTIN, Lohn. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

134POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 80, nota 3.

135BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener. Batoche Books, 2000, p. 234.

136BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government**. Oxford: Clarendon Press, 1891, p. 98-99.

137POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 298.

são razões de utilidade e não de culto aos saberes dos ancestrais. Esse culto não permite a crítica e a censura do direito. Dessa forma, a separação entre as condições de validade e as avaliações de mérito visa garantir a prática jurídica das funções expositiva e crítica.

Bentham era um reformista, crítico do *common law* e possuía uma visão pessimista quanto aos governantes¹³⁸. O projeto constitucional (*constitutional design*) de Bentham pressupunha transpor o que é (*is*) de acordo com o que dever-ser (*ought*) para o domínio das ações e decisões oficiais. Ao proceder assim, Bentham conformou o seu projeto de codificação constitucional e sua teoria da adjudicação judicial ao princípio da utilidade. A codificação constitucional representava a autoridade suprema do Legislador. A teoria da adjudicação judicial foi conformada com base no princípio da utilidade. O código constitucional era o guia geral das razões utilitárias. A adjudicação judicial se concretiza por meio do equilíbrio das utilidades conflitantes no caso concreto e não configura um precedente judicial¹³⁹.

Apesar da pretensão reformista de Bentham e renovadora das práticas jurídicas do *common law*, a divisão estabelecida em termos jurídicos entre ser (*is*) e dever-ser (*ought*) se consolidou como tese do positivismo legal, que, conforme Lon L. Fuller¹⁴⁰, procurou purificar o ser (*is*) de qualquer influência do dever-ser (*ought*). Essa separação entre o ser e o dever-ser é fonte da crise positivista do constitucionalismo moderno, que se apresenta de três formas distintas: i) negação dos direitos humanos; ii) o direito como instrumento do domínio coercitivo estatal sobre a pessoa por meio do ser (*is*); iii) negação da própria ideia de Constituição.

A primeira forma de apresentação da crise positivista do constitucionalismo moderno é a negação dos direitos humanos. Ao analisar a Declaração de Direitos promulgada pela Assembleia Nacional Francesa em 1791, Bentham¹⁴¹ afirma que o grande objetivo evidente da Declaração de Direitos é justificar a causa e cultivar uma propensão à insurreição perpétua no futuro. Segundo Bentham, a Declaração de Direitos pressupõe uma convenção, de contrato fictício, de uma associação formal, o que traz como consequência a ilegalidade de outras espécies de governos que não fundados no contrato social. É do governo que deriva a força vinculante do contrato e não o contrário. É pelo hábito de fazer cumprir os contratos e vê-los cumpridos que os governos são principalmente devedores de qualquer disposição que tenham

138HART, H. L. A. **Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 40.

139POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 382; 396-397.

140FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Reprinted. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999, p. 5.

141BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution. In: BOWTRING, John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, 1843, v. 2, p. 496-524.

para observá-los. Os direitos naturais da Declaração de Direitos não teriam sentido porque são anteriores ao próprio governo e, por consequência, opõem-se ao legal. Como não há direitos anteriores ao estabelecimento do governo, não há direitos naturais¹⁴².

A crise positivista do constitucionalismo moderno por meio da negação dos direitos humanos é clara na crítica a Declaração de Direitos, quando Bentham afirma ser absurda a noção de que todos os homens nascem livres e permanecem livres e iguais no que diz respeito aos direitos. Isso porque alguns homens nasciam escravos pela lei. Bentham argumenta que isso ocorre porque “[...] quando reconhecemos que eles nasceram escravos, nos referimos às leis no ser” (is). Nessa perspectiva, Bentham afirma que “[...] os homens em questão são livres em um sentido, embora escravos em outro; - escravos e livres, ao mesmo tempo”¹⁴³. Bentham considera aqueles livres em relação às leis da natureza e escravos em relação às leis humanas¹⁴⁴.

Bentham¹⁴⁵ diferencia, então, a conduta do bom sujeito, o censor racional das leis e do anarquista, entre o homem moderado e o homem violento. O censor racional reconhece a existência da lei que ele desaprova e propõe a sua revogação. O anarquista estabelece sua vontade e fantasia por uma lei diante da qual toda a humanidade é chamada a se curvar à primeira palavra; nega a validade da lei em questão, nega a existência dela no caráter de uma lei e convoca toda a humanidade a se levantar em massa e resistir à sua execução. Dessa forma, a partir da crítica aos direitos naturais, Bentham nega a própria noção de direitos humanos e rompe com um dos paradigmas do constitucionalismo moderno com base em sua teoria positivista do direito.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal brasileiro quando se nega a dialogar¹⁴⁶ com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos submetidos as duas jurisdições, negando a aplicar os *standards* de direitos humanos da Corte Regional de Direitos Humanos

142BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies; Beingan Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution. In: BOWTRING, John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, 1843, v. 2, p. 496; 500.

143 BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies; Beingan Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution. In: BOWTRING, John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, 1843, v. 2, p. 498.

144BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies; Beingan Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution. In: BOWTRING, John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, 1843, v. 2, p. 498.

145BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies; Beingan Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution. In: BOWTRING, John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, 1843, v. 2, p. 498.

146HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e justiça de transição: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

americana, como ocorreu no caso *Gomes Lund*¹⁴⁷ a Corte Constitucional brasileira é abrangida pela crise positivista do constitucionalismo moderno na perspectiva da negação dos direitos humanos.

A segunda forma de apresentação da crise positivista do constitucionalismo moderno é a configuração do direito como instrumento do domínio coercitivo estatal sobre a pessoa por meio do ser (*is*) e afeta os paradigmas básicos do constitucionalismo moderno: limitação do poder político e a garantia de esferas de autonomia protegidas.

Essa crise pode ser identificada a partir da análise de como a teoria do direito de John Austin recepcionou e insistiu¹⁴⁸ na noção de ser (*is*), elaborada por Jeremy Bentham. O jurista inglês John Austin foi influenciado pelo utilitarismo de Jeremy Bentham¹⁴⁹, de quem era discípulo e amigo¹⁵⁰. John Austin inaugura a denominada jurisprudência analítica no direito anglo-saxão¹⁵¹.

A jurisprudência analítica do direito aborda a natureza do direito e dos seus conceitos por meio da sua análise científica, isto é, da divisão em partes componentes, da busca de condições necessárias e suficientes, ou da reconstrução racional de uma prática. A teoria do direito de John Austin identifica o direito ao comando do soberano. Austin buscou reduzir as regras do direito a uma fonte primordial mediante observações empíricas, como é o caso do hábito de obediência¹⁵².

John Austin afirma que a “[...] existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra”¹⁵³. Trata-se do contraste entre “fontes” e “méritos”¹⁵⁴. Não importa investigar a lei em conformidade com um padrão assumido. Uma lei formal e abstrata que existe é lei, embora

147CORTE Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)**. Sentencia de 24 de novembro de 2010. Serie C, n. 219.

148HALPIN, Andrew. Austin's Methodology? His Bequest to Jurisprudence. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The legacy of John Austin's jurisprudence**. New York: Springer Science & Business Media, 2012, p. 33.

149CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. John Austin. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Teoria geral e filosofia do direito**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/43/edicao-1/john-austin>> Acesso em 25 jan. 2022.

150SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 15.

151BIX, Brian, "John Austin". In: ZALTA, (ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Winter 2021 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/austin-john/>> Acesso em 25 jan. 2022.

152BIX, Brian H. 12 On philosophy in American law: analytical legal philosophy. In: MOOTZ III, Francis J. (ed.). **On philosophy in American law**, 2009, p. 99; 101-102.

153AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 157.

154GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, pp. 199-227, 2001, p. 200.

gostemos dela ou não. As leis propriamente ditas são comandos. Um comando é a expressão ou insinuação de desejo de uma pessoa a outra pessoa para que esta faça ou deixe de fazer algum ato ou alguma ação, sob ameaça de aflição de um mal por parte do comandante ao subalterno, caso o desejo não seja cumprido¹⁵⁵.

O que distingue o comando de outras expressões de desejos é o poder e o propósito de quem manda infligir um mal ou uma dor no caso de desconsideração do desejo¹⁵⁶. O comando implica a ideia de superioridade no sentido de poder ou possibilidade de infligir aos outros “[...] um mal ou dor, e de forçá-los, por medo desse mal, a moldar sua conduta aos desejos de alguém”¹⁵⁷. Este mal é uma sanção cuja sujeição é a essência da obrigação ou dever legal. Entretanto, apenas comandos gerais são leis¹⁵⁸.

O objeto da ciência do direito é o direito positivo: “[...] o direito estabelecido por superiores políticos a inferiores políticos”¹⁵⁹. O direito positivo se diferencia de outras espécies de comandos ou regras morais positivas por ser o “comando do soberano”¹⁶⁰ revestido de sanções legais, o qual, posto e imposto imperativamente, impõe deveres legais¹⁶¹. O soberano da comunidade política independente é o indivíduo ou grupo de pessoas não subordinados à obediência habitual de mais ninguém¹⁶², que, no Estado moderno, corresponde ao Legislador¹⁶³.

Norberto Bobbio explica que a teoria do direito positivo austiniana estava voltada para o estudo de ser (*is*), ou seja, o direito como ele é. Na medida em que Austin compreendeu o direito como comando do soberano sob ameaça de sanção e subordinou os demais membros da sociedade independente ao soberano, a sociedade política foi estruturada internamente de forma hierárquica¹⁶⁴.

155AUSTIN, Lohn. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 10; 21; 157.

156AUSTIN, Lohn. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 21.

157AUSTIN, Lohn. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 30.

158AUSTIN, Lohn. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 24-25; 29.

159AUSTIN, Lohn. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 18.

160AUSTIN, Lohn. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 285.

161AUSTIN, Lohn. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 120.

162SCHAUER, Frederick. Was Austin right after all? On the role of sanctions in a theory of law. **Ratio Juris**, v. 23, n. 1, pp. 1-21, 2010, p. 4.

163BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 106; 108.

164BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 106; 108.

A teoria do direito positivo - cujo objeto é o direito enquanto ser (*is*) - é uma teoria do direito de natureza empirista¹⁶⁵, uma vez que, dos fatos se evidencia o direito, o qual será posto em seguida pelo legislador. Da mesma forma que Bentham, como um utilitarista, Austin submete o sentido do ser (*is*) ao dever-ser (*ought*) utilitarista, na medida em que o dever-ser (*ought*) utilitarista preenche o sentido do ser (*is*) por meio do legislador.

Essa relação utilitarista entre o ser (*is*) e o dever-ser (*ought*) torna o positivismo jurídico de Bentham e de Austin subjetivista, pois o sentido do ser (*is*) depende da vontade do soberano, o qual domina o sentido do dever-ser (*ought*) e submete a compreensão do ser (*is*) às suas escolhas políticas ou morais, de acordo com a racionalidade instrumental¹⁶⁶. Dessa forma, o direito positivo pode possuir qualquer função, ou finalidade, ainda que seja para fins dominação totalitária racionalmente¹⁶⁷ estruturada para a felicidade da maioria em detrimento da minoria. O Direito é mera questão de dominação¹⁶⁸ e de poder¹⁶⁹, fato que rompe com a noção do constitucionalismo moderno de limitação do poder político e da garantia de esferas de autonomia protegidas.

A crise positivista do constitucionalismo moderno, na forma da configuração do direito como instrumento do domínio coercitivo estatal sobre a pessoa por meio do ser (*is*), decorre da

165SCHAUER, Frederick. Was Austin right after all? On the role of sanctions in a theory of law. **Ratio Juris**, v. 23, n. 1, pp. 1-21, 2010, p. 4.

166HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Tradução Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 29.

167HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialectic of enlightenment**: philosophical fragments. Tradução Edmund Jephcott. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 69.

168Contra a ideia de dominação do Positivismo Jurídico de Kelsen e atribuindo esta qualidade ao Naturalismo Jurídico na Alemanha: VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 123. No entanto, ao confortar a teoria pura do Direito com a jurisprudência analítica de Austin, Kelsen confirma que, para Austin, um comando é a expressão da vontade de um indivíduo dirigida à conduta de outro indivíduo, o que demonstra a qualidade dominadora de certas concepções do positivismo jurídico (KELSEN, Hans. Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 55, n. 1, pp. 44-70, 1941, p. 55). No mesmo sentido, identifica-se a versão “positivista” do sistema jurídico em Gerber, na qual “[...] se destaca a fundamentação do poder estatal na vontade do monarca [...]” - grifo no original - VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 235.

169Para Rodrigo Borges Valadão: “Essas críticas acabam por converter o *Positivismo Conceitual* num *Positivismo Ideológico*, conhecido mais comumente como *Legalismo*. Como resultado, o Positivismo Jurídico deixa de ser entendido como uma *teoria sobre* o Direito, e passa a ser entendido como uma *ideologia política*” - grifo no original - (VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 42). Ocorre que o próprio autor esclarece que as críticas podem ser validamente imputadas contra o Positivismo Jurídico na versão de John Austin quando analisa o Argumento-Nuremberg, segundo o qual o Positivismo Jurídico, “[...] além de auxiliar o regime nazista a promover o *Rechtsperversion*, também teria fornecido a base da defesa dos acusados pela prática de crimes contra a humanidade [...]” - grifo no original - (VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 203; 206; 376).

relação de submissão do positivismo de Hobbes, da noção forte¹⁷⁰ do positivismo de Bentham e da vinculação hierárquica que o positivismo jurídico de Austin estabeleceu entre os indivíduos e o soberano.

Essa relação hierárquica estruturou o constitucionalismo e a Constituição moderna, não apenas do ponto de vista normativista¹⁷¹ da estrutura escalonada da ordem jurídica de Kelsen¹⁷², mas também no sentido de uma hierarquia da fonte do direito, isto é, uma imposição *top-down* da regra jurídica, fato que se identifica na figura da autoridade legal de Max Weber, cuja legitimidade da dominação está baseada sobre bases racionais estruturadas burocraticamente¹⁷³.

Exemplo da crise do domínio positivista do ser (*is*) no constitucionalismo moderno foi o advento da Escola da Exegese, na França, após a promulgação do Código Civil de 1804. Segundo Cláudio de Cicco¹⁷⁴, após a Revolução Francesa e com a promulgação do Código Civil, era imprescindível ao poder político vigente garantir a aplicabilidade e a eficácia da nova lei. Isso porque muitos dos juízes ainda representavam o antigo regime.

Por essa razão, a Escola da Exegese pregou o absoluto legal, isto é, o sistema da onipotência legal, descendente da filosofia política do século XVIII. Com base na separação de poderes de Montesquieu, o juiz deveria seguir a letra da lei. O respeito absoluto a esta letra e o receio ao arbítrio dos juízes conseguiram deformar a função judicante no sentido de sua mecanização¹⁷⁵, com o fim de garantir que o sentido do ser (*is*) – Código Civil de 1804 - fosse submetido ao dever-ser (*ought*) revolucionário.

A terceira forma de apresentação da crise positivista do constitucionalismo moderno é negação da própria ideia de Constituição. Essa crise é uma decorrência lógica da crise do domínio positivista do ser (*is*). A hierarquia da fonte do direito como forma de imposição *top-down* da regra jurídica implicou em uma Constituição política. A Constituição é uma mera folha

170POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. viii.

171FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia. Preface. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The legacy of John Austin's jurisprudence**. New York: Springer Science & Business Media, 2012, p. vii.

172KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 155. Kelsen afirmou que a Teoria Pura do Direito possui pontos em comum com a jurisprudência analítica, apesar de surgirem de forma independentes. Segundo Kelsen, a Teoria Pura do Direito executou o método da jurisprudência analítica de forma mais consistente do que Austin, ainda que seus pontos apresentassem diferenças teóricas cf. KELSEN, Hans. **What is justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays**. Berkeley: University of California Press, 1971, p. 271. Para uma crítica filosófica ao pensamento de Kelsen, a partir de equívocos de Kelsen como leitor de Platão, ver: GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **O erro de Kelsen: o prisioneiro da caverna platônica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

173WEBER, Max. **Economy and society: an outline of interpretive sociology**. Tradução Ephraim Fischhoff et al. Berkeley: University of California Press, 1978, p. 215; 218.

174DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 233.

175GENY, François. **Science et technique en droit privé positif**. Paris: Librairie de la Societe du Recueil Sirey, 1915. v. I, p. 27.

de papel e certas normas constitucionais se tornam meramente programáticas, sem eficácia social. Neste constitucionalismo em crise, não há espaço para o pluralismo e para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição¹⁷⁶.

A separação positivista jurídica de Bentham e de Austin entre ser (*is*) e dever-ser (*ought*) aplicada à Constituição moderna acarreta perda da sua normatividade. Isso ocorre porque as definições do sentido e do alcance das normas constitucionais se submetem aos interesses subjetivos¹⁷⁷ da autoridade e não da própria normatividade objetiva da Constituição. A Constituição é posta sob o domínio imperativo do dever-ser (*ought*) instrumental.

Apesar da teoria lockeana ter sido a base da concepção americana da Constituição, foram as teorias de Hobbes, de Bentham e de Austin que influenciaram o positivismo jurídico anglo-saxão e, por conseguinte, os países integrantes do *common law*. O desenvolvimento do pensamento jurídico-filosófico anglo-saxão gerou um contraste entre a noção da Constituição vigente e a teoria jurídico-filosófica que formou as bases do constitucionalismo moderno.

Se o direito positivo é mera questão de poder e de dominação, se as regras se originam dos fatos sociais, sem qualquer preocupação com valores substanciais ou méritos, a Constituição moderna pode adquirir qualquer conteúdo, bastando estar submetida ao dever-ser instrumental sob controle do soberano. Nesse contexto, a própria noção da Constituição moderna, ou dos direitos fundamentais, perde a razão de ser. Nega-se a própria ideia da Constituição moderna. É o que de fato ocorreu no Brasil durante a ditadura cívico-militar, na qual vigia a Constituição de 1967 e depois a Constituição de 1969, fruto da Emenda Constitucional nº 1, editada pelo regime ditatorial vigente em 17 de outubro de 1969, as quais eram tão somente meras questões de fato, de poder e de dominação, que estavam submetidas ao dever-ser instrumental da ditadura cívico-militar.

1.2.3 A crise da era da técnica

Com Hobbes se constrói o estado artificial. A partir de Bentham forma-se a ficção do direito. Austin identifica o direito como coerção. Com a técnica, a pretensão de domínio expandiu os seus alcances e a razão foi funcionalizada. O ser humano foi considerado peça de

176HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

177VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 39: “Aqueles que têm o poder de estabelecer e fazer cumprir as normas jurídicas *criam* o Direito e definem o seu *conteúdo* de acordo com a sua *vontade*” (grifo no original).

uma engrenagem sistêmica de um Leviatã real e a noção da Constituição moderna foi desafiada¹⁷⁸, a partir do interior do sistema.

Umberto Galimberti fala que hoje vivemos na era da técnica. Antes, uma ferramenta, a técnica se tornou sujeito da história: o verdadeiro “sujeito” da história; o homem executa o papel de “funcionário” de seus equipamentos, cumpre aquelas ações descritas e prescritas no rol de “tarefas” das ferramentas e coloca sua personalidade entre parênteses em favor da funcionalidade. A era da técnica promoveu uma mudança de paradigma¹⁷⁹.

No paradigma do mundo grego, os homens contemplam a natureza para compreender suas leis e, com elas, construir a ordem da cidade e a ordem da alma. No mundo judaico-cristão, a natureza é entregue ao homem para que a domine. Na ciência moderna, que surge em 1600, esse paradigma da dominação foi acolhido: agora, a ciência formula hipóteses sobre a natureza, submete a natureza às experiências, e se a natureza confirmar o experimento, transformamos as nossas suposições em leis da natureza. Este é o método científico, a base da chamada ciência moderna. Com essa revolução copernicana como dizia Kant, o homem se transformou em dominador da natureza¹⁸⁰.

Para Edgar Morin, a ciência, a técnica ou a razão constituem momentos, aspectos de um ‘por em causa’ do mundo natural, submetido à ordem do cálculo. A técnica, resultado da experimentação e da aplicação científica, “[...] é um processo de manipulação generalizada, para agir não só sobre a natureza, mas também sobre a sociedade”¹⁸¹. A técnica pura é a essência¹⁸² da razão instrumental pautada exclusivamente pelo método.

A dominação da técnica não passa despercebida no constitucionalismo moderno¹⁸³. A técnica avançou sobre a sociedade na conquista de poder¹⁸⁴. Após a Revolução Francesa, a

178ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 461.

179GALIMBERTI, Umberto. O ser humano na era da técnica. Tradução Sandra Dall’Onder. **Cadernos IHU ideias**, v. 13, n. 218, pp. 3-18, 2015.

180GALIMBERTI, Umberto. O ser humano na era da técnica. Tradução Sandra Dall’Onder. **Cadernos IHU ideias**, v. 13, n. 218, pp. 3-18, 2015.

181MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 14. ed. rev. e modificada. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 163.

182HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialectic of enlightenment**: philosophical fragments. Tradução Edmund Jephcott. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 2.

183Segundo Canotilho, o constitucionalismo moderno representa “[...] uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos” cf. CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 51. O constitucionalismo moderno consiste em uma técnica da liberdade que varia de acordo com os tempos e as tradições de cada Estado. Sobre o tema ver BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PARQUINE Norberto; PASQUINO, Gianfranco. **Dizionario di politica**. 2. ed. Torino: UTET, 1983, p. 271.

184HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialectic of enlightenment**: philosophical fragments. Tradução Edmund Jephcott. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 95.

razão foi funcionalizada. A razão tornou-se finalidade sem escopo, e por esse motivo, identificou-se com qualquer fim, inclusive fins totalitários¹⁸⁵.

A Constituição do constitucionalismo moderno foi idealizada com base na razão objetiva e nos valores da justiça, liberdade, igualdade, democracia e propriedade¹⁸⁶. No entanto, o positivismo jurídico de Hobbes, de Bentham e de Austin retirou o conteúdo, ou mérito, da razão, lançando as bases para a imperatividade do domínio coercitivo sobre o ser (is).

Com o surgimento dos regimes totalitários, o direito sob domínio totalitário será a identificação do homem com a lei, cuja fonte de legitimidade não deriva do consentimento do povo, mas de uma fonte superior, isto é, as leis da Natureza ou da História¹⁸⁷. Como bem ensina Hannah Arendt, a “[...] política totalitária não substitui um conjunto de leis por outro, não estabelece o seu próprio consensus iuris, não cria, através de uma revolução, uma nova forma de legalidade”¹⁸⁸.

Nos regimes totalitários, o direito como ele é - leis da Natureza ou da História – é submetido ao dever-ser da dominação totalitária representado essencialmente pelo “terror”¹⁸⁹ e pela “ideologia”¹⁹⁰. Por meio da técnica pura, do seu método¹⁹¹ e da sua razão instrumental-totalitária, a Constituição da República de Weimar foi desafiada sem ser abolida ou revogada¹⁹² e abriu o caminho para a dominação total que se seguiu com a ascensão do totalitarismo na Alemanha¹⁹³.

O Estado totalitário era pautado pela técnica, de acordo com uma racionalidade instrumental. No Estado totalitário, a dignidade do ser humano somente é reconhecida quando está integrado funcionalmente ao sistema, como uma máquina, uma peça do aparelho, que se articula com as demais engrenagens sistêmicas, para garantir a funcionalidade do próprio sistema. A essência do sistema enquanto tecnologia consiste no desempenho de suas funções

185HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialectic of enlightenment**: philosophical fragments. Tradução Edmund Jephcott. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 69.

186HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Tradução Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 29.

187ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 461-462.

188ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 462.

189ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 464.

190ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 468.

191HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialectic of enlightenment**: philosophical fragments. Tradução Edmund Jephcott. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 2.

192ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 461. Para uma análise sobre como a Constituição da República de Weimar foi desafiada sem ser abolida ou revogada: VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 107; 336.

193HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Tradução Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 134.

em um nível ótimo¹⁹⁴. Dessa forma, a crise da era da técnica corrompeu e demoliu as bases do paradigma do constitucionalismo moderno.

1.2.4 A crise da dicotomia Estado e sociedade civil

Na atualidade, mudaram substancialmente as circunstâncias sob as quais a Constituição moderna surgiu. Isso porque a distinção entre Estado e sociedade civil não é mais tão clara nos dias atuais quanto era antes. O poder público objeto da constitucionalização não se identifica mais necessariamente com o poder do Estado¹⁹⁵. As metamorfoses do constitucionalismo são ao mesmo tempo metamorfoses do Estado e da sociedade nos quais o constitucionalismo emergiu e se desenvolveu¹⁹⁶.

Sinaliza-se para uma possível crise da noção de Constituição do constitucionalismo moderno¹⁹⁷, visto que a Constituição deixa de ser o centro da regulação da vida social de um Estado-Nação¹⁹⁸ e seus conceitos básicos vão se demonstrando “anacrônicos”¹⁹⁹ na atualidade. Vive-se uma era da “desregulamentação”²⁰⁰ e do direito das plataformas²⁰¹.

As transformações do Estado e do constitucionalismo na sociedade contemporânea trouxeram reflexos na legitimação da autoridade do Estado moderno. Fala-se em crise de legitimidade decorrente do Estado pós-moderno, cujo direito e fonte de legitimidade da autoridade estatal se desenvolvem em um ambiente de pluralidade de fontes, em uma sociedade cada vez mais complexa e horizontal²⁰². O resultado é a combinação de fatores heterárquico e hierárquico na estrutura da sociedade, que trazem novos desafios na atual quadra do desenvolvimento do constitucionalismo²⁰³.

194GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne**: L'uomo nell'età della tecnica. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 1999, p. 599.

195GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. iv.

196Sobre a metamorfose do Direitos e da sociedade: CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 37.

197SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 215, pp. 19-34, 1999, p. 19-20.

198SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 215, pp. 19-34, 1999, p. 24.

199SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 215, pp. 19-34, 1999, p. 20.

200ZYGUNT, BAUMAN. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Cláudia Lima Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 9.

201CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 255.

202FRIEDMAN, Lawrence M. Some thoughts on the horizontal society. **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 4, 2004, p. 229.

203CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 46; 279; 299.

Por conseguinte, instaura-se a crise do paradigma do constitucionalismo moderno em virtude do abalo na diferenciação entre Estado e sociedade civil. Outros centros de poder e de dominação concorrem com o domínio do Estado sobre a sociedade, os quais, por vezes, não sofrem as restrições impostas pelo constitucionalismo moderno sobre o Estado. Como consequência, a Constituição adquire novas funções, como a transformativa²⁰⁴, com o objetivo de se adequar e de acompanhar as realidades políticos, sociais e econômicas da sociedade complexa atual.

1.2.5 A crise da legitimidade do império da lei (*rule of law*)

O império da lei (*rule of law*) firmou-se como um dos princípios fundamentais ou objetivos políticos do constitucionalismo moderno, ao lado da limitação do poder político e da garantia de esferas de autonomia protegidas. O poder político deveria ser delimitado na forma da Constituição. O império da lei (*rule of law*) manifestou a preocupação de que a Constituição era como uma especial forma de legalização do regime político que normatiza os fins e o modo de funcionar dos governantes.

A Constituição ascendeu à categoria de “lei suprema” formulada pelo povo por meio dos seus representantes eleitos democraticamente. A expressão democracia representativa surge, pela primeira vez, em carta escrita por Alexander Hamilton, direcionada para o senador Morris em 1777. A partir de então, a expressão se difundiu no começo dos anos 1790, por obras de Paine, Condorcet e Sieyès. O governo democrático-representativo para Sieyès era aquele fundado nas eleições com o fim de “nomear deputados para uma assembleia central”²⁰⁵ e não para dar voz aos cidadãos governados, pois apenas a primeira finalidade seria capaz de conformar “uma vontade geral”²⁰⁶.

Ocorre que se vive uma crise de representatividade democrática, pela qual passa a sociedade brasileira. A noção de governo democrático-representativo como meio de tão

204KLARE, Karl E. Legal Culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n. 1, pp. 146-188, 1998.

205LANDEMORRE, Hélène. A democracia representativa é realmente democrática? Entrevista com Bernard Manin e Nadia Urbinati. **DoisPontos**, v. 13, n. 2, pp. 143-156, 2016, p. 143.

206LANDEMORRE, Hélène. A democracia representativa é realmente democrática? Entrevista com Bernard Manin e Nadia Urbinati. **DoisPontos**, v. 13, n. 2, pp. 143-156, 2016, p. 143. “Como se sabe, a democracia teve gênese na Grécia Antiga. A Atenas democrática não dotava a cidadania ativa apenas de *isegoria*, isto é, do privilégio legal de tomar a palavra na assembleia, pois a plena cidadania tinha outra condição de ordem moral, a de que todos os cidadãos fossem um *parrhésiastés*. *Parrhesia*, palavra grega, significa, literalmente, “falar com franqueza”, “falar tudo”, e essa prática discursiva envolve, logicamente, a responsabilidade de responder por aquilo que se diz ou também de incorrer no desagrado do interlocutor por lhe dizer uma verdade inconveniente. É certo que essa possibilidade da crítica em contraditório sustenta a ética democrática [...]” cf. GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **O erro de Kelsen: o prisioneiro da caverna platônica**. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2020, p. 199.

somente “nomear deputados para uma assembleia central” desconectados daqueles que representam, não se adequa à sociedade complexa e plural da atualidade.

A crise de representatividade democrática ocasiona um déficit democrático e um enfraquecimento da noção de Estado de Direito no Brasil. A partir do instante que o processo eleitoral “[...] não consegue dar voz e relevância à cidadania”²⁰⁷, a noção de representação política nas democracias contemporâneas é questionada. Ao ser a representação política objeto de contestação, a lei, fruto do processo democrático legislativo, tem suas bases justificadoras abaladas. A consequência desse estado de contestação é a crise da legitimidade do império da lei (*rule of law*), inerente ao Estado de Direito e ao constitucionalismo moderno em meio ao crescente populismo.

No exame dos elementos constitutivos do populismo, é possível identificar cinco elementos analíticos, conforme descreve Pierre Rosanvallon²⁰⁸. O primeiro é a concepção de povo baseada na distinção entre “eles” e “nós”, que pode ainda ser representada pela tensão entre o povo-corpo cívico e o povo-corpo social. O segundo elemento é concepção populista da democracia estruturada em três elementos: a preferência à democracia direta; visão polarizada e hipereleitoral da soberania do povo que rejeita os órgãos intermediários e pretende domesticar instituições não eleitas (como tribunais constitucionais e autoridades independentes); a apreensão da vontade geral como sendo capaz de se expressar espontaneamente. O terceiro elemento é a concepção populista de representação, que está vinculada ao destaque da figura de um “homem-povo”, com significativa capacidade de encarnação, para sanar o estado de deturpação existente. O quarto elemento é o nacional-protecionismo como forma de visão soberana da reconstrução vontade política e atenção à segurança de uma população, e não apenas como decorrência da ordem de uma política econômica. O último elemento constitutivo da ideologia populista é a utilização de um conjunto de emoções e paixões, utilizado como forma de mobilização dos afetos na política.

Os cinco elementos analíticos do populismo contribuíram para o surgimento do denominado constitucionalismo abusivo, técnica que demonstra a hostilidade do populismo contra o constitucionalismo²⁰⁹. O constitucionalismo abusivo é a técnica que se utiliza dos mecanismos formais de reforma, de revisão da Constituição e de substituição constitucional,

207BARROSO, Luís Roberto. A Democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **CEBRI-Revista**: Brazilian Journal of International Affairs, n. 1, pp. 33-56, 2022, p. 41.

208ROSANVALLON, Pierre. **Le siècle du populisme**: histoire, théorie, critique. Paris: Éditions du Seuil, 2020.

209MÜLLER, Jan-Werner. Is populism always a threat to constitutionalism? In: CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno (org.). **Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia**. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2020, p. 89.

como instrumento para minar a democracia. Trata-se do uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar-se um Estado substancialmente menos democrático do que era antes²¹⁰. Em razão de sua hostilidade contra o constitucionalismo, o constitucionalismo abusivo não é “[...] de fato, constitucionalismo”²¹¹, pois este consolida ideais de limitação do poder político e de garantidas de direitos fundamentais básicos do indivíduo em detrimento da autoridade do Estado.

São exemplos do emprego da técnica do constitucionalismo abusivo: a tentativa de emendar a Constituição colombiana²¹², para garantir um terceiro mandato presidencial ao então presidente populista; e a aprovação de uma nova Constituição na Hungria, em 2011, que modificou substancialmente as competências e o desenho institucional do Tribunal Constitucional, de forma a ampliar o número de juízes na corte para garantir ao partido no poder a maioria nas deliberações²¹³.

Outra manifestação contra o constitucionalismo é constitucionalismo populista. Trata-se do domínio do poder por líderes populistas, com o fim de utilizar a Constituição do Estado para construir a sua imagem e as suas políticas morais perante o povo. A partir desse processo de domínio da política constitucional de um Estado, o constitucionalismo populista destrói a própria democracia²¹⁴. Os modelos de administração da saúde pública durante a pandemia da Covid-19 no Brasil, nos Estados Unidos da América e na Sérvia são casos específicos do constitucionalismo populista, na medida em que houve a apropriação populista da ciência como instrumento ideológico para justificar medidas contrárias aos princípios fundamentais, ou objetivos políticos, do constitucionalismo moderno, deslegitimar responsabilidades e promover atos contra o equilíbrio democrático²¹⁵.

210LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UCDL Rev.*, v. 47, pp. 189-260, 2013, p. 191; 195.

211SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 44.

212Em 2010, a Corte Constitucional da Colômbia declarou a inconstitucionalidade o referendo de emenda constitucional que autorizaria o terceiro mandato do Presidente Álvaro Uribe, em razão de violar o artigo 197 da Constituição.

213LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UCDL Rev.*, v. 47, pp. 189-260, 2013, p. 202; 209. Sobre o emprego do constitucionalismo abusivo em regimes democráticos presidencialistas na América Latina ver SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 41-45.

214MÜLLER, Jan-Werner. Is populism always a threat to constitutionalism? In: CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno (org.). **Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia**. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2020, p. 106.

215FÜRST, Henderson. Biopopulismo e a apropriação política de narrativas científicas. In: CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno (org.). **Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia**. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2020, p. 141; 164; 174.

Esses fenômenos populistas contribuíram para os efeitos negativos da pandemia sobre os direitos humanos no Brasil, evidenciando a necessidade de medidas por parte das instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do exercício da jurisdição constitucional brasileira para mitigar, ou superar, os desafios estruturais brasileiros na pandemia.

A pesquisa sobre o impacto das ações e retórica de Executivo, desde 2016 até 2022, sobre o exercício da jurisdição constitucional da Suprema Corte do Reino Unido, realizada pelo *All Party Parliamentary Groups* e publicado em 08 junho de 2022, concluiu que o Executivo age de forma inadequada ao atacar a integridade ou as competências dos juízes e, em particular, ao fazê-lo de uma forma que possa reduzir a confiança do público no judiciário e/ou implicar que o Executivo possui maior capacidade institucional para a resolução de questões de fato e de direito, por exemplo, por meio da maior capacidade de realizar perícias, do que os juízes²¹⁶.

A conduta inadequada do Executivo contra a independência judicial no Reino Unido é manifestação do constitucionalismo populista²¹⁷. O comportamento do Executivo evoluiu da postura crítica para o ataque contra o Poder Judiciário como um todo. A tipologia do comportamento abusivo do Executivo contra a independência judicial é a seguinte: i) deturpação (*misrepresentation*): o Executivo insinua ou sugere que os Tribunais proferem decisões sobre bases ou com efeito incorreto; ii) ataques *ad hominem* (*ad-hominem attacks*): o Executivo sugere que os juízes proferem decisões com base em conspiração, preconceito ou viés político; iii) ameaças (*threats*): o Executivo insinua ou ameaça “reformas” ou “consequências”, em resposta aos casos julgados pelo Tribunal; iv) confundir “casos com consequências políticas” com “os tribunais decidindo questões políticas” (*conflating “cases with political consequences” with “the courts determining political questions”*)²¹⁸.

Como consequência da tipologia do comportamento abusivo do Executivo contra a independência judicial, o estudo encontrou evidências empíricas do crescente número de casos desde 2020, em que a Suprema Corte do Reino Unido se afastou de seus precedentes judiciais e decidiu de forma mais próxima às preferências políticas do Executivo, o que culmina em aparente politização do Judiciário, fruto do constitucionalismo populista. Por conseguinte, a

216UNITED KINGDOM. **An independent judiciary** - challenges since 2016. All Party Parliamentary Groups. 2022. Disponível em: <<https://www.icdr.co.uk/s/SOPI-Report-FINAL-lrbt.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2022, p. 55.

217Em 2021, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos expressou preocupação com os desafios do Brasil quanto às instituições democráticas, particularmente no que diz respeito à independência judicial em razão de ataques do Poder Executivo contra o Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, ver: HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. **Democracia: proteção constitucional e internacional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2022.

218UNITED KINGDOM. **An independent judiciary** - challenges since 2016. All Party Parliamentary Groups. 2022. Disponível em: <<https://www.icdr.co.uk/s/SOPI-Report-FINAL-lrbt.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2022, p. 33.

adoção de salvaguardas constitucionais à independência judicial contra o comportamento abusivo do Executivo se mostra necessária para manter o Executivo nos limites constitucionais em relação ao judiciário e garantir que este possa desenvolver suas funções constitucionais sem interferência²¹⁹.

1.2.6 A crise da verdade

O paradigma epistemológico da modernidade circunscreve a razão como a capacidade ou o poder da “descoberta” verificável da verdade. Todo o conhecimento é originado da experiência. A experiência sensitiva permitiria descobrir o princípio a partir do qual seria possível deduzir a verdade racionalmente. O método para a aquisição da verdade relativa consiste na investigação empírica²²⁰. A verdade é adquirida e verificável por meio do método científico.

Com o advento da sociedade da informação²²¹, a verdade da modernidade é esfumada pelas *fake news*²²² e pela desinformação. A sociedade da informação desconecta a informação da realidade fática e faz os cidadãos perderem a crença na facticidade²²³. Ainda que entendida no contexto do projeto de modernidade inacabada²²⁴, como verdade discursiva, isto é, como um “[...] consenso racional sobre o que se diz”²²⁵, que garante a coesão social, a sociedade da informação degenera o discurso e a racionalidade discursiva porque esta sociedade prescinde

219O estudo faz específicas recomendações para o contexto jurídico-político do Reino Unido. Ver: UNITED KINGDOM. **An independent judiciary** - challenges since 2016. All Party Parliamentary Groups. 2022. Disponível em: <<https://www.icdr.co.uk/s/SOPI-Report-FINAL-lrbt.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

220CASSIRER, Ernest. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992, p. 250.

221Sobre a origem da ideia da sociedade da informação no início dos anos 60, seu desenvolvimento nos anos 80 e 90 até sua transformação em sociedade em rede ver MAY, Christopher. **The information society: A sceptical view**. Cambridge: Polity Press, 2002.

222*Fake news* é um mecanismo de conquista do poder por meio da manipulação inverídica da informação. Sobre as *fake news* como um meio para se conquistar o poder cf. HAN, Byung-Chul, **Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia**. Tradução de Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Taurus, 2022, posição 6.32. Para uma crítica a noção de *fake news* e sua substituição pela expressão desinformação (*disinformation*) ver EUROPEAN COMMISSION. **A multi-dimensional approach to disinformation: report of the independent high level group on fake news and online disinformation**. 2018. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1>>. Acesso em: 13 jun. 2022. Sobre o tema fake news, transformações do direito e o impacto das novas tecnologias ver ABBOD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Orgs.). **Fake news e regulação**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

223HAN, Byung-Chul, **Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia**. Tradução Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Taurus, 2022, posição 6.5

224HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: FOSTER, Hal (ed.). **La posmodernidad**. 7. ed. Barcelona: Editorial Kairós, 2008.

225HABERMAS, Jürgen. Teorías de la verdad. In: NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI María José (ed.). **Teorías de la verdad en el siglo XX**. Tradução Juan Antonio Nicolás et al. Madrid: Tecnos Editorial S A., 1997, p. 554.

de espaços públicos compartilhados²²⁶, da presença e da inclusão do outro²²⁷. A sociedade atual perde a dimensão do outro e da diferença. Ela produz tribos de opiniões e crenças, bolhas de identidades²²⁸ filtradas²²⁹ e câmaras de ecos ou casulos de informação (*echo chambers or information cocoons*)²³⁰, que atraem a adesão, combatem identidades não aderentes e promovem a desintegração social²³¹.

A sociedade da informação não é discursiva e carece da racionalidade comunicativa porque a informação difundida em redes sociais digitais, ou em plataformas digitais²³², e submetida às lógicas da desconexão fática e da adesão identitária, traz como consequência a crise da democracia atual. Esta se traduz na crise de escutar o outro e na destruição da esfera pública²³³ deliberativa por força da personificação do algoritmo²³⁴.

Além da fragmentação, desagregação da esfera pública²³⁵ e da polarização social, as redes digitais criam cascatas cibernéticas (*cybercascades*), isto é, processos de troca de informações em que determinado fato ou ponto de vista se torna difundido, simplesmente porque muitas pessoas parecem acreditar²³⁶. Esse processo difundido em bolhas filtradas de identidade funciona como um espelho em uma única direção (*the one-way mirror*²³⁷) que causa super confiança, uma falsa sensação de autonomia, diminui a diversidade e contribui para o

226SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com 2.0**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 95.

227HABERMAS, Jürgen. **The inclusion of the other: studies in political theory**. Massachusetts: MIT Press, 2000.

228SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 32.

229PARISER, Eli. **The filter bubble: How the new personalized web is changing what we read and how we think**. New York: Penguin Books, 2011.

230SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com 2.0**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 44.

231HAN, Byung-Chul, **Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia**. Tradução Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Taurus, 2022, posição 4.22.

232CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 298.

233Habermas conceitua a esfera pública (*Öffentlichkeit*) em 1962. Após revisão conceitual, Habermas passa a conceituá-la como uma “[...] rede de comunicação de informações e pontos de vista (ou seja, opiniões que expressam atitudes afirmativas ou negativas); os fluxos de comunicação são, no processo, filtrados e sintetizados de tal forma que se unem em feixes de opiniões públicas especificadas por tópicos. Assim como o mundo da vida como um todo, também a esfera pública é reproduzida por meio da ação comunicativa, para a qual basta o domínio de uma linguagem natural; ele é adaptado à compreensão geral da prática comunicativa cotidiana” (tradução livre) ou ainda como “[...] uma estrutura de comunicação enraizada no mundo da vida através da rede associativa da sociedade civil” (tradução livre) cf. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, 1996, p. 359; 360.

234HAN, Byung-Chul, **Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia**. Tradução Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Taurus, 2022, posição 4.11; 4.12.

235VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake news e regulação**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 223.

236SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com 2.0**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 44.

237PASQUALE, Franck. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 17.

aumento do discurso de ódio, em razão da confirmação de valores, significados e crenças segmentadas²³⁸.

As redes digitais²³⁹, ou mais recentemente o fenômeno das plataformas digitais, são espaços públicos não deliberativos²⁴⁰ submetidos à força centrífuga²⁴¹ da adesão identitária e geram uma nova forma de dominação sob o regime da informação. Trata-se da forma de dominação na qual a exploração da informação, dos dados, dos algoritmos e da inteligência artificial determina os processos sociais, econômicos e políticos. Nesse processo, a verdade é substituída pela informação, o comportamento racional cessa frente ao comportamento inteligente, a racionalidade sem discurso é identificada como racionalidade digital e a democracia se transforma em infocracia²⁴².

238CAPPI, Juliano. **Internet, big data e discurso de ódio**: reflexões sobre as dinâmicas de interação no Twitter e os novos ambientes de debate político. 2017. 204 f. Tese (Doutorado em Comunicação e Semiótica) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Comunicação e Semiótica, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 137; 139.

239Para Friedrich Kittler, “[...] os computadores são a redução consumada de todas as dimensões para zero”, e o que chamamos de realidade virtual (*virtual reality*) “[...] pode ser vista também como ampliação das possibilidades de controle”, na medida em que o computador “[...] pode manipular os dados de todas as formas possíveis” e projetar imagens na tela que “[...] não representam objetos, planos ou espaços existentes” cf. KITTLER, Friedrich A. **Mídias ópticas**: curso em Berlim, 1999. Tradução Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 324; 326-327.

240As redes digitais não formam uma esfera pública. Cláudio Pereira de Souza Neto conceitua esfera pública como “[...] a arena discursiva não estatal em que as expectativas normativas dos cidadãos são apresentadas e confrontadas por pontos de vista diferentes. A troca de argumentos e contra-argumentos que ocorre na esfera pública exerce função racionalizadora. As pretensões normativas que logram superar a crítica pública podem ser consideradas legítimas e racionais” cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 34, nota de rodapé n. 54. Ocorre que as forças centrífuga e fragmentadora das redes digitais desintegram a esfera pública em espaços privados, ver HAN, Byung-Chul, **Infocracia**: la digitalización y la crisis de la democracia. Tradução Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Taurus, 2022, posição 3.16; 4.6.

241Sobre a natureza centrífuga da política no novo mundo digital sob o império do algoritmo ver EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos**: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. Tradução Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2019, p. 157; HAN, Byung-Chul, **Infocracia**: la digitalización y la crisis de la democracia. Tradução Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Taurus, 2022, p. 3.16; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 32.

242HAN, Byung-Chul, **Infocracia**: la digitalización y la crisis de la democracia. Tradução Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Taurus, 2022. O termo “constitucionalismo digital” pretende conectar uma constelação de iniciativas que buscam articular um conjunto de direitos políticos, normas de governança, e limitações ao exercício do poder na Internet cf. GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an internet bill of rights. **Berkman Center Research Publication**, n. 2015-15, pp. 1-26, 2015, p. 2. Nesse sentido, o constitucionalismo digital consiste em articular os limites ao exercício do poder em uma sociedade em rede cf. DE GREGORIO, Giovanni. **Digital constitutionalism in Europe**: reframing rights and powers in the algorithmic society. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 4. Sobre o tema no Brasil ver LORDELO, João Paulo. **Constitucionalismo digital e o devido processo legal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2022; CELESTE, Edoardo; DA SILVA SANTARÉM, Paulo Rená. Constitucionalismo digital. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 15, n. 45, pp. 63-91, 2021.

2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO SOB NOVO PARADIGMA

A busca pela superação da crise do constitucionalismo moderno pode ser identificada na ascensão do paradigma do neoconstitucionalismo. No entanto, o neoconstitucionalismo foi incapaz de superar a crise da era da técnica inerente à modernidade. Dessa forma, o constitucionalismo multidimensional sob o enfoque transformador e, especialmente quando qualificado como constitucionalismo complexo, surge como novo paradigma do constitucionalismo em desenvolvimento na atualidade, o qual será objeto de estudo a seguir.

2.1 Neoconstitucionalismo: a busca pela superação da crise do constitucionalismo moderno

O neoconstitucionalismo surge como uma tentativa de superação da crise do paradigma do constitucionalismo moderno identificada nas formas da crise da racionalidade e da crise da positividade da lei. Além dos efeitos já analisados, ambas as crises analisadas, agora em conjunto, trouxeram como consequência a natureza meramente política da Constituição, a necessidade de a lei intermediar o sentido e o alcance da norma constitucional e natureza extralegal das normas constitucionais, enquanto não aplicadas pelos tribunais.

Após a Revolução Francesa, a lei se desvincula da sua imagem revolucionária. A Constituição não garantia a força normativa da Declaração de Direitos de 1789. A Constituição estabelecia os objetivos políticos da ordem constitucional vigente. As concretizações dos direitos previstos na Constituição e na Declaração de Direitos de 1789 dependiam da força normativa da lei²⁴³.

Mesmo após a Segunda Guerra Mundial, as constituições posteriores à queda do totalitarismo, como a Constituição Italiana de 1947, não eram dotadas, em suas origens, quando das suas promulgações, de força normativa para regular diretamente a vida social. Eram constituições políticas que dependiam da força da lei para adquirir qualidade de norma jurídica de aplicabilidade direta e de efeitos concretos²⁴⁴.

Mesmo nos Estados Unidos, muito por influência da escola positivista, as normas constitucionais eram consideradas normas extralegais enquanto não fossem aplicadas pelos tribunais. Ocorria a identificação entre constitucionalismo jurídico e controle de

243FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Trotta, 2014, p. 97.

244FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Trotta, 2014, p. 99.

constitucionalidade²⁴⁵. No campo da filosofia analítica positiva do direito, não havia consideração quanto às qualidades transformadoras do Estado Constitucional. Entretanto, as qualidades das normas constitucionais do constitucionalismo emergente de serem abertas e de não serem normas ao estilo do positivismo jurídico de Austin, de Kelsen²⁴⁶ ou de Bentham, no sentido de que não pode haver lei sem sanção²⁴⁷, implicava um descompasso entre teoria e prática constitucional.

O neoconstitucionalismo surge como abordagem teórica que pretende reconhecer a normatividade da Constituição. O neoconstitucionalismo faz parte de um movimento antipositivista²⁴⁸ ou pos-positivista²⁴⁹ do século XX, desenvolvido a partir dos anos sessenta por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky. Diferentes abordagens teóricas se identificam com o denominado neoconstitucionalismo. No entanto, é correto falar que os filósofos do direito do neoconstitucionalismo compartilham entre si uma peculiar forma de abordar o direito²⁵⁰.

Em termo gerais, conforme Susanna Pozzolo²⁵¹ - a quem se deve o primeiro uso do termo neoconstitucionalismo - trata-se de uma concepção de teoria do direito que se caracteriza por: incluir os princípios jurídicos como espécies de normas ao lado das regras; acolher a ponderação como técnica de interpretação e de aplicação do direito, em contraponto ao método da subsunção legal; compreender a Constituição em termos substanciais, que condiciona a validade das normas infraconstitucionais, em detrimento do sentido meramente político da Constituição kelseniana; bem como expressar a tese da função criativa da interpretação judicial.

Para Luis Roberto Barroso²⁵², o neoconstitucionalismo emerge das transformações do Estado e da teoria do direito subjacente, que podem ser representadas a partir de três marcos: o histórico, o filosófico e o teórico. O marco histórico se identifica com a ascensão do paradigma

245PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. **Constitutionalism**. New York: New York University Press, 1979, p. 195.

246ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Justicia constitucional: historia, principios e interpretaciones**. Tradução César E. Moreno More. Puna: Zela Grupo Editorial, 2018, v. I, p. 90; 154.

247PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. **Constitutionalism**. New York: New York University Press, 1979, p. 197.

248PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**. El antipositivismo de Lon L. Fuller. Tradução Celia Díez Fuentes. Lima: Palestra Editores, 2019, p. 26.

249COMANDUCCI, Paolo; RUIZ, Marian Ahumada; LAGIER, Daniel González. **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 87.

250POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 21, v. 2, pp. 339-353, 1998, p. 339.

251POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 21, v. 2, pp. 339-353, 1998, p. 340-342.

252BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, pp. 1-48, 2006, p. 11.

do Estado constitucional de direito do Pós-Segunda Guerra Mundial, cujas referências constitucionais principais foram a Constituição da Itália de 1947 e a Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn)²⁵³. Já o marco filosófico corresponde ao denominado pós-positivismo, pautado na lógica dos direitos fundamentais e na nova conexão entre o Direito e a ética. O marco teórico compreende o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e nova abordagem da interpretação constitucional.

Luigi Ferrajoli²⁵⁴ diferencia o constitucionalismo principialista, argumentativo, ou teórico, do garantista. Apesar de Ferrajoli não se utilizar da expressão neoconstitucionalismo para identificar o constitucionalismo principialista, o jurista italiano vincula o “principialismo”²⁵⁵ aos autores neoconstitucionalistas²⁵⁶.

Caracteriza-se o constitucionalismo principialista por reconhecer os direitos fundamentais como valores ou princípios morais diferenciados das regras na dimensão da estrutura. Para essa abordagem, os princípios possuem uma normatividade mais débil que as regras e não se aplicam propriamente por meio da subsunção como as regras, mas por meio da ponderação legislativa ou judicial. Já o constitucionalismo garantista é qualificado por uma normatividade forte ou regulativa. Para esse marco teórico, os princípios constitucionais se comportam em sua maioria como regras, inclusive os direitos fundamentais, uma vez que são garantidos por regras de proibição de lesão ou de obrigação de prestação²⁵⁷.

Por sua vez, Manuel Atienza²⁵⁸ diferencia duas versões do neoconstitucionalismo: a forte e a fraca (ou débil). A primeira versão recepciona a natureza substancial ou valorativa da Constituição, o que implica em entender, conforme Ferrajoli, que a ciência do direito possui

253No plano internacional dos direitos humanos, o marco histórico identifica-se com a reconstrução dos direitos humanos a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Flávia Piovesan ensina que: “Sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, no Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, e, por outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores. No âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.” (PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 153, pp. 8-9, 2005, p. 8).

254FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, pp. 15-53, 2011, p. 21.

255SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**. México DF: Fontamara, 1997, p. 65.

256FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, pp. 15-53, 2011, p. 20.

257FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, pp. 15-53, 2011, p. 21.

258ATIENZA, Manuel. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. **CAPJurídica**, n. 3, pp. 59-101, 2017, p. 65.

um caráter normativo e não meramente descritivo, ou que, de acordo com Zagrebelsky, a ciência do direito deve se edificar a partir de uma perspectiva interna, em conformidade com os valores da Constituição. Já a versão fraca de Comanducci expressa a ideia simples de que a Constituição é um conjunto de normas hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais.

A teoria do direito subjacente ao neoconstitucionalismo recepciona os princípios jurídicos como espécies de normas jurídicas ao lado das regras. A distinção entre as regras e os princípios em voga atualmente foi construída por Ronald Dworkin e por Robert Alexy, ao desenvolver uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais.

Dworkin e Alexy vislumbram diferenças²⁵⁹ lógicas e qualitativas entre os princípios e as regras jurídicas e não diferenças de grau. Para Dworkin²⁶⁰, a qualidade das regras está na dimensão da validade e a qualidade dos princípios está na dimensão do peso ou da importância. As regras são aplicadas com base na lógica do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*). Já os princípios são aplicados com base na lógica relativa mútua dos pesos dos princípios conflitantes em concreto. Para Alexy, os princípios são mandados de otimização e as regras são mandados definitivos²⁶¹. Alexy aduz que, qualitativamente, as regras são normas de estrutura fechada, comandam a realização de uma conduta e podem ser sempre cumpridas ou não, já que valendo a regra, há de se fazer exatamente o que ela exige ou determina, nem mais, nem menos²⁶². Já os princípios constituem-se de uma estrutura aberta e ordenam que se realize algo na maior medida do possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas, por serem “mandados de otimização”²⁶³.

A caracterização dos princípios como “mandados de otimização” significa que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível²⁶⁴. Esta consiste na diferença qualitativa entre os princípios e as

259DA SILVA, Virgílio Afonso. mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, pp. 607-630, 2003, p. 610.

260DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 24; 26.

261ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 162.

262ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87.

263ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

264ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87.

regras. Por essa razão, os princípios são aplicados mediante ponderação e as regras são aplicadas por meio da subsunção²⁶⁵.

É oportuno, neste momento, relembrar a noção de princípio para o Iluminismo e que foi tão decisiva na concepção política de Hobbes e na teoria do direito de Bentham, jurista que iluminou Austin. Princípio era a fonte dedutiva da verdade racional e podia ser descoberto a partir da experiência sensitiva. Princípios eram as condições gerais, ou pontos a partir dos quais o conhecimento começa, conduzidos a partir da experiência concreta ou dos dados²⁶⁶.

A ideia de princípios na teoria do positivismo jurídico anglo-saxão surge de forma tardia. Até a publicação póstuma do pós-escrito (*postscript*) na nova edição do livro *O Conceito de Direito*, em 1994, o direito da teoria positivista de Hart não fazia menção à noção de princípio própria de teóricos do neoconstitucionalismo. No pós-escrito, Hart analisa, de forma crítica, a abordagem teórica de Dworkin sobre a natureza dos princípios enquanto normas diversas das regras. A partir da nova concepção harteneana de *soft positivism*, Hart afirma que os princípios jurídicos podem ser capturados ou identificados como direito desde que assim o seja pela regra de reconhecimento²⁶⁷.

Nos dias atuais, o positivista jurídico Schauer afirma que a expressão “princípio” deve ser evitada por causar confusão, na medida em que pode se referir tanto às regularidades empíricas como aos imperativos com força normativa²⁶⁸. Já Joseph Raz acolhe a noção de “princípio” e aduz que a diferença entre regras e princípios jurídicos não é questão de lógica e sim de política jurídica²⁶⁹. Diferentemente de Dworkin, Joseph Raz não recepciona a diferença entre regras e princípios de acordo com a dimensão de peso. Para Raz, a diferença entre princípio legal e regra é de grau de especificidade, isto é, o primeiro prescreve atos com alto grau de não especificidade e o segundo prescreve atos com relativo grau de especificidade²⁷⁰.

A partir das abordagens teóricas acima descritas, é possível concluir que as diferenças entre as noções positivista e neoconstitucionalista de princípios jurídicos são qualitativa e quantitativa. A diferença qualitativa está na natureza político-jurídica dos princípios no positivismo jurídico e na natureza normativa-valorativa dos princípios no

265ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 162.

266CASSIRER, Ernest. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992, p. 41-42.

267HART, H. L. A. **The concept of law**. 3. ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 265.

268SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 14.

269RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, v. 81, pp. 823-854, 1972, p. 834.

270RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, v. 81, pp. 823-854, 1972, p. 838.

neoconstitucionalismo. A diferenciação quantitativa está na dimensão de peso dos princípios no neoconstitucionalismo e na intensidade de grau dos princípios no positivismo jurídico.

O neoconstitucionalismo foi recepcionado²⁷¹ pelo constitucionalismo brasileiro fruto da promulgação da Constituição de 1988 e do processo de redemocratização²⁷². Isso se deve ao fato de que, apenas com o constitucionalismo decorrente da Constituição de 1988, as disposições constitucionais adquiriam *status* jurídico de verdadeiras normas jurídicas. Até a Constituição de 1988, as Constituições brasileiras eram constituições políticas e dependiam da força da lei para obter normatividade concreta. Os decretos e atos administrativos davam a tônica do Direito Público e faltava ao Judiciário brasileiro plena independência²⁷³. O constitucionalismo brasileiro era um constitucionalismo da organização do Estado e das suas funções, e não um constitucionalismo dos direitos fundamentais²⁷⁴.

No entanto, a aceitação da teoria do neoconstitucionalismo no Brasil não é pacífica e é objeto de críticas por parte de diferentes linhas teórico-filosóficas da Constituição. Lenio Luiz Streck argumenta contra o neoconstitucionalismo²⁷⁵. Ao passo que Humberto Ávila elabora crítica ao neoconstitucionalismo a partir de quatro fundamentos: o normativo, o metodológico, o axiológico e o organizacional²⁷⁶.

Segundo Streck, o neoconstitucionalismo pautado nos postulados teóricos da teoria da argumentação, que implica a relação de complementaridade entre moral e direito, e na regra da ponderação como modelo de realização do direito por meio dos princípios, acarreta a concretização *ad hoc* da Constituição. O “direito novo” prometido pelo neoconstitucionalismo culminou “[...] na loteria do protagonismo judicial” e não se caracterizou como pós-positivista, pois recaiu em uma espécie de discricionariedade da ponderação judicial, a mesma discricionariedade que o neoconstitucionalismo critica²⁷⁷.

271SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

272BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, pp. 1-48, 2006, p. 2.

273SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

274SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro**, v. 4, pp. 23-51, 2006, p. 28.

275STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, economia e desenvolvimento. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 4, pp. 9-27, 2011.

276ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, 2009.

277STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, economia e desenvolvimento. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 4, pp. 9-27, 2011, p. 11-13, 20; 22.

Humberto Ávila destaca que o neoconstitucionalismo pode ser entendido como uma forma de teorizar o Direito Constitucional e de aplicar as normas constitucionais, a qual possui os pilares fundamentais que correspondem as passagens das abordagens pautadas nas regras para os princípios (normativo), da subsunção para a ponderação (metodológico), da justiça geral para a justiça particular (axiológico) e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário (organizacional)²⁷⁸.

A crítica normativa ao neoconstitucionalismo formulada por Humberto Ávila parte da compreensão de que a Constituição Brasileira de 1988, não é uma “Constituição principiológica”, mas sim, uma “Constituição de regras”. Isso porque o Constituinte realizou uma ponderação pré-legislativa quanto às decisões políticas e estruturais fundamentais postas na Constituição, em vez de deixar para a ponderação posterior do aplicador²⁷⁹.

Já a crítica metodológica ao neoconstitucionalismo elaborada por Humberto Ávila aduz contra a ponderação não orientada por critérios objetivos prévios. Segundo Ávila, a ponderação não representa um critério geral de aplicação do sistema jurídico. Caso a ponderação fosse critério geral de aplicação das normas jurídicas, as consequências seriam: a quebra da hierarquia das fontes, ou a produção de um “anti-escalonamento” da ordem jurídica; as aniquilações das regras e do princípio democrático por meio do exercício da função de legislar; a ascensão do subjetivismo; a eliminação ou a redução do caráter heterolimitador do Direito; e por fim, a perda da normatividade do Direito²⁸⁰.

Por sua vez, a crítica axiológica de Humberto Ávila foca na perda das funções das regras em decorrência da prevalência da ponderação na análise do caso concreto. Para Ávila, as regras possuem funções estabilizadoras dos conflitos morais, redutoras das incertezas quanto à falta de regramento, uniformizadoras de tratamentos, eliminadoras ou redutoras de crises de coordenação, de conhecimento, de custos e de controle de poder²⁸¹.

Para exercer tais funções, Humberto Ávila afirma que as regras devem ser resistentes tanto à subjetividade do julgador quanto à possibilidade de ampliação ou de superação da sua hipótese de incidência. Ocorre que a ponderação de princípios desloca a análise da aplicação das normas constitucionais das normas prévias, gerais e abstratas para as normas posteriores,

278ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, 2009, p. 3.

279ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, 2009, p. 3-4.

280ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, 2009, p. 7-9.

281ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, 2009, p. 12; p. 14-15.

individuais e concretas. Esse fenômeno da prevalência da justiça concreta sobre a justiça geral acarreta a perda da função das regras nas sociedades complexas atuais, uma vez que torna a interpretação e a aplicação das normas constitucionais submetidas à subjetividade do juiz e, por consequência, sujeitas à ampliação ou à superação da sua hipótese²⁸².

Humberto Ávia ainda realiza uma última análise crítica ao neoconstitucionalismo de natureza organizacional. As alterações normativas e metodológicas do neoconstitucionalismo trazem como consequência a preponderância do Judiciário sobre o Legislativo e sobre o Executivo, bem como “[...] a preponderância da Constituição, em detrimento da legislação”²⁸³.

Esse quadro metodológico-normativo promoveria, segundo Humberto Ávia, um ativismo judicial incompatível com a estrutura organizacional dos Poderes estabelecida pela Constituição de 1988. Em razão das funções das regras acima descritas e em respeito aos valores democráticos, caberia o Poder Legislativo a solução dos conflitos morais na sociedade complexa e plural de hoje, e não ao Poder Judiciário²⁸⁴.

Entretanto, o neoconstitucionalismo possui uma virtude a seu favor contra o positivismo jurídico, que corresponde à publicidade²⁸⁵ e à transparência²⁸⁶ das razões de decidir da autoridade investida no exercício da função deliberativa. Diferentemente do positivismo jurídico compreendido em suas diversas vertentes, o neoconstitucionalismo concebe os princípios como instrumentos de vinculação entre o direito e a moral por meio da argumentação²⁸⁷. Por sua vez, esta representa técnica da democracia deliberativa²⁸⁸.

A argumentação judicial é submetida à responsividade (*accountability*) e ao controle *a posteriori*, seja por parte dos demais Poderes, por meio do exercício do poder de legislar, seja por parte da sociedade, por meio da crítica e da mobilização social, seja em virtude da ideia de precedentes, que constrange os juízes a seguirem os seus próprios precedentes, seja ainda pela própria qualidade interna do argumento decisional²⁸⁹. A deliberação judicial expõe as

282ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, 2009, p. 12; 14-15.

283ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, 2009, p. 16.

284ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, 2009, p. 16.

285MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. OXFORD: Clarendon Press, 1994, p. 272.

286SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**. México DF: Fontamara, 1997, p. 45.

287FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 69.

288ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n 4, pp. 572-581, 2005, p. 579-581. A análise da argumentação como técnica da democracia deliberativa será abordada no tópico 2.2.7, da Segunda Parte desta pesquisa.

289LEVER, Annabelle. Democracy and judicial review: are they really incompatible? **Perspectives on Politics**, v. 7, n. 4, pp. 805-822, 2009.

justificativas da decisão como condição de sua validade e funda sua legitimidade no exercício da prática argumentativa, em contraposição à legitimidade de origem do legislador²⁹⁰.

Nesta perspectiva, a argumentação judicial submetida à responsividade judicial (*judicial accountability*), pode, inclusive, ocasionar o fenômeno do retrocesso (*backlash phenomenon*²⁹¹) das deliberações judiciais, em razão da resistência massiva à decisão. Ao contrário de produzir uma concretização *ad hoc* da Constituição e discricionária, como sustenta Lenio Luiz Streck, o controle *a posteriori* da argumentação da deliberação gera a produção cooperativa, coordenada, dinâmica e dialógica²⁹² da norma constitucional.

Já o positivismo jurídico promove o encapsulamento da razão subjetiva figurada no dever-ser, seja por meio do “entrenchamento” (*entrenchment*²⁹³) da razão, ao estilo de Schaeur ou como razões protegidas (*protected reasons*²⁹⁴), de Joseph Raz²⁹⁵. Esta razão encapsulada nas regras pode esconder a função de instrumentalização dos meios da razão subjetiva, na medida em que, como o próprio Joseph Raz sustenta, o poder normativo é “[...] a capacidade de mudar as razões protegidas”²⁹⁶.

Desta forma, as razões protegidas somente poderiam ser modificadas na versão positivista analisada por quem tem o domínio do dever-ser, em razão do encapsulamento da razão subjetiva-instrumental. Como consequência, há perda da normatividade da Constituição, que é submetida ao subjetivismo da autoridade do Legislador ou do Juiz. A Constituição é um ato de vontade da autoridade que domina e submete o dever-ser ao seu próprio subjetivismo. Ao contrário de produzir uma maior normatividade, no sentido defendido por Humberto Ávila, perde-se a própria normatividade objetiva da Constituição.

290SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**. México DF: Fontamara, 1997, p. 43-45.

291KLARMAN, Michael. Courts, social change, and political backlash. **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, pp. 1-11, 2011, p. 2.

292FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, pp. 577-682, 1993, p. 671.

293SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oxford University Press, 1993, pp. 47; 51.

294RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 18.

295Segundo Raz, no livro **Practical reason and norms**, a noção subjacente a razão protegida é explicada de forma mais completa, bem como é oferecida uma definição mais geral. A expressão *protected reasons* não aparece no livro *Practical Reason and Norms*. No entanto, Raz afirma que na nota de rodapé n. 19 do livro *The Authority of Law* que errou “[...] ao sugerir que um poder normativo é a capacidade de mudar razões excludentes. Comentários feitos por Philippa Foot me forçaram a perceber que é a capacidade de alterar motivos protegidos (ou permissões de exclusão). Todas as regras obrigatórias são motivos protegidos” cf. RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 15-16; 62; 64; 66; 73; 141; 171.

296RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 18.

A teoria neoconstitucionalista, apesar das críticas, contribuiu para efetivos ganhos no desenvolvimento do constitucionalismo com o reconhecimento da força normativa da Constituição. Entretanto, quando a ponderação é submetida à lógica da era da técnica, o neoconstitucionalismo é remetido ao centro das crises do constitucionalismo moderno.

A aplicação dos princípios por meio da ponderação como mero tecnicismo, muitas vezes em desconformidade com a própria idealização original de Robert Alexy, conforme análise crítica de Virgílio Afonso da Silva²⁹⁷, trouxe como consequência a simplificação da aplicação jurisprudencial dos princípios colidentes no caso concreto. Essa tecnicidade investida de ponderação é própria da crise da era da técnica e do seu sentido dominador, a qual o neoconstitucionalismo se torna incapaz de superar.

2.2 O constitucionalismo multidimensional na sociedade atual: a construção de um novo paradigma²⁹⁸

Jürgen Habermas²⁹⁹ esclarece que o projeto da modernidade elaborado pelos filósofos do Iluminismo, no século XVIII, representou a elaboração de uma ciência objetiva ao lado de uma moralidade universal e de leis universais. A organização racional da vida social espelhou o domínio da especialização do conhecimento. A ciência promoveria o controle da natureza, da compreensão do mundo e do progresso da moral, das instituições, da justiça e da felicidade dos indivíduos.

Esse projeto de modernidade produziu uma sociedade especializada, linear, uniforme e homogênea, que se disseminou pelas artes, ciência, economia e política, impulsionado pela tecnologia da palavra impressa como extensão do ser. Essa tecnologia, fruto da Galáxia de Gutenberg, qualifica-se como novo meio de comunicação em comparação com o manuscrito e com a linguagem oral³⁰⁰.

297SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, pp. 23-50, 2002.

298Noções desenvolvidas no presente tópico foram apresentadas em trabalho anterior e revisadas agora para a compreensão da concepção de constitucionalismo multidimensional que se formula: HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e justiça de transição**: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flavia. As audiências públicas no sistema multinível de proteção dos direitos humanos. **Revista Justiça do Direito**, v. 35, n. 3, pp. 44-73, 2021.

299HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: FOSTER, Hal (ed.). **La posmodernidad**. 7. ed. Barcelona: Editorial Kairós, 2008, p. 28.

300MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy**: the making of typographic man. Toronto: University of Toronto Press, 1962, pp. 135; 138; 235.

A civilização foi objeto de instrumentalização pela palavra escrita. O “método de Gutenberg”³⁰¹ consistiu na segmentação homogeneizadora a partir da palavra impressa, por meio da mecanização e da repetição da verdade, cuja extensão desse método a todos os setores sociais trouxe como consequência a criação das bases para as formas de produção e de organização social do mundo ocidental, inclusive para a uniformização do direito. O papel impresso permitiu o surgimento de uma sociedade racionalmente estruturada de formas burocrática e hierárquica³⁰².

Essa sociedade moderna abstrata se concretizou nas massas³⁰³, por meio da homogeneização dos cidadãos. As massas foram atomizadas e isoladas pelo totalitarismo³⁰⁴. A sociedade se liquefez³⁰⁵ em suas estruturas, assim como os sujeitos, em suas relações sociais. A partir de uma proposta descritiva e sociológica de Luhmann³⁰⁶, a sociedade orientou-se de forma funcional³⁰⁷. O sujeito é uma peça do aparelho que garante a funcionalidade do sistema³⁰⁸.

Nesta sociedade sem sujeito³⁰⁹, não há espaço para a Constituição, que é relegada à função de acoplamento estrutural entre os subsistemas do direito e da política. Essa descrição da sociedade por Luhmann é própria de uma descrição da sociedade regida pelo positivismo jurídico forte. A sociedade se tornou complexa no sentido de que suas operações produzem e reproduzem complexidade, o que gera a necessidade de selecionar relações para a redução da própria complexidade. A sociedade na teoria dos sistemas sociais de Luhmann é operacionalmente fechada e diferenciada funcionalmente a partir dos seus próprios códigos, porém, é aberta do ponto de vista cognitivo³¹⁰.

301MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy**: the making of typographic man. Toronto: University of Toronto Press, 1962, p. 276.

302MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy**: the making of typographic man. Toronto: University of Toronto Press, 1962, p. 115; 140. Apesar de Friedrich Kittler ser crítico quanto à teoria das mídias de Mcluhan, ele destaca a “[...] unidimensionalidade dos textos ou produtos impressos”, referindo-se a Mcluhan cf. KITTLER, Friedrich A. **Mídias ópticas**: curso em Berlim, 1999. Tradução Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 325.

303MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy**: the making of typographic man. Toronto: University of Toronto Press, 1962, p. 221.

304ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 323.

305BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. Cambridge: Polity Press: 2006, p. 8; 120; 178; 198.

306LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Tradução Silvia Pappa y Brunhilde Erker. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 27.

307LUHMANN, Niklas. **Theory of society**. Tradução Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012, v. 1, p. 17.

308GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne**: L'uomo nell'età della tecnica. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 1999, p. 599.

309IZUZQUIZA, Ignacio. **La sociedad sin hombres**: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 2008, p. 229.

310LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Tradução Silvia Pappa y Brunhilde Erker. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 33; 56.

No entanto, esses códigos que compõem a linguagem e a comunicação da sociedade foram impactados com o advento de uma nova tecnológica da comunicação baseada eletronicamente, que alterou as relações sociais na sociedade profundamente e rompeu com a segmentação homogeneizadora, com a linearidade, com a uniformidade e com a estrutura piramidal especializada da sociedade moderna³¹¹.

O Estado que emerge nesta nova sociedade e o direito que dele advém desenvolvem-se em uma sociedade horizontal. Na sociedade em que vivemos, a identidade, o poder, a influência e a autoridade tendem a se tornar cada vez mais horizontais. A identidade, o poder, a influência e a autoridade são difundidas entre pessoas que possuem certo plano de igualdade. No sistema horizontal, a autoridade vertical enfraquece e, ao mesmo tempo, os grupos sociais e o indivíduo ganham força e mais autonomia³¹².

A globalização promove transferências de competências de níveis nacionais para ordens internacionais e, com isso, abrem-se “vazios de legitimação”³¹³. Com isso, o direito na sociedade horizontal ganha contornos de um direito transnacional, que transcende as normas internas dos Estados³¹⁴.

A rígida hierarquia formal abre espaço para um pluralismo ordenado, desprovido de rigidez hierárquica, porém harmônico³¹⁵. Fala-se em um sistema jurídico composto por camadas ou níveis constitucionais complementares, de âmbito internacional e nacional, entrelaçados e interdependentes, que não podem ser compreendidos independentemente do outro^{316,317}.

311MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy**: the making of typographic man. Toronto: University of Toronto Press, 1962, p. 135; 139-140. Sobre a consequência destrutiva do hipertexto na comunicação escrita linear e na organização supostamente homogenizadora das ideias dela decorrente ver FERRAZ JR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme R. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 52.

312FRIEDMAN, Lawrence M. Some thoughts on the horizontal society. **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 4, pp. 229-240, 2004, p. 229.

313HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 80; 91.

314FRIEDMAN, Lawrence M. Some thoughts on the horizontal society. **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 4, pp. 229-240, 2004, p. 229.

315DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit II**: le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006, p. 9; DELMAS-MARTY, Meirele. **Por um direito comum**. Tradução Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 238.

316PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited? **Common Market Law Review**, n. 36, pp. 703-750, 1999, p. 722.

317PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism in the European Union, **WHI Paper 5/02**, 2002, p. 4. Disponível em: <<http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/papers/whipapers502/constitutionalism.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

A tecnologia eletrônica e as que se seguiram com o desenvolvimento das tecnologias digitais ressignificaram de formas global³¹⁸ e mutuamente implicante as relações entre o sujeito e sociedade, ao construir um “campo simultâneo” (*simultaneous field*³¹⁹) de estruturas da informação que condicionam e exigem o diálogo e a participação, ao mesmo tempo que tornaram a sociedade mais complexa.

Ocorre que, nesta sociedade complexa, plural e horizontal contemporânea, as tecnologias criam paradoxos³²⁰. Apesar de as técnicas serem criadas para a salvaguarda de vidas, por vezes, culminam em resultados opostos aos pretendidos, como a experiência do totalitarismo demonstra^{321,322}. As sociedades complexas contemporânea vivem da fragmentação, da pretensão de completude e desse paradoxo entre a parte e o todo (o “todo”³²³ compreendido como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico, o jurídico etc.). Essas são as sociedades que procuram tecer em conjunto o tecido que forma e une o mundo fenomênico, no qual os paradoxos do uno e do múltiplo convivem³²⁴. Para tanto, é necessária a união entre a unidade e a multiplicidade por meio do horizonte transdisciplinar³²⁵, tanto da ciência quanto do conhecimento.

Ao tecer em conjunto o tecido que forma e une o mundo fenomênico, a sociedade complexa atual se forma, constrói-se, desenvolve-se e se transforma em rede. Essa rede tece elos³²⁶ e teias de conexões que formam a sociedade atual. Esse tecido interdependente, interativo e interretroativo (*interdépendant, interactif et interrétroactif*³²⁷), constituído é impulsionado pelas novas tecnologias fruto da era da informação, como a internet. Nesta sociedade em rede (*network society*³²⁸), o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos do poder. A sociedade em rede é um sistema aberto interligado de nós, dos quais fluem a

318MORIN, Edgar. **Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur**. Seuil: Paris, 1999, p. 16; 27.

319MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy: the making of typographic man**. Toronto: University of Toronto Press, 1962, p. 140.

320MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 13.

321HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialectic of enlightenment: philosophical fragments**. Tradução Edmund Jephcott. Stanford: Stanford University Press, 2002, p. 2.

322ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 298.

323MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. São Paulo; Cortez; Brasília: UNESCO, 2000, p. 38.

324MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 13.

325MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 14. ed. rev. e mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 135.

326MORIN, Edgar. **Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur**. Seuil: Paris, 1999, p. 17.

327MORIN, Edgar. **Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur**. Seuil: Paris, 1999, p. 17.

328CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**. 2. ed. West Sussex: John Wiley & Sons, 2010, p. 500.

comunicação e a informação³²⁹. Os fluxos da rede fluem e impactam a rede como um todo³³⁰. Da conexão entre a complexidade e a rede, a sociedade se transformou em uma sociedade complexa em rede³³¹.

A sociedade complexa em rede, horizontal e plural estabelece uma relação dialógica e dialética com as forças políticas do Estado e econômicas sociais. Esse fenômeno não passou despercebido pelo direito. Da concepção kelseniana do direito como estrutura, cuja especificidade explica Bobbio “[...] consiste, precisamente, não nos conteúdos normativos, mas no modo pelo qual as normas estão unidas umas às outras no sistema”³³², o direito se funcionalizou³³³. A funcionalidade do sistema se tornou complexa em rede a partir da abordagem dos direitos humanos (*human rights approach*)³³⁴.

Essa rede complexa impactou o constitucionalismo, que foi alçado para além do Estado. O marco da resignificação do constitucionalismo na sociedade complexa em rede foi a proteção internacional dos direitos humanos a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Esse instrumento inaugurou a concepção contemporânea dos direitos humanos, como direitos universais e indivisíveis. Desde então, o processo de universalização dos direitos humanos firmou a base para o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, composto por instrumentos gerais, como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e instrumentos específicos como, por exemplo, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de dezembro de 1984³³⁵.

329CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa: Imprensa Nacional. Casa da Moeda, 2005, p. 20.

330CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**. 2. ed. West Sussex: John Wiley & Sons, 2010, p. 501.

331Já para Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Guilherme R. Borges: “O hipertexto desconstrói a escrita linear e a sugestão dessa de que as ideias são organizadas de modo homogêneo, pois torna explícita coexistência de diversas estruturas. Entramos numa forma de comunicação em rede. Na verdade, nem mesmo rede, mas formas de nós em expansão, para todos os lados” cf. FERRAZ JR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme R. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 52.

332BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 205.

333Kelsen “[...] explicou a função (a manutenção da ordem) a partir da estrutura (o direito como ordenamento da força)” cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 112.

334PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, pp. 67-93, 2012, p. 71.

335PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, v. 15, pp. 93-110, 2000, p. 94-96.

O sistema global de proteção dos direitos humanos articulou-se aos sistemas regionais de proteção de direitos humanos que surgiram na Europa, na América e na África. Criou-se uma rede de tutela dos direitos humanos no plano internacional que redimensiona a soberania estatal e o âmbito de aplicação da jurisdição nacional³³⁶. A proteção dos direitos humanos passa a ser operada em dimensões sistêmicas e não mais em uma perspectiva estanque ou sedimentada na ordenação estatal, em razão da primazia do valor da pessoa humana³³⁷.

Ingolf Pernice ensina que, face ao processo de integração europeia, no âmbito do Tratado da União Europeia e de acordo a "cláusula de integração", prevista no artigo 23 de sua Constituição (*Grundgesetz*), a Alemanha e outros Estados-membros sofrem uma mutação constitucional progressiva que conduz à consolidação de um Sistema Constitucional Multilateral (*Verfassungsverbund*), fundindo as ordens jurídicas dos Estados-membros e das comunidades³³⁸.

Mas, além dos efeitos da criação de blocos econômicos, processos mundiais, como a globalização e a integração de mercados, potencializados pela evolução da tecnologia, ensejam o surgimento de outros parâmetros de desenvolvimento social, como: a lógica de redes, como forma de adaptar a crescente complexidade das interações e modelos imprevisíveis de desenvolvimento, e a flexibilidade, como a capacidade de reconfiguração constante sem destruir a noção de organização³³⁹; a ascensão da era das plataformas³⁴⁰, entendidas como contextos específicos em que as interações dos participantes (heterarquia) são influenciadas por efeitos de rede e facilitadas por intermediários³⁴¹, cujos conteúdos são moderados (hierarquia) como partes fundamental e distintiva destas mídias sociais em comparação com a internet aberta³⁴².

A globalização e a integração de mercados promovem, respectivamente, a “desterritorialização de coisas, gentes, ideias, e/ou novo ciclo civilizado”, caracterizado por movimentos de integração e pela fragmentação e por desigualdades espaciais e históricas locais,

336SIKKINK, Kathryn. Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America. *International Organization*, v. 47, n. 3, pp. 411-441, 1993, p. 413.

337PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, v. 15, pp. 93-110, 2000, p. 98.

338PERNICE, Ingolf. Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German constitution and “Multilevel Constitutionalism”. In: Eibe Riedel (ed.). *German Reports on Public Law*. XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998, p. 64.

339CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. 2. ed. West Sussex: John Wiley & Sons, 2010, p. 71.

340CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 298.

341MCINTYRE, David P.; SRINIVASAN, Arati. Networks, platforms, and strategy: Emerging views and next steps. *Strategic management journal*, v. 38, n. 1, pp. 141-160, 2017.

342GILLESPIE, Tarleton. Platforms are not intermediaries. *Georgetown Law Technology Review*, v. 2, pp. 198-216, 2018, p. 202.

regionais, globais e transnacionais³⁴³, numa tendência que se amplia “com distintos conteúdos e facetas”, e a “universalização de ideias, crenças, valores, modos de vida, convicções”³⁴⁴ entre outros.

Esses efeitos devem ser acompanhados pela instituição do Direito em todas as extensões, incluindo o conceito do constitucionalismo moderno, o qual, segundo Bobbio³⁴⁵, não se resume a territórios nem a épocas determinadas e sim, encontra-se em todas as intervenções que visam a novas formas de ordenação e de sistematização, tanto do Estado como do poder político. Por isso, seu processo recebe influências das ideologias e dos pensamentos vigentes em cada período e em cada contexto social, razão pela qual ele é constantemente chamado de “técnica jurídica” que limita o poder e que varia segundo a época, a tradição de cada país e o ideal das liberdades do cidadão. Já as formas de sistematização do Estado e do poder político são desenvolvidas pelos Estados, em um conjunto particular de princípios orgânicos característicos, cuja consolidação é reunida em um documento formal definido como Constituição.

Da sociedade atual, amplamente caracterizada, surgem conceitos associados à forma como são vivenciados os efeitos daquelas mudanças que produzem movimentos para a compreensão maior do constitucionalismo. Por exemplo, autores buscam explicar a atual quadra do desenvolvimento do constitucionalismo por meio de conceitos como constitucionalismo global, constitucionalismo multinível e transconstitucionalismo.

Canotilho³⁴⁶ sustenta a emergência de um novo paradigma do constitucionalismo chamado de constitucionalismo global. O novo paradigma caracteriza-se: pelo alicerçamento do sistema jurídico-político internacional baseado, não apenas nas relações horizontais entre Estados, mas também pautado nas relações entre o Estado e o povo que o constitui; a emergência do *jus cogens* internacional substancialmente conformado por *standards* materiais mínimos previstos em declarações e documentos internacionais; propensão da ascensão da dignidade da pessoa humana como pressuposto de todos constitucionalismos emergentes. Dentre os pressupostos condicionantes deste constitucionalismo global, estão o princípio democrático e o princípio da autodeterminação dos povos³⁴⁷.

343IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 14.

344BRUM, Argemiro J. **O desenvolvimento econômico brasileiro**. 21. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2000.

345BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PARQUINE Norberto; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmem C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: UnB, 2010, v. 1, p. 247; 248; 258.

346CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, pp. 1370-1371.

347GAMA, Marina Faraco Lacerda; SOUZA, Vinícius Cássio Ferreira de. A “Nova” soberania no constitucionalismo global: da crise das democracias liberais ao Brexit. **Revista de Direitos e Garantias**

Já a conformação da noção de um sistema multinível tem suas raízes na ideia de governança multinível surgida no contexto da reforma estrutural ocorrida na União Europeia, em 1988³⁴⁸. A governança multinível representaria um sistema de negociação contínua entre governos localizados em várias camadas territoriais³⁴⁹. Trata-se da adoção da abordagem das redes de políticas territoriais abrangentes que implica a interdependência de governos supranacionais, nacionais, regionais e locais³⁵⁰. Implica dupla dimensão: a vertical e a horizontal. A dimensão vertical corresponde à interdependência dos governos operando em diferentes níveis territoriais (multinível). Já a dimensão horizontal enfatiza a interdependência entre governos e atores não governamentais em vários níveis territoriais (governança)³⁵¹.

Essas ideias logo migraram para o sistema de proteção dos direitos humanos na Europa e foram consolidadas após a adoção do Tratado de Lisboa pela União Europeia. Surge a partir de então um sistema multinível de proteção dos direitos humanos no continente europeu, que envolve a coexistência dos planos nacional, supranacional e internacional (universal e regionais) de tutelas, com base em diferentes níveis normativos (Constituição nacional, Carta dos Direitos Fundamentais e Convenção Europeia de Direitos Humanos)³⁵². Sustenta-se inclusive a existência de um “constitucionalismo multinível”, também denominado como “rede constitucional”³⁵³, por força da vigência do Tratado de Lisboa na União Europeia³⁵⁴.

De outra parte, fala-se em um sistema de governança multinível que está na base do “constitucionalismo multinível”, o qual focaliza a correlação entre a norma nacional e a norma

Fundamentais, v. 22, n. 2, pp. 41-58, 2021, p. 47. Para uma análise sobre a existência, o surgimento, os elementos e características do denominado constitucionalismo global, ver: FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. Ferrajoli atualmente defende a existência de uma “Constituição da Terra” que teria, dentre outras finalidades, um “otimismo metodológico” de “constitucionalizar a globalização” ou “globalizar o garantismo constitucional” cf. FERRAJOLI, Luigi. Por que uma constituição da terra?. **Revista de Direito Brasileira**, v. 31, n. 12, pp. 4-18, 2022, p. 15.

348BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew. “Themes and Issues in Multi-level Governance”. In: BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew. (eds.). **Multi-level Governance**. Oxford University Press: Oxford, 2004, p. 1-11, 2.

349GARY, Marks. Structural policy and multilevel governance. In: CAFRUNY, Alan W.; ROSENTHAL, Glenda Goldstone (eds.). **The State of the European Community: the Maastricht debates and beyond**. New York: Lynne Rienner Publishers, 1993, p. 392.

350GARY, Marks. Structural policy and multilevel governance. In: CAFRUNY, Alan W.; ROSENTHAL, Glenda Goldstone (ed.). **The State of the European Community: the Maastricht debates and beyond**. New York: Lynne Rienner Publishers, 1993, p. 402-403.

351BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew. “Themes and Issues in Multi-level Governance”. In: BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew. (eds.). **Multi-level Governance**. Oxford University Press: Oxford, 2004, p. 3.

352FEDERICO, Giacomo Di. Fundamental Rights in the EU: legal pluralism and multi-level protection after the Lisbon treaty. In: FEDERICO, Giacomo Di. (eds) **The EU charter of fundamental rights**. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. New York: Springer, 2011, p. 15.

353FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 13.

354PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, pp. 350-407, 2009, p. 373.

de Direito Internacional de âmbitos regional ou global, tendo em vista que, nas modernas democracias, os cidadãos fundamentam a origem da autoridade pública e do poder. Os níveis de governança são elementos complementares de um sistema que serve aos interesses dos cidadãos, nacionais e europeus³⁵⁵.

É oportuno consignar as duas dimensões do “constitucionalismo multinível”, quais sejam, a vertical e a horizontal. Na primeira, destacam-se os cidadãos, como fonte da legitimidade de todos os níveis de governança, e o princípio da subsidiariedade, como fonte de atribuição de responsabilidades aos órgãos de poder nacional, regional e supranacional. Busca-se evitar o conflito, fomentando a atuação complementar e solidária, preferindo-se que as decisões sejam tomadas pelos níveis de governança mais próximos aos cidadãos, com o que o controle democrático se torna o mais próximo e direto possível. Na perspectiva de um equilíbrio vertical de poderes, o princípio da subsidiariedade está estritamente ligado ao princípio da democracia, na medida em que assegura a eficiência e constitui a base para a legitimidade das ações em todos os níveis de governança. A segunda dimensão correlaciona-se com a necessidade de reconhecimento mútuo entre os Estados e cooperação em todos os níveis, inclusive quanto aos órgãos jurisdicionais³⁵⁶.

Em um ambiente de pluralidade de ordens jurídicas, de sistemas multiníveis, cooperativos, reciprocamente considerados, reflexivos e interdependentes, não há espaço para hierarquias monistas, mas sim, para primazia funcional, em que prevalece a norma editada no âmbito de organismos regionais ou globais frente ao Direito nacional, respeitadas as situações limites nas quais valores básicos, direitos ou estruturas das constituições nacionais estejam em questão³⁵⁷.

O sistema jurídico passa a ser composto por camadas ou níveis constitucionais complementares, de âmbito internacional e nacional, entrelaçados e interdependentes, que não

355PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, pp. 350-407, 2009, p. 373.

356PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, pp. 350-407, 2009, p. 379-380.

357PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, pp. 350-407, 2009, p. 383-384. Luiz Guilherme Arcaro Conci justenta a obsolescência da abordagem que analisa a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos do ponto de vista da hierarquia das normas jurídicas. O autor sustenta a necessidade de um diálogo crítico que possibilite a coordenação entre o direito doméstico e o direito internacional dos direitos humanos cf. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. A obsolescência da perspectiva da hierarquia dos tratados internacionais para a coordenação entre o direito doméstico e o direito internacional em matéria de direitos humanos. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FIGUEIREDO, Marcelo (coords.). **30 anos da Constituição: múltiplos olhares sobre as suas promessas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 21; 29.

podem ser compreendidos independentemente do outro^{358,359}. Para Marcelo Neves, no que se refere aos direitos humanos, pode ocorrer um transconstitucionalismo pluridimensional, envolvendo ordens jurídicas diversas, por meio de um entrelaçamento multiangular e transversal entre ordenamentos jurídicos³⁶⁰. Esse entrelaçamento remete à noção de pontes de transição entre sistemas e de acoplamento estrutural, podendo-se dizer que a Constituição é o acoplamento estrutural entre a política e o direito³⁶¹. Os entrelaçamentos transversais promovem o intercâmbio, o aprendizado mútuo e a reconstrução recíproca, mediante trocas de experiências entre as ordens jurídicas voltadas para as soluções de idênticas questões constitucionais de direitos humanos³⁶².

No entanto, critica-se a noção de níveis constitucionais, inaugurada com o constitucionalismo multinível, pois a ideia de “níveis” ainda traz em si o sentido de hierarquia, de subordinação do nível inferior ao superior, que não encontra perfeita adaptação à concepção de um constitucionalismo reconfigurado em seus aspectos estruturais³⁶³.

A noção elaborada neste trabalho não tem a pretensão universalizante do constitucionalismo global de Canotilho³⁶⁴, de conformar um constitucionalismo que supere a noção de soberania do Estado e de um povo de um Estado. Isso porque, o efeito “*Brexit*”³⁶⁵, no contexto da União Europeia, demonstra um movimento político-social que reforça as premissas do constitucionalismo moderno, cujos potenciais efeitos o constitucionalismo global não está em condições de neutralizar atualmente³⁶⁶. Foca-se em uma concepção de constitucionalismo mais realista e decolonial, na medida em busca construir o todo a partir da diferença dos Estados

358PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited? **Common Market Law Review**, v. 36, n. 4, pp. 703-750, 1999, p. 722.

359PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism in the European Union, **WHI Paper 5/02**, 2002, p. 4. Disponível em: <<http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/papers/whipapers502/constitutionalism.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

360NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista da Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, pp. 193-214, 2014, p. 207.

361NEVES, Marcelo **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 50.

362NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista da Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, pp. 193-214, 2014, p. 207.

363WALKER, Neil. Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate. **LSE ‘Europe in Question’ Discussion Paper Series**, n. 08, jun., pp. 1-36, 2009, p. 5, 24. Para uma crítica ao conceito de hierarquia do constitucionalismo multi-nível cf. HÄBERLE, Peter Häberle. **Ein lateinamerikanisches Verfassungs-, Lese- und Lebensbuch – im Kontext einer universalen Verfassungslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 2021, p. 202.

364CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1371.

365GAMA, Marina Faraco Lacerda; SOUZA, Vinícius Cássio Ferreira de. A “Nova” soberania no constitucionalismo global: da crise das democracias liberais ao Brexit. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 22, n. 2, p. 41-58, 2021, p. 52.

366CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1370.

e dos povos, por meio do diálogo entre os direitos humanos e Constituições nacionais. No entanto, recepciona-se as características básicas do constitucionalismo global, ressignificando-as como pressupostos do paradigma defendido³⁶⁷.

Já o entrelaçamento ou emaranhamento (*entanglement* ou *verschränkung*) é recepcionado como condição e qualidade do tecido que forma a rede sistêmica normativa, e não como noção que remete à compreensão de Marcelo Neves de pontes de transição entre sistemas e de acoplamento estrutural. A concepção aqui desenvolvida se aproxima da noção de legalidades emaranhadas (*entangled legalities*), na medida em que procura capturar ligações expressas em enunciados discursivos sobre a relação de diferentes normas e ordens jurídicas, porém, difere desta ao não abandonar a noção de sistema jurídico³⁶⁸.

O entrelaçamento ou emaranhamento é condição do tecido social porque a ação de tecê-lo constrói a rede de forma entrelaçada, formando uma estrutura sistêmica *fluída*³⁶⁹. O emaranhamento é qualidade do tecido sistêmico em rede porque o tecido da sociedade complexa é o *todo*³⁷⁰. Por essa razão, uma alteração em um ponto da rede reflete e se irradia em todo tecido social, ainda que à distância³⁷¹. Entrelaçamento ou emaranhamento normativo determina *interações e intersecções*³⁷² entre os espaços jurídicos, mútuas influências das normas jurídicas ou dinâmicas de mútuas irradiações (*dynamics of mutual irritations*³⁷³) normativas, ainda que não pertencente à ordem estatal e, por vezes, além do Estado³⁷⁴.

367Da mesma forma que a noção de constitucionalismo global, esse trabalho adota uma noção mais realista e decolonial do que a proposta da “Constituição da Terra” de Ferrajoli, pautada em um excessivo “otimismo metodológico” em contraposição a realidade atual da sociedade complexa em que vivemos. Sobre a “Constituição da Terra”, ver: FERRAJOLI, Luigi. Por que uma constituição da terra?. **Revista de Direito Brasileira**, v. 31, n. 12, pp. 4-18, 2022.

368KRISCH, Nico. Framing entangled legalities beyond the state. In: KRISCH, Nico (ed.). **Entangled legalities beyond the state**. Cambridge University Press, 2021, p. 2; 31-32.

369HUMFRESS, Caroline. Beyond the (Byzantine) state: towards a user theory of jurisdiction. In: KRISCH, Nico (ed.). **Entangled legalities beyond the state**. Cambridge University Press, 2021, p. 356.

370MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. São Paulo; Cortez; Brasília: UNESCO, 2000, p. 38.

371EINSTEIN, Albert. **Born-einstein Letters 1916-1955: Friendship, Politics and Physics in Uncertain Times**. Transl. by Irene Born. New York: Palgrave Macmillan, 1971, p. 158.

372SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a new legal common sense: law, globalization, and emancipation**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 508.

373TEUBNER, Gunther. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies. **The modern law review**, v. 61, n. 1, pp. 11-32, 1998, p. 28. No Brasil, Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Guilherme R. Borges sustentam o surgimento de um pluralismo jurídico dialógico e de uma multinormatividade dialógica: “[...] O pluralismo jurídico dialógico se efetiva quando a multinormatividade se encontra diante de um diálogo (eis porque um “pluralismo dialógico”), com concessões mútuas, alterações normativas recíprocas, interpenetrações de racionalidades, aceitações de semelhanças e diferenças, costuras pragmáticas de efetividade e verdadeiro respeito ético e não apenas jurídico ou moral” cf. FERRAZ JR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme R. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 136.

374MORIN, Edgar. **Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur**. Seuil: Paris, 1999, p. 65.

O entrelaçamento ou emaranhado normativo permite os desempenhos das funções sistêmicas globais e das funções da Constituição, os exercícios do diálogo entre cortes e do diálogo entre fontes (*dialog der quellen*³⁷⁵) normativas e as conexões de normas³⁷⁶. O resultado deste entrelaçamento normativo é fenômeno que Boaventura Santos denomina de interdireito e interlegalidade (*interlaw and interlegality*³⁷⁷).

Em razão da crítica à noção de níveis constitucionais do constitucionalismo multinível, a defesa de um constitucionalismo mais realista às condições atuais da sociedade complexa em que vivemos e da concepção de entrelaçamento ou emaranhamento normativo adotada, para os fins deste trabalho, adota-se a expressão constitucionalismo *multidimensional* (*multidimensionnel*³⁷⁸), ou constitucionalismo complexo, quando o constitucionalismo multidimensional é tecido em conjunto para constituir um todo, cujas diferentes dimensões normativas estão conectadas em rede, de forma dialógica, em vez de constitucionalismo multinível ou de transconstitucionalismo pluridimensional³⁷⁹.

375JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir/UFRGS**, v. 1, n. 1, 2003, p. 109.

376KRISCH, Nico. Framing Entangled legalities beyond the State. In: KRISCH, Nico (ed.). **Entangled legalities beyond the state**. Cambridge University Press, 2021, p. 30.

377SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a new legal common sense: law, globalization, and emancipation**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 508.

378MORIN, Edgar. **Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur**. Seuil: Paris, 1999, p. 16. De acordo com Marcelo Figueiredo: “A dimensão internacional, por exemplo, é somente uma de muitas possíveis dimensões de matéria de ordem constitucional (mas não necessariamente proveniente de uma Constituição), mas que ainda assim compõe a proteção constitucional de direitos humanos, por exemplo.” cf. FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 18.

379A noção de constitucionalismo complexo desenvolvida neste trabalho difere da ideia de complexidade constitucional (*constitutional complexity*) de Giuseppe Martinico cf. MARTINICO, Giuseppe. **The tangled complexity of the EU constitutional process: the frustrating knot of Europe**. New York: Routledge, 2013. Apesar de ambos os trabalhos partirem da noção de complexidade desenvolvida por Edgar Morin, Giuseppe Martinico parte do sentido etimológico do termo “*complexus*” como entrelaçado (“*complexity from Latin complexus = interlaced*”), enquanto este trabalho emprega o termo “*complexus*” como “tecer em conjunto”. Essa diferença inicial leva aos desenvolvimentos diferentes da complexidade aplicada à teoria constitucional, à compreensão da noção de ordens e sistemas jurídicos, bem como da inter-relação entre eles. De outra parte, Giuseppe Martinico constrói a noção de complexidade constitucional (*constitutional complexity*) para explicar as relações normativas no contexto da integração da União Europeia, o que conduz a não abandonar por completo a ideia de níveis, ou de polos. Por essa razão, é importante sua aplicação da complexidade como entrelaçamento e sua correlação com o fenômeno da integração da comunidade europeia para explicar a interação entre os diversos níveis normativos que integram a União Europeia. Para Giuseppe Martinico, a Constituição Europeia é resultado dessa interação e pode ser identificada como uma fusão vertical que conecta ordens jurídicas nacionais e supranacionais, e por essa razão, uma fusão que torna a União Europeia um sistema jurídico “entrelaçado” (ou seja, complexo). A primeira consequência complexidade da Constituição Europeia identifica por Giuseppe Martinico é a noção de “sinallagma constitucional” (*constitutional synallagma*), isto é, o “[...] conjunto de princípios, práticas e regras que circulam ininterruptamente de um nível constitucional para outro em dupla direção (de cima para baixo e vice-versa) e que permite a gênese e a reformulação dos princípios estruturais do direito da UE” (tradução nossa) cf. MARTINICO, Giuseppe. **The tangled complexity of the EU constitutional process: the frustrating knot of Europe**. New York: Routledge, 2013, p. 2. Este trabalho desenvolve a ideia de constitucionalismo complexo no contexto do constitucionalismo inter-americano e compreende o entrelaçamento ou emaranhamento como uma condição e uma qualidade do tecido social – e normativo – que implica uma alteração à distância, em que uma alteração em um ponto da rede reflete e se irradia em todo tecido social, ocasionando mutuas irradiações e influências, por vezes,

Na América Latina é possível identificar a formação de um sistema multidimensional de proteção dos direitos humanos, ainda que não necessariamente seja possível afirmar acerca da existência de um sistema de governança multinível. Pelo contrário, o surgimento do sistema de proteção dos direitos humanos ocorre em um ambiente caótico e paradoxal³⁸⁰, no qual ditaduras militares detinham o poder político e violavam sistematicamente os direitos humanos no plano nacional³⁸¹.

Quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, em 1978, as constituições nacionais falhavam até então em promover a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos nas dimensões internas dos Estados-partes, como, por exemplos, nos casos da Argentina, Chile, Uruguai e Brasil³⁸². Foi a partir de um movimento³⁸³ de reconstrução democrática, de reconhecimento da eficácia dos direitos humanos e de fortalecimento do Estado de Direito³⁸⁴, que se construiu a base de alteração do paradigma que vigorava nesse período histórico.

É reconhecido o dever de responsabilização de proteção dos direitos humanos³⁸⁵, que se consolida em uma “norma de responsabilização penal individual” com “escopo global”. Essa norma se espalha na forma de “cascata de normas”³⁸⁶ no universo da justiça global, e em especial, na região interamericana, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O sistema multidimensional de proteção dos direitos humanos na América Latina é fruto do novo paradigma jurídico centrado no princípio da dignidade da pessoa humana (*human-being oriented approach*). A dignidade da pessoa humana é vista como integrante da

para além da ordem estatal, independente do fenômeno da integração formal comunitária, como, por exemplo, a integração da União Europeia.

380PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, 2014, p. 144.

381HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e justiça de transição**: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

382HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e justiça de transição**: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

383HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O.; TABAK, Benjamin Miranda. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 3, pp. 160-185, 2018.

384SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. **Journal of Peace Research**, v. 44, n. 4, pp. 427-445, jul. 2007, p. 443.

385HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O.; TABAK, Benjamin Miranda. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 3, pp. 160-185, 2018, p. 172.

386SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. New York: W. W. Norton & Company, 2011, p. 16.

estrutura³⁸⁷ do constitucionalismo latino-americano, pautado na abordagem dos direitos humanos (*human rights approach*)³⁸⁸.

Forma-se uma rede normativa complexa, co-constitutiva³⁸⁹ e co-evolutiva³⁹⁰, que conecta instituições e sistemas jurídicos, que se abrem para um diálogo articulado em diversos níveis normativos³⁹¹. Este diálogo cooperativo fruto de um esforço conjunto (*gemeinschaftsprodukt*³⁹²) entre sistemas jurídicos pautado na abordagem dos direitos humanos possibilitou o reconhecimento de um “núcleo comum” de princípios identificado, no plano internacional, como “*jus cogens*”³⁹³ e na dimensão interamericana como “*ius constitutionale commune* latino-americano”³⁹⁴.

O “*jus cogens*” e o “*ius constitutionale commune* latino-americano” se constituem em nós das teias de conexões da rede normativa que forma o sistema complexo multidimensional de proteção dos direitos humanos, dos quais fluem as comunicações e informações normativas que se irradiam pelas dimensões nacionais, regionais e internacionais. A pessoa humana apresenta-se como objeto de proteção desta rede de proteção sistêmica e a integra de forma a compatibilizar a dinâmica contraditória entre a rede e a identidade³⁹⁵. No âmbito nacional, as constituições recebem estes fluxos normativos e irradiações normativas por meio das cláusulas

387FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali** – um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale. Roma, Bari: Laterza, 2002, p. 338.

388PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n.19, pp. 67-93, 2012, p. 71.

389WATERS, Melissa A. Mediating norms and identity: The role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law, **Georgetown Law Journal**, v. 93, n. 2, pp. 487-574, 2004, p. 490.

390GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

391FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011, v. 2, p. 475.

392BOGDANDY, Armin von. **Strukturwandel des öffentlichen Rechts**: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2022, 131.

393CASSESE, Sabino. **Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2010, p. 18.

394PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, pp. 1356-1388, 2017. Ao estudar a possibilidade de existência de um direito constitucional comum do Ocidente, André Ramos Tavares entende que a “[...] falta de um órgão central ou superior de sistematização e de correção (de desvios) impede que se fale, propriamente, de um Direito Constitucional comum.” No entanto, sustenta em continuidade que “[...] a adoção de um modelo de interlocução reduzirá as discrepâncias entre ordenamentos jurídicos, aproximando-se cada vez mais da ideia de um Direito Constitucional comum” cf. TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 147. A proposta da abordagem dialógica deste trabalho busca fundamentar as bases para o desenvolvimento de um modelo de interlocução por meio do, ou pautado no, diálogo.

395Sobre a relação entre rede e identidade: CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução Joana Angélica d’Avila Melo, Rio de Janeiro: Zahar, 2018. e-book, posição 16.1.

de abertura³⁹⁶ em matéria de direitos fundamentais, ou de remissão, e da cláusula de interpretação conforme^{397,398}.

Este sistema multidimensional de proteção dos direitos humanos latino-americano se constitui essencialmente pelas Constituições nacionais e pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Neste cenário, as Cortes nacionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possuem um papel fundamental para a efetividade do sistema multidimensional de proteção dos direitos humanos.

Esta implementação enseja criações de mecanismos de diálogos entre as instituições dos Estados e as instituições do sistema interamericano de direitos humanos, que interconectam o “constitucionalismo dialógico”³⁹⁹ e o “convencionalismo dialógico”⁴⁰⁰, bem como possibilita a abertura para o diálogo com a sociedade civil, com o fim de concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos no plano interno dos Estados e de fortalecer as legitimidades sociais das instituições nacionais e interamericanas de proteções dos direitos humanos.

O constitucionalismo multidimensional – e complexo - na América Latina está fulcrado no “núcleo comum” de princípios identificado no plano interamericano como “*ius constitutionale commune* latino-americano”, cujas bases normativas são as Constituições nacionais e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Os direitos fundamentais compreendidos nesta rede de proteção sistêmica são conectados pelo diálogo entre as fontes normativas dos níveis regional e nacionais e pelo diálogo⁴⁰¹ entre cortes nos níveis regional de proteção dos direitos humanos e nacional, cujos direitos fundamentais são obrigados a proteger de forma eficaz⁴⁰².

396BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 fev. 2022: “Art. 5º. omissis. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

397PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Promulgada em 2 de abril de 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 10 fev. 2022: Artigo 16.º omissis. [...] 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

398COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Promulgada em 4 de julho de 1991. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2022: “Artículo 93. omissis. [...] Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

399GARGARELLA, Roberto. “We the People” Outside of the Constitution. The dialogic model of constitutionalism and the system of checks and balances. **En Current Legal Problems**, v. 61, n. 1, pp. 1-47, 2014.

400VILA, Marisa Iglesias. ¿Conduce el constitucionalismo dialógico a cuestionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman? **Revista Derecho del Estado**, n. 49, pp. 91-110, 2021, p. 95.

401HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e justiça de transição: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

402PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, pp. 350-407, 2009, p. 378.

Nesse ambiente, as cortes e tribunais nacionais e internacionais caracterizam-se como contextos específicos de decisão, de cooperação, de articulação, de harmonização cruzada (*cross-harmonization*) e de sincronização em que as interações dos participantes se submetem aos efeitos da rede normativa, combinando fatores estruturais heterárquico e hierárquico no decorrer do desenvolvimento das diferentes formas⁴⁰³ de diálogos entre cortes, bem como no diálogo articulado entre divergentes dimensões normativas internas ao Estado e transnacionais.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro e as instituições do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos possuem um papel fundamental para as construções e para os desenvolvimentos do sistema multidimensional de proteção dos direitos humanos e do constitucionalismo multidimensional - e complexo - entre os planos nacional e regional interamericano.

2.3 O constitucionalismo multidimensional sob o enfoque transformador: a função transformadora da Constituição e a interpretação constitucional⁴⁰⁴

A noção de constitucionalismo transformador surge no contexto da África do Sul, a partir promulgação da Constituição da República da África do Sul, em 10 de dezembro de 1996, que sucedeu a Constituição Provisória de 1993. Esta foi marco na transição de regimes pós-*apartheid*. Constitucionalismo transformador significava, então, um projeto de longo prazo de vigência, de interpretação e implementação constitucional, em um contexto histórico de desenvolvimento político adequado, para transformar as instituições estatais e sociais de uma sociedade, com o fim de consolidar a democracia em termos participativos e igualitários⁴⁰⁵.

403As diferentes formas de diálogo entre cortes são: horizontal, vertical e mista. A primeira forma se desenvolve entre juízes ou tribunais, nacionais ou internacionais, de mesmo *status* hierárquico. A segunda forma ocorre entre juízes ou tribunais, nacionais ou internacionais, de diferentes *status* hierárquicos. A terceira forma combina diálogos judiciais horizontais e verticais cf. HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e justiça de transição**: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, p. 123.

404Noções desenvolvidas no presente tópico foram apresentadas em trabalho anterior e revisadas agora para a compreensão da concepção de constitucionalismo multidimensional que se formula cf. HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. Constituição e transição de regimes no Brasil: uma abordagem transformativa. **Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, n. 7, pp. 26-46, 2021; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flavia. As audiências públicas no sistema multinível de proteção dos direitos humanos. **Revista Justiça do Direito**, v. 35, n. 3, pp. 44-73, 2021.

405KLARE, Karl E. Legal Culture and transformative constitutionalism, **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n.1, pp.146-188, 1998, p. 150. Para Gloppen, transformação social pode ser definida como a alteração das desigualdades estruturais e das relações de poder em uma sociedade de modo a reduzir o peso de irrelevantes circunstâncias morais, tais como classe ou *status* econômico-social, gênero, raça, religião e orientação sexual cf. GLOPPEN, Siri. Courts and social transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; ROUX, Theunis; DOMINGO, Pilar (eds.). **Courts and social transformation in new democracies**: an institutional voice for the poor?. London: Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 37-38.

Essa ideia transformadora do constitucionalismo implica que as Cortes Constitucionais dos Estados devem interpretar e aplicar a Constituição de modo a engajar instituições do Estado e atores sociais na cooperação para a promoção de mudanças sociais a fim de atingir as diretrizes traçadas pelas normas constitucionais⁴⁰⁶. O constitucionalismo transformador se estrutura não apenas pela lei, mas ainda emerge como uma dinâmica⁴⁰⁷ prática social que envolve instituições estatais, sociais e atores sociais⁴⁰⁸. A articulação transformativa inclui as multidimensões complexas de proteção dos direitos humanos incidentes em certo Estado⁴⁰⁹.

406BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, pp. 231-250, 2019, p. 232. A performance transformativa das cortes constitucionais é a contribuição destas para as alterações das desigualdades estruturais e das relações de poder em uma sociedade cf. GLOPPEN, Siri. Courts and social transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; ROUX, Theunis; DOMINGO, Pilar (eds.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?**. London: Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 38. Gerald N. Rosenberg critica em pesquisa empírica a capacidade das cortes constitucionais de produzirem significativas mudanças sociais transformadoras. Como argumento contrário à função transformadora das cortes constitucionais, sustenta que estas dependem de suportes políticos para promoverem as reformas sociais, não possuem poderes de implementação das decisões e faltam aos precedentes estabilidade jurídica em razão de não serem necessariamente seguidos pelos tribunais inferiores. Para Rosenberg, os casos analisados demonstram que as decisões das cortes produziram algumas mudanças, mas pequenas cf. ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 336; 338. Para Gargarella, as reformas constitucionais na América Latina apresentaram resultados transformadores muito limitados em seu escopo e realização em razão de não ter sido modificado o desenho institucional da organização dos poderes, apesar da grande energia despendida com a criação de novos direitos cf. GARGARELLA, Roberto. **Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 185; 187. No entanto, os efeitos transformadores das decisões das cortes constitucionais devem ser analisados de forma qualitativa a partir dos seus efeitos cascatas (*ripple effect*) produzidos, isto é, se a decisão produziu mudanças nas leis, nas políticas públicas, nos padrões administrativos, em decisões de cortes inferiores e em normas aplicadas por outras instituições cf. GLOPPEN, Siri. Courts and social transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; ROUX, Theunis; DOMINGO, Pilar (eds.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?**. London: Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 41. Conforme estudo de César Rodríguez-Garavito sobre os impactos das decisões da Corte Constitucional da Colômbia sobre os direitos sociais, as sentenças dialógicas possuem maiores potenciais para produzirem efeitos sobre o cumprimento dos direitos sociais cf. RODRIGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, pp. 1-27, 2013, p. 24-25. As evidências demonstram os impactos transformadores das decisões das cortes constitucionais, apesar dos resultados transformadores serem lentos da mesma forma como são lentas as mudanças promovidas pelos direitos humanos, posto que ambas são frutos de práticas deliberativas não violentas cf. SIKKINK, Kathryn. **Evidence for hope: making human rights work in the 21st Century**. New Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 247.

407BOGDANDY, Armin von. **Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft**. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2022, p. 28.

408BOGDANDY, Armin von; SPIEKER, Luke D. Transformative Constitutionalism in Luxembourg: How the Court Can Support Democratic Transitions, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, (MPIL), **Research Paper**, n. 2022-14, pp. 1-27, 2022, p. 4.

409Karl-Heinz Ladeur formula críticas acerca do constitucionalismo transformador. Para Karl-Heinz Ladeur, a concepção é ambivalente porque tende a ignorar a dependência do direito constitucional da infraestrutura das normas sociais. Existe o perigo de que novos modelos de governança apenas perpetuem o domínio do imediatismo da distribuição, enquanto bloqueiam a produtividade de um sistema legal mais abstrato que permite mais possibilidades. O autor pondera que, no sul global, o constitucionalismo transformador é considerado correto pela Suprema Corte da Índia e praticado de maneira impressionante profissionalmente. No entanto, segundo Karl-Heinz Ladeur, há uma sensação generalizada de que essa jurisprudência possa ir além das normas sociais fragmentadas de um sistema jurídico complexo como a Índia e se caracterizar como a manifestação do elitismo liberal (LADEUR, Karl-Heinz. **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?: Deutschland, Europa, Nord-und**

A articulação transformativa multidimensional se fundamenta na existência de um *ius constitutionale commune* na América Latina⁴¹⁰, fruto do mandato transformador⁴¹¹ da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja fonte se encontra na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Por outro lado, o diálogo entre fontes entre a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e as Constituições nacionais permite a conexão entre os Sistemas de Multidimensionais Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e transfere às Constituições nacionais a abordagem transformativa⁴¹² inerente ao mandato transformador.

Por outro lado, a mudança expressada pela Constituição de 1988 conforma a natureza transformadora⁴¹³ da Constituição. Esta ultrapassa as funções estritamente normativas da Constituição. Certas funções da Constituição podem produzir efeitos no mundo dos fatos, na vida concreta da sociedade e não apenas no plano normativo⁴¹⁴. Essas funções cujos efeitos se operam também no mundo real subordinam-se à qualidade da interpretação constitucional a ser realizada pelos órgãos responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional, isto é, ao grau de aplicabilidade prática que as normas constitucionais obtêm pela via da interpretação constitucional.

Tradicionalmente, o conceito teórico moderno de Constituição representa “[...] a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito, no qual se declaram liberdades e direitos, e se fixam os limites do poder político”⁴¹⁵. Em que pese as diversidades de entendimentos acerca das funções da Constituição e considerando não ser o objeto da pesquisa analisar as funções da Constituição exaustivamente, em níveis normativos, a Constituição desempenha funções básicas como constituir e regular a autoridade pública, legitimar exercício do poder políticos, estabelecer um padrão de comportamento e de

Südamerika. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021, p. 419. A presente tese busca exatamente superar críticas quanto à manifestação de um elitismo liberal das cortes transformativas por meio da inclusão participativa nas deliberações das cortes constitucionais e da institucionalização destas como um microcosmo democrático.

410ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flavia; SOLEY, Ximena. *Ius constitutionale commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, **Research Paper**, n. 2016-21, pp. 1-21, 2016.

411BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, pp. 231-250, 2019.

412HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. Constituição e transição de regimes no Brasil: uma abordagem transformativa. **Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, n. 7, pp. 26-26, 2021.

413MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? Transnational judicial conversations on constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 20, n. 4, pp. 499-532, 2000, p. 524.

414GRIMM, Dieter. Integration by constitution. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 2-3, pp. 193-210, 2005, p. 195.

415CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

juízo⁴¹⁶, ordenar, estabilizar, dar unidade, limitar e controlar o poder, garantir direitos fundamentais e fixar a estrutura organizacional fundamental do Estado⁴¹⁷.

Para além das funções normativas da Constituição, outras funções da Constituição se operam em níveis não-normativos. É o caso da função integradora de interesse para a pesquisa. As funções normativas da Constituição produzem efeitos automaticamente enquanto textos normativos vinculantes. O efeito integrativo da Constituição ocorre no mundo real e não em níveis normativos, na medida em que o processo de integração social pode ser promovido pela Constituição, mas não controlado, ordenado, determinado ou implementado imperativamente, por ela⁴¹⁸.

A função integradora, antes de tudo, é um “processo mental coletivo” e não pode ser ordenado pela norma⁴¹⁹. É mais um processo de como a sociedade percebe a Constituição do que de validade jurídica⁴²⁰. Embora o efeito integrativo não seja uma norma constitucional posta que de ser exigida juridicamente, isso não quer dizer que essa função não possa ser identificada em normas constitucionais estabelecidas, tais como os princípios fundamentais incorporados no texto normativo da Constituição, e assim, adquirir aplicabilidade por meio da interpretação constitucional. Consequentemente, nenhuma interpretação constitucional pode adquirir efeito desintegrador ou desagregador.

Da mesma forma que sua função integradora, a Constituição pode possuir função transformadora. A função transformadora da Constituição surge quando ela é elaborada para transformar o *status quo* vigente no momento de sua promulgação. A Constituição não transformadora (ou conservadora) é idealizada com o escopo de impedir a alteração do *status quo* vigente e refleti-lo no momento da sua promulgação⁴²¹. Uma Constituição de natureza transformadora incorpora essa função em suas normas constitucionais fundamentais, em seus objetivos e no catálogo de direitos fundamentais e, apesar de não ser uma norma constitucional

416 GRIMM, Dieter. Integration by constitution. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 2-3, 2005, p. 195.

417 STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Tradução parcial Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón do Tomo I de *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (1983). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 220 e ss.

418 GRIMM, Dieter. Integration by constitution. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 2-3, pp. 193-210, 2005, p. 195.

419 GRIMM, Dieter. Integration by constitution. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 2-3, pp. 193-210, 2005, p. 196.

420 GRIMM, Dieter. Integration by constitution. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 2-3, pp. 193-210, 2005, p. 199.

421 MCCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? Transnational judicial conversations on constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, pp. 499-532, 2000, p. 524.

autônoma e exigível por si só, possui seu *locus* de incidência no momento da interpretação constitucional.

A função transformativa da Constituição não fixa apenas um plano de ação para a transformação da sociedade segundo alguns objetivos dispostos nas normas constitucionais, como um instrumento de direção social, a exemplo da “Constituição dirigente” ou do “dirigismo constitucional”. A Constituição em sua função transformativa objetiva alterar ou transformar o *status quo* da sociedade, romper com o modelo positivista⁴²² e, tal qual a função integradora da Constituição⁴²³, transferir para os tribunais constitucionais os conflitos em torno da interpretação constitucional⁴²⁴.

Por sua vez, a interpretação constitucional pressupõe uma concepção de Constituição e o entendimento acerca de suas funções, bem como da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais em um determinado Estado⁴²⁵. Um Estado constitucional assume tal qualidade não por ter uma Constituição, mas sim quando as normas constitucionais possuem aplicabilidade prática⁴²⁶. Há uma estreita relação entre a tarefa da interpretação constitucional e a função da Constituição⁴²⁷, sendo certo que a juridicidade da Constituição depende de ser ela reconhecida e efetivamente aplicada⁴²⁸.

Entender a Constituição como transformadora acarreta a adoção de uma abordagem “não-interpretativista” da interpretação constitucional, ou seja, a interpretação constitucional deve ter por escopos as concretizações da natureza e da função da Constituição, incorporando-se na interpretação constitucional os valores ou normas constitucionais, ainda que não declarados ou claramente implícitos na Constituição escrita⁴²⁹. Identificar a Constituição como não transformadora (ou conservadora) implica em incorporar o conservadorismo na atividade

422Sobre a função transformadora do Direito ver STRECK, Lenio Luiz. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: A Necessária Concretização dos Direitos Humanos. **Revista-Americana de Direitos Humanos**, v. 1, n. 1, pp. 93-105, 2010, p. 105.

423GRIMM, Dieter. Integration by constitution. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 2-3, pp. 193-210, 2005, p. 195.

424Sobre a função transformadora do Direito ver STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, pp. 257-301, 2003, p. 267.

425SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 143.

426STERN, Klaus. A society based on the rule of law and social justice: constitutional model of the Federal Republic of Germany. **Journal of South African Law**, n. 3, pp. 241-250, 1981, p. 241.

427SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 143.

428STERN, Klaus. A society based on the rule of law and social justice: constitutional model of the Federal Republic of Germany. **Journal of South African Law**, n. 3, pp. 241-250, 1981, p. 241.

429ELY, John Hart. Constitutional interpretivism: its allure and impossibility. **Indiana Law Journal**, v. 53, n. 3, pp. 399-448, 1977, p. 399.

de interpretar a Constituição, por meio de uma abordagem “interpretativista” da interpretação constitucional, o que pode levar a resultados não desejados, vinculando-se excessivamente à literalidade da regra constitucional⁴³⁰ e limitando a interpretação constitucional aos quadrantes do documento⁴³¹ e à vontade histórica dos fundadores⁴³².

A Constituição da República do Brasil foi fruto da Assembleia Nacional Constituinte, realizada entre 1º de fevereiro, de 1987 e 5 de outubro de 1988. Neste prisma, a Emenda Constitucional nº 26/1985 caracterizou-se como um ato que Virgílio Afonso da Silva denominou de “usurpação de poder”, pois sendo obra do poder constituinte derivado da Constituição de 1969, exerceu uma competência que não possuía e convocou a Assembleia Nacional Constituinte. Com isso, ela suplantou a ordem jurídica vigente em uma transição que não foi produto de um procedimento jurídico válido, nos termos da Constituição em vigor até então⁴³³.

Fruto desta Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição de 1988 não encontrou limite jurídico na Emenda Constitucional n.º 26/1985, sendo correto afirmar, inclusive, que ela foi revogada com a promulgação da nova Constituição. Essa rompeu com o sistema jurídico anterior, desvinculando-se completamente de seu ato convocatório (a EC n.º 26/1985)⁴³⁴.

Esta ruptura com a ordem constitucional anterior já caracterizava indicativo da natureza transformadora da Constituição de 1988. A função transformadora da Constituição pôde ser vista no discurso de Ulysses Guimarães, quando do encerramento dos trabalhos da Constituinte, ao afirmar que foi “[...] a sociedade, mobilizada [...]” que “[...] pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador”. A Nação desejava mudar e a Constituição pretendeu “[...] ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança”⁴³⁵.

430CALLAHAN, Maureen B. Cultural Relativism and the Interpretation of Constitutional. **Willamette Law Review**, v. 30, n. 3, pp. 609-633, 1994, p. 622-623.

431ELY, John Hart. Constitutional interpretivism: its allure and impossibility. **Indiana Law Journal**, v. 53, n. 3, pp. 399-448, 1977, p. 399.

432DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 432.

433SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 226, 2001, p. 28-29.

434ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira. **Revista de Direito GV**, n. 18, jul./dez. pp. 681-706, 2013, p. 695.

435GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituante-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

A Constituição Federal de 1988 representou o “coroamento”⁴³⁶ da transição de regimes rumo à democracia. A Constituição trouxe compromissos democráticos e um rol de direitos fundamentais, além da intenção de mudar as relações políticas, sociais e econômicas⁴³⁷, o que representa a sua natureza transformadora. Por conseguinte, a Constituição transformadora representa um “sistema de valores”, cujas previsões expressas no texto normativo constitucional dos direitos fundamentais e de um tribunal constitucional para garanti-los são rupturas efetivas com o Estado totalitário e ditatorial⁴³⁸.

436SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. **DPU**, n. 30, pp. 7-41, 2009, p. 28.

437SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. **DPU**, n. 30, pp. 7-41, 2009, p. 28.

438STERN, Klaus. A society based on the rule of law and social justice: constitutional model of the Federal Republic of Germany. **Journal of South African Law**, n. 3, pp. 241-250, 1981, p. 242.

PARTE II - CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A segunda parte investiga debates contemporâneos pautados na dicotomia entre democracia e constitucionalismo, separação dos poderes, modelos de jurisdição constitucional, legitimidade da jurisdição constitucional, representação democrática e capacidade institucional, propondo-se que a legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal na sociedade atual deve estar submetida à legitimidade pelo diálogo em deliberação, de forma que a autoridade deve se transformar em autoridade persuasiva ou relacional e a participação se qualificar como participação deliberativa e dialógica, para a promoção da cidadania constitucional. Argumenta-se que o Supremo Tribunal Federal será mais democrático e mais legítimo em suas decisões, quanto mais dialógica-deliberativas forem as decisões judiciais do tribunal no exercício da jurisdição constitucional.

2.1 Constitucionalismo e democracia

Tornou-se lugar comum contrapor o constitucionalismo à democracia atualmente⁴³⁹. A contraposição entre o constitucionalismo e a democracia decorre da tendência da teoria constitucional americana de identificar o constitucionalismo com o controle de constitucionalidade⁴⁴⁰. Essa identificação é fruto da influência da escola de jurisprudência positivista, da abordagem sobre a supremacia judicial no constitucionalismo e da idealização da função do Legislativo na sociedade atual.

A escola de jurisprudência positivista compreende que as normas constitucionais somente adquirem força normativa (*enforcement of constitutional norms*) quando são aplicadas pelos tribunais. Do contrário, qualificam-se como meras normas extralegis⁴⁴¹. A explicação para o peculiar modo de aplicação da Constituição para a escola de jurisprudência positivista

439DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, v. 3, n. 1, 1995, p. 2; LOUGHLIN, Martin. **Against Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2022. Para uma análise atual debate ver: GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran—por fin—al diálogo ciudadano**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021.

440PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. **Constitutionalism**. New York: New York University Press, 1979, p. 195.

441PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. **Constitutionalism**. New York: New York University Press, 1979, p. 195.

está na separação positivista jurídica de Bentham e Austin entre ser (*is*) e dever-ser (*ought*) que, aplicada à Constituição moderna acarreta perda da sua normatividade. A Constituição é posta sob o domínio imperativo do dever-ser (*ought*), cuja titularidade do exercício do poder legítimo e supremo se encontra no Legislativo.

Para Ronald Dworkin, constitucionalismo se trata de um sistema que estabelece direitos individuais que o Parlamento não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo americano implica em um método de adjudicação pautado sobre princípios e institucionalmente estruturado: atribui-se aos juízes a responsabilidade de adjudicar direitos, cuja decisão é final, salvo alteração por emenda constitucional posterior ou por força de nova decisão judicial que modifica o entendimento fixado no precedente judicial. Esse processo institucionalmente estruturado com base em princípios desfoca a crise de uma disputa de poder para uma resolução de princípios jurídicos, circunstância que promove uma forte razão em favor da interpretação judicial da Constituição⁴⁴².

Larry Alexander e Frederick Schauer defendem a supremacia judicial contra a supremacia do legislador na interpretação da Constituição⁴⁴³. Afirmam que as razões para se criar uma Constituição escrita e com força de lei e, dessa forma, afastar-se de um modelo de supremacia parlamentar, estão na existência de visões múltiplas sobre questões fundamentais e no inconveniente de deixar a resolução dessas questões submetidas às mudanças políticas fortuitas⁴⁴⁴.

A Constituição cumpre uma função, segundo Larry Alexander e Frederick Schauer, de estabilizar as escolhas políticas frente às excessivas incertezas nas mudanças nos destinos políticos da sociedade. Para os autores, a função estabilizadora, a remoção de diferentes questões transcendentais do controle majoritário de curto prazo e o caráter contramajoritário das decisões judiciais, fundamentam o reconhecimento da importância da autoridade judicial em defesa da supremacia judicial⁴⁴⁵.

A função da Corte Constitucional é interpretativa, de criar regras (*rule-making function*), e não de resolução de conflitos, de acordo com Larry Alexander e Frederick Schauer. Nessa perspectiva, argumentam que a Suprema Corte é a melhor instituição para cumprir essa função

442DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, v. 3, n. 1, 1995, p. 2; 10-11.

443ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. **Constitutional Commentary**, v. 17, pp. 455-482, 2000.

444ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 7, pp. 1359-1387, 1996, p. 1376.

445ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 7, pp. 1359-1387, 1996, p. 1376; 1380.

por estar isolada das questões políticas, por resolver as crises constitucionais submetidas à sua apreciação de forma mais permanente e duradoura que os outros ramos políticos, por estar obrigada a seguir os seus próprios precedentes, por não poder escolher a sua agenda de adjudicação da mesma forma que o Legislativo e por decidir expondo as suas razões⁴⁴⁶.

Larry Alexander e Frederick Schauer argumentam em favor da supremacia da Suprema Corte na interpretação da Constituição com base em uma análise lógica, pré-constitucional de desenho institucional normativo e não fundamentada na própria Constituição ou mesmo na história constitucional⁴⁴⁷.

O pressuposto lógico se refere à aceitação da Constituição como autoridade no presente. A Constituição é determinada de forma pré-constitucional e extraconstitucional por meio da sua aceitação como fato social. Assim como o *status* de lei fundamental e a autoridade da Constituição são acordos pré-constitucionais e extraconstitucionais concretizados por meio do desenho institucional normativo, a autoridade da Suprema Corte como intérprete suprema é uma decorrência lógica desses mesmos acordos institucionalizados que resultam das decisões políticas e sociais estabilizadoras das relações institucionais e sociais⁴⁴⁸.

Por essas razões, Larry Alexander e Frederick Schauer sustentam que a interpretação da Constituição pela Suprema Corte deve vincular a todos, inclusive o Legislativo, uma vez que possuem o *status* de autoridade equivalente à própria Constituição⁴⁴⁹. O sentido e o alcance das normas constitucionais estão sob o domínio exclusivo do dever-ser (*ought*) atribuído por autoridade à Suprema Corte.

A crítica à última palavra de Cortes Constitucionais na interpretação das normas constitucionais, no contexto do constitucionalismo brasileiro, pode ser exposta por meio da constatação de que não há norma na Constituição brasileira que atribua eficácia vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em desfavor do Poder Legislativo. Esse fato autoriza o que Larry Alexander e Frederick Schauer denominam de não deferência (*non-deference*)⁴⁵⁰, isto é, a não conformação das deliberações do Legislativo à decisão judicial da Corte.

446ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. **Constitutional Commentary**, v. 17, pp. 455-482, 2000, p. 477; 480-481.

447ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. **Constitutional Commentary**, v. 17, pp. 455-482, 2000, p. 459; 466-467.

448ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. **Constitutional Commentary**, v. 17, pp. 455-482, 2000, pp. 463; 465-466; 473.

449ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. **Constitutional Commentary**, v. 17, pp. 455-482, 2000, p. 455.

450ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 7, pp. 1359-1387, 1996, p. 1362.

A Lei n.º 9.868, 10 de novembro de 1999, disciplina sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O artigo 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/1999⁴⁵¹, atribui eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal deliberadas no exercício da jurisdição constitucional em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, porém, não ao Congresso Nacional⁴⁵².

Ao contrário do que argumentam Larry Alexander e Frederick Schauer na análise do sistema americano, sustenta Rodrigo Brandão que não há impedimento para o Congresso Nacional brasileiro editar novamente emenda constitucional após ser esta declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade, uma vez que o efeito vinculante das decisões de proferidas no exercício do controle de constitucionalidade não se aplica ao Poder Legislativo. Não há que se falar em exigência do exercício do poder constituinte originário para a superação do precedente nesta hipótese⁴⁵³. Há explícita não deferência (*non-deference*) do Congresso Nacional ao reeditar emenda constitucional objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

As argumentações pré-constitucional e extraconstitucional de Larry Alexander e Frederick Schauer, ao não atribuir nenhuma quantidade de validade interna formal da Constituição, isto é, de não extrair da própria natureza da Constituição suas qualidades normativas, as quais são atribuídas às condições externas na forma de acordos institucionalizados, retiram a força normativa da Constituição, conforme a compreensão positivista, relegando-a às meras normas extralegis.

A importância da força normativa da Constituição pode ser expressa pelo exemplo alemão. Ao tempo do Estado totalitário alemão, a Constituição não possui as qualidades normativas atuais. Na Alemanha totalitária, entre 30 de janeiro de 1933 e 08 de maio de 1945, os atos do Estado foram, em parte, reconhecidos voluntariamente como atos jurídicos, tanto na Alemanha como no exterior. A ordem jurídica vigente foi objeto de aceitação social e continuou

451BRASIL. **Lei n.º 9.868**, 10 de novembro de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 fev. 2022: “Art. 28. omissis. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

452André Ramos Tavares sustenta que com a Emenda Constitucional n 45, de 2004, o Supremo Tribunal Federal não estaria vinculado às suas próprias decisões, circunstâncias que lhe permitiria promover uma ampla revisão dos seus posicionamentos anteriormente proferidos cf. TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 106.

453BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 385.

em grande parte em vigor. A Constituição de Weimar do *Reich* não precisou ser revogada formalmente para não existir mais como uma Constituição do constitucionalismo moderno. A teoria constitucional respondeu às várias fases do regime até cair em desprestígio em razão de sua total inutilidade diante da consolidação e da expansão do Estado do *Führer*⁴⁵⁴.

As circunstâncias históricas não levam a conclusão de que o positivismo jurídico de Kelsen legitimou o Estado totalitário alemão⁴⁵⁵. Kelsen era um democrata ao contrário de Carl Schmitt, que rejeitava o parlamentarismo da República de Weimar. Schmitt se converteu ao nacional-socialismo e contribuiu com sua teoria para fundamentar os golpes finais na república já enfraquecida com a ascensão do totalitarismo⁴⁵⁶.

No entanto, o totalitarismo alemão percebeu como poderia se utilizar do positivismo jurídico e da divisão entre ser (*is*) e dever-ser (*ought*) para promover as mudanças jurídicas necessárias para adequar a ordem jurídica vigente à ideologia nacional-socialista, sem a necessidade de realizar uma ampla reforma legislativa. Por meio do domínio total do partido e do *Führer* sobre o sentido do dever-ser, o regime totalitário alemão submeteu a compreensão sobre o ser. Para atingir esse objetivo, a ideologia nacional-socialista foi introduzida no ordenamento jurídico por meio das cláusulas gerais previstas na legislação ordinária e da interpretação judicial, sem necessidade sequer de se reformar a Constituição de Weimar ou as leis do país⁴⁵⁷.

Analizando o constitucionalismo brasileiro, Rodrigo Brandão⁴⁵⁸ critica as funções estabilizadoras da Constituição e da Suprema Corte formuladas a partir da institucionalidade exclusiva americana baseada no conceito modesto de Constituição formulado por Frederick Schauer⁴⁵⁹. A visão modesta da Constituição entende que a Constituição estabelece a estrutura básica do governo e as regras processuais de funcionamento do governo. A Constituição

454STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika**: studies on legal history in Nazi Germany. Chicago: University of Chicago Press, 1997, posição 7.6, 7.25, 14.47 e 14.48.

455Sobre o processo de reabilitação de Kelsen na Alemanha ver VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 432.

456STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika**: studies on legal history in Nazi Germany. Chicago: University of Chicago Press, 1997, posição 14.26 e 14.41.

457STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika**: studies on legal history in Nazi Germany. Chicago: University of Chicago Press, 1997, posição 7.30, 7.31 e 7.36. Sobre o emprego da técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados no regime nacional-socialista: VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 363.

458BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 345.

459SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest constitution. **California Law Review**, v. 92, pp. 1045-1068, 2004.

modesta não normatiza o que o governo deve fazer em termos de políticas públicas. Essas decisões ficam a cargo dos fóruns deliberativos representativos. A Constituição modesta não é o canal de intermediação no debate sobre políticas públicas. A função da modesta Constituição é fomentar o comportamento cooperativo das instituições representativas, restringir e limitar o exercício da soberania popular e, se necessário, implementar as políticas públicas ou criar as restrições laterais à otimização de políticas públicas⁴⁶⁰.

No entanto, a concepção reducionista da Constituição modesta é uma noção política de Constituição e não se adapta à normatividade da Constituição brasileira de 1988. Diferentes políticas públicas foram postas dentre as normas sobre direitos fundamentais da Constituição de 1988 e conferem direitos a prestações positivas contra o Estado quando estão em jogo direitos sociais, como nas temáticas indígena⁴⁶¹ e com relação ao direito à saúde⁴⁶². Em caso de omissão do dever de prestação social positiva por parte do Estado, franqueia-se o acesso à tutela jurisdicional, ainda que, por exemplo, em sede de controle de constitucionalidade pela via da arguição de preceito fundamental.

De acordo com Rodrigo Brandão⁴⁶³, até o advento da Constituição de 1988, as constituições anteriores possuíam a natureza de constituições políticas. Essa natureza não foi suficiente para garantir a estabilidade das relações político-institucionais na sociedade brasileira e trouxe como consequência a falta de importância da compreensão do significado da Constituição no cotidiano das pessoas e nos fóruns representativos no Brasil. Por outro lado, falta uma cultura de precedentes no Brasil que vincule e obrigue o Supremo Tribunal Federal a seguir os seus próprios precedentes.

Por outro lado, a dicotomia “constitucionalismo e democracia” atual, ganhou novos contornos quando foi delimitada como uma contraposição entre a palavra final dos juízes e a palavra final dos legisladores para a resolução de desacordos morais razoáveis⁴⁶⁴ na sociedade. A abordagem de Jeremy Waldron, segundo a qual revisão judicial (*judicial review*) da lei é

460SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest constitution. **California Law Review**, v. 92, pp. 1045-1068, 2004, p. 1065-1066.

461BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 26 fev. 2022: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”.

462BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 26 fev. 2022: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

463BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 345.

464RAWLS, John. **Political liberalism**: expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. xviii; 55.

inadequada como um modo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática⁴⁶⁵, reflete essa forma de analisar a dicotomia “constitucionalismo e a democracia”, isto é, a quem pertence a palavra final para decidir sobre desacordos morais razoáveis na sociedade contemporânea. A argumentação de Jeremy Waldron se apresenta como uma resposta⁴⁶⁶ à tese de Ronald Dworkin acerca da prevalência da palavra final dos juízes enquanto resposta correta ao se levar os direitos a sério em uma sociedade fundada na cláusula da igual consideração e respeito entre seus membros⁴⁶⁷.

Em que pese a objeção geral de Jeremy Waldron já ter sido exposta anteriormente em outra publicação do mesmo autor⁴⁶⁸, o artigo posterior pretendeu encontrar um argumento central contra a revisão judicial, o qual fosse alheio às origens históricas e independente dos efeitos benéficos ou não das decisões proferidas no exercício da revisão judicial norte-americana. Dessa forma, Waldron argumenta que a revisão judicial é vulnerável às duas críticas essenciais: não fornece, como muitas vezes se afirma, uma maneira de uma sociedade se concentrar claramente nas questões reais em jogo quando os cidadãos discordam sobre os direitos; priva os cidadãos de deliberar por meio de seus legítimos representantes e em igualdade de condições políticas acerca da resolução final de questões sobre direitos⁴⁶⁹.

As principais contestações de Jeremy Waldron estão nos argumentos a favor da revisão judicial americana segundo os quais a revisão judicial é apenas a sujeição do legislador ao estado de direito e uma decorrência lógica de se levarem os direitos a sério. Waldron concentra suas críticas na revisão judicial estruturalmente orientada para os direitos (*rights-oriented judicial review* e *approach oriented to structural constraints*), cujo objeto é a lei primária editada pelo Legislativo e analisada *a posteriori* a partir de casos concretos, que corresponde ao que chamou de revisão judicial forte (*strong judicial review*), em oposição à revisão judicial fraca (*weak judicial review*)⁴⁷⁰.

A revisão judicial forte pressupõe que os tribunais têm a autoridade de recusar a aplicação de leis, ou de alguns de seus efeitos em hipóteses de aplicação conforme os direitos

465WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1348.

466WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1350.

467DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 74.

468WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

469WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1351; 1353.

470WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1353-1354; 1357-1358.

individuais, em análise de casos particulares, ou mesmo de eliminar a lei do sistema jurídico⁴⁷¹. Por sua vez, o sistema de revisão judicial fraco atribui aos tribunais a autoridade de examinar lei “[...] quanto à sua conformidade com os direitos individuais, mas não podem recusar aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos seriam violados”⁴⁷².

A partir da crítica da revisão judicial forte estruturalmente orientada para os direitos e com base em sua concepção idealista das instituições sociais e estatais, Jeremy Waldron argumenta que, na sociedade atual, as crises envolvendo desacordos persistentes, substanciais e de boa fé, sobre direitos, devem ser solucionadas por meio das instituições legislativas, uma vez que as decisões dos tribunais no exercício da revisão judicial forte estruturalmente orientada para os direitos não cumprem critérios essenciais de legitimidade democrática: juízes não são eleitos democraticamente em eleições periódicas pelo povo; juízes não estão submetidos aos *ethos* de eleições, representação e responsabilidade eleitoral, como está o Legislativo⁴⁷³.

Por essa razão, Jeremy Waldron propõe uma teoria da legitimidade procedimental (*theory of legitimacy for the decision-procedure*) baseada no princípio da decisão majoritária (*principle of majority decision*), ou na regra da maioria, para a solução de desacordos persistentes, substanciais e de boa fé, sobre direitos, cujo procedimento de decisão é pautado em razões relacionadas ao processo (*process-related reasons*) e não em razões relacionadas ao resultado (*outcome-related reasons*). As razões relacionadas ao processo que fundamentam politicamente o procedimento de decisão em questão são “[...] aquelas baseadas na igualdade política e no direito democrático de votar, o direito de ter a voz contada mesmo quando os outros discordam do que se diz”⁴⁷⁴. Essas razões em prol do processo de tomada de decisão dão fundamento ao cerne do argumento contra a revisão judicial (*core of the case against judicial review*) em favor da última palavra do Legislativo nos casos de desacordos razoáveis sobre direitos⁴⁷⁵.

O núcleo do argumento de Jeremy Waldron contra a revisão judicial (*core of the case against judicial review*) em sua sociedade imaginária formada por instituições ideais é condicional e está submetido às seguintes condições: (1) instituições democráticas em

471WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1354.

472WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1355.

473WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1360; 1363.

474WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1371-1373.

475WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1376.

condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo eleito com base no sufrágio universal de adultos; (2) um conjunto de instituições judiciais, novamente, com funcionamento razoavelmente bom, estabelecido em uma base não representativa para ouvir ações judiciais individuais, resolver disputas e defender o estado de direito; (3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de seus funcionários com a ideia de direitos individuais e minoritários; e (4) desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos (ou seja, sobre o que realmente significa o compromisso com os direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos⁴⁷⁶.

Quando as condições descritas não se fizerem presentes na sociedade, Jeremy Waldron admite o exercício da revisão judicial pelos juízes, em especial, o fraco. Do contrário, a revisão judicial é inadequada, uma vez que a sociedade se caracteriza como razoavelmente democrática, não apresentando instituições legislativas disfuncionais e os membros da sociedade desacordam razoavelmente sobre direitos⁴⁷⁷.

Em que pese as pessoas discordem sobre direitos, a sociedade ainda os leva a sério. Para solucionar os desacordos morais razoáveis, fazem-se necessárias as adoções de procedimentos que respeitam as vozes e as opiniões das pessoas, cujos direitos estão em jogo. Esses procedimentos devem tratar as pessoas como iguais e deve garantir que as questões difíceis e complexas, que os desacordos de direitos levantam, sejam abordadas de forma responsável e deliberativa. Nessa perspectiva, conclui Jeremy Waldron que, os procedimentos legislativos comuns respeitam essas condições⁴⁷⁸.

O foco central da tese de Jeremy Waldron contra a revisão judicial da lei no sistema americano contribui para o acirramento da contraposição entre “constitucionalismo e democracia”, ainda que tenha por fundo a questão da solução dos desacordos morais razoáveis na sociedade. Por mais que Jeremy Waldron busque construir a tese em termos ideais e independentemente do contexto histórico-evolutivo, sua posição ofusca as origens democráticas do constitucionalismo, bem como sua idealização como formas de garantir a segurança dos direitos que foram negados pelo Parlamento da Inglaterra⁴⁷⁹ e de limitar o poder

476WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1360.

477WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1406.

478WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1406.

479GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 6-7.

do Parlamento, em razão justamente da supremacia do legislador⁴⁸⁰. Analisar os eventos do passado é importante para se conquistar uma cultura política e alcançar uma teoria constitucional⁴⁸¹.

Por outro lado, Jeremy Waldron elabora sua tese central sobre a democracia com base em uma sociedade ideal e um Legislativo ideal. No entanto, ao longo de sua exposição, Waldron compara o seu modelo imaginário com casos concretos de instituições reais, como, por exemplo, a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*⁴⁸². Comparar instituições ideais com instituições reais não se apresenta uma abordagem metodológica adequada, posto que sempre é possível se imaginar, em termos hipotéticos instituições ideais, ainda que imperfeitas, superiores as estruturadas na sociedade contemporânea.

No plano do constitucionalismo e da democracia europeia, o foco da abordagem de Jeremy Waldron desconsidera que a ascensão do totalitarismo na Alemanha ocorreu pelas vias democráticas⁴⁸³, de acordo com as regras democráticas da Constituição de Weimar⁴⁸⁴. Explica Hannah Arendt que, tal qual ocorreu na Alemanha, o sucesso dos movimentos totalitários ruiu pelo interior das instituições com o ideal democrático da participação ativa popular no governo por meio dos partidos políticos⁴⁸⁵.

A partir de uma propaganda de convencimento do povo para macular a confiança e o respeito para com o governo da maioria no Parlamento, a maioria popular silenciosa, tolerante, indiferente e desarticulada passou a ser governada democraticamente por uma minoria articulada em instituições e em organizações da sociedade⁴⁸⁶. A democracia procedimental parlamentar e a regra da maioria não foram suficientes para proteger a democracia da ascensão totalitária na Alemanha.

No contexto do constitucionalismo brasileiro, a idealização de Jeremy Waldron sofre grandes abalos e questionamentos com a experiência brasileira do presidencialismo de

480DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 28.

481STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika: studies on legal history in Nazi Germany**. Chicago: University of Chicago Press, 1997, posição 14.58.

482ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Brown v. Board of education of Topeka**. Julgado em 17 de mai. de 1954.

483FULBROOK, Mary. **A history of Germany 1918-2014: The divided nation**. 4. ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2015, p. 44; 53.

484STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika: studies on legal history in Nazi Germany**. Chicago: University of Chicago Press, 1997, posição 6.3.

485ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 312.

486ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979, p. 312.

coalizão⁴⁸⁷. Este representa uma característica institucional brasileira e combina a proporcionalidade, o multipartidarismo e o "presidencialismo imperial", de modo a organizar o Executivo com base em grandes coalizões. Como consequência da sua institucionalização, o governo busca controlar ao menos a maioria qualificada do parlamento que lhe permita bloquear ou promover mudanças constitucionais⁴⁸⁸ e, dessa forma, fulmina as condições do núcleo argumentativo de Jeremy Waldron contra a revisão judicial.

Subjacentes à tese de Jeremy Waldron contra a revisão judicial e à controvérsia sobre quem possui palavra final entre Cortes e Legisladores nas resoluções de desacordos persistentes, substanciais e de boa fé, sobre direitos, estão duas questões importantes que devem ser analisadas pela teoria constitucional no Brasil na contraposição entre “constitucionalismo e a democracia”, com base no debate jurídico-político americano. A primeira questão é a falta de previsão formal e expressa da revisão judicial na Constituição Americana⁴⁸⁹. A segunda questão se refere ao fato de que os direitos fundamentais constitucionais previstos na Constituição Americana são direitos individuais liberais que incidem somente sobre as relações entre os cidadãos e o Estado. Com exceção da XVIII Emenda da Constituição Americana, os direitos individuais constitucionais não se aplicam diretamente nas relações privadas entre particulares⁴⁹⁰.

A falta de previsão no texto da Constituição Americana da revisão judicial da lei franqueia críticas de Jeremy Waldron quanto à legitimidade democrática da Corte para o exercício dessa função. Por sua vez, a função de proteção dos direitos individuais liberais contra ações do Estado e o fato da Constituição Americana não garantir direitos sociais contra o Estado⁴⁹¹ acarretam a necessidade das leis, ou das Constituições Estaduais, positivarem concretamente tais direitos. Esses fatos pressupostos conduzem a Jeremy Waldron a identificar os direitos constitucionais dispostos na Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) como direitos meramente abstratos⁴⁹².

487ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, pp. 5-34, 1988, p. 22.

488ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, pp. 5-34, 1988, p. 22.

489BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 15.

490TRIBE, Laurence H. **Constitutional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 246.

491HERSHKOFF, Helen. Positive rights and state constitutions: The limits of federal rationality review. **Harvard Law Review**, v. 112, n. 6, pp. 1131-1196, 1998, p. 1155.

492WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1368; 1393.

Estas considerações aproximam a abordagem de Jeremy Waldron às duas proposições já analisadas nesta pesquisa: a necessidade de a lei intermediar o sentido e o alcance da norma constitucional e a crise positivista do constitucionalismo moderno, consistente na negação da própria ideia de Constituição. Por essas razões, necessário se faz uma abordagem complexa da relação dinâmica entre o constitucionalismo e a democracia.

Ainda que com base em uma concepção modesta de Constituição, como entende Schauer, a contraposição entre “constitucionalismo e democracia” não se sustenta principalmente a partir da dogmática da Constituição brasileira e da prática constitucional desenvolvida pelas instituições brasileiras. O fundamento para se recusar essa noção consiste na impossibilidade de se identificar a Constituição de 1988 como modesta. A Constituição brasileira é analítica e transformadora. As normas constitucionais sobre direitos fundamentais são dotadas de eficácias imediata e reforçada⁴⁹³, inclusive nas relações entre particulares, diversamente do que ocorre no sistema constitucional americano.

Torna-se imprescindível que o constitucionalismo e a democracia sejam tecidos em conjunto e em uma perspectiva multidimensional, de modo a permitir que a força normativa da Constituição se desenvolva e flua pelo tecido normativo entrelaçado da sociedade, inclusive para além do Estado. As instituições estatais devem ser conectadas pelo diálogo em detrimento da postulação da palavra final na interpretação institucional das normas constitucionais, especialmente sobre direitos fundamentais.

2.2 Separação dos poderes e jurisdição constitucional: desenho constitucional (*contitutional design*)

A essência do constitucionalismo moderno consistiu na limitação do governo pela lei identificada na forma de limitação constitucional⁴⁹⁴. No entanto, o constitucionalismo moderno exigiu não apenas a limitação do governo, como também a construção de um conjunto de instituições do Estado e os mecanismos de interações constitucionais dessas instituições⁴⁹⁵. A separação entre Estado e sociedade, fundada nos ideais de John Locke e a compreensão de governo representativo do povo a reunir novamente ambas as esferas pública e privada criaram

493BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 153. Sobre a impossibilidade de se acolher a tese da autocontenção judicial como argumento redutor da responsabilidade do tribunal constitucional ver TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 67.

494MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Revised Edition. Ithaca: Cornell University Press, 1947, p. 22.

495BARBER, N. W. **The principles of constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 19.

as bases para o poder legítimo exercido por meio do direito de legislar do Parlamento, cujas leis vinculavam o executivo estadual, em uma relação de estrita separação de poderes contra o abuso estatal⁴⁹⁶.

A partir da essencialidade da limitação do governo, da liberdade individual, do autogoverno e dos direitos positivos inerentes aos indivíduos, com especial menção na América do Norte, os tribunais emergem como *locus* de proteção do indivíduo contra os abusos do poder estatal. A separação de poderes passa a constituir uma característica da Constituição moderna, que, ao lado de outros princípios fundamentais, tais como a soberania popular, a Constituição como lei suprema fundada em princípios universais, presença de catálogos de direitos fundamentais, governo limitado e representação popular, conformam o constitucionalismo modernos⁴⁹⁷ e seu arranjo institucional.

Esse arranjo institucional decorrente do constitucionalismo moderno objetivou a defesa de valores caros às Revoluções Francesa e Americana, em cada contexto em que se desenvolveu, cuja inter-relação entre instituições do Estado, suas funções e valores subjacentes foram postas em termos normativos⁴⁹⁸.

No entanto, a separação dos poderes como arranjo institucional do constitucionalismo moderno desenvolveu-se de formas diversas ao longo do tempo. Com o surgimento do constitucionalismo multinível na Europa a separação dos poderes foi redimensionada com o objetivo de atender as estruturais institucionais comunitárias e suas funções.

2.2.1 A separação de poderes no constitucionalismo moderno

A noção moderna de separação de poderes parte do pensamento iluminista de John Locke e de sua idealização do contrato social estudada anteriormente. A separação estrita de poder protegeria o indivíduo contra o abuso do Estado e garantiria o pleno gozo dos direitos preexistentes contra atos de quaisquer dos poderes estatais⁴⁹⁹. Para tanto, John Locke preconiza três poderes: o Poder Legislativo, o Poder Federativo e o Poder Executivo. O Poder Legislativo é o poder supremo, porém, limitado pela preexistência dos direitos individuais reconhecidos no contrato social. Os Poderes Executivo e Federativo eram subordinados ao Poderes Legislativo. O Poder Executivo cabia ao príncipe e estava vinculado à lei promulgada pelo Parlamento. O

496GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 13.

497DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 43-44.

498VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 8-9.

499GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 13.

Poder Federativo era incumbido das relações exteriores. A separação dos poderes era configurada entre o Poder Legislativo e os Poderes Executivo e Federativo, estruturação esta que permitia ao mesmo magistrado acumular os Poderes Executivo e Federativo⁵⁰⁰.

John Locke não se preocupou com o Poder Judiciário. Sua doutrina surge no contexto da Inglaterra do século XVII após uma turbulenta guerra civil como forma de rejeição à monarquia absoluta⁵⁰¹. Coube a Charles-Louis de Secondat, o barão de Montesquieu, na obra publicada em 1748, *Do Espírito das Leis*⁵⁰², livro XI, capítulo VI, nomeado “Da Constituição da Inglaterra”, a conformar a separação dos poderes nos moldes que tanto influenciou o constitucionalismo moderno.

Montesquieu idealiza a Constituição inglesa e formula o padrão da divisão de poder acrescentando de forma inédita o Poder Judiciário à divisão bipartida de John Locke. Em cada Estado, há três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que depende do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil⁵⁰³. Este último poder cabia ao Poder Judiciário, cuja função era a de punir criminosos ou decidir disputas entre indivíduos. O Poder Legislativo representava a vontade geral do povo e o Poder Executivo cabia a sua fiel execução. Montesquieu não acolhe a nomenclatura de Locke a respeito do Poder Federativo, mas suas funções são atribuídas ao Poder Executivo. Os três poderes são redefinidos: o de promulgar leis, o de executar as resoluções públicas e de julgar as causas dos indivíduos⁵⁰⁴.

O Poder Legislativo é exercido pelo príncipe ou pelo magistrado e faz leis por prazo determinado ou indefinido, corrige ou revoga as em vigor. O Poder Executivo faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança e previne as invasões. Já o Poder Judiciário pune os crimes ou julga as causas dos indivíduos. Denominou este último de poder de julgar e, o outro, de poder executivo do Estado⁵⁰⁵. O Poder Judiciário possui independência com relação aos demais poderes, apesar de não possuir o mesmo *status*⁵⁰⁶, na medida em que

500MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (coord.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2006, v. 1, p. 87

501VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 67.

502MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

503MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 156.

504VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 95.

505MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 156-157.

506VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 96; 105.

os juízes da nação não são mais do que “[...] a boca que pronuncia as sentenças da lei” e, por vezes, funcionar o corpo legislativo como um tribunal necessário⁵⁰⁷.

Em que pese as críticas ao caráter tautológico das justificativas que Montesquieu atribuiu à divisão dos poderes⁵⁰⁸, esta é uma necessidade para a proteção da liberdade dos cidadãos contra o exercício arbitrário do poder, uma vez que não há liberdade “[...] se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”⁵⁰⁹. Diferentemente de Locke, Montesquieu atribui uma natureza sombria ao homem e uma tendência para a prática do mal. Porém, essa natureza do homem e sua propensão para o abuso do poder poderiam ser moderadas e controladas pela constituição do governo, pelas leis e pela impossibilidade de concentração dos poderes governamentais em um único estamento do governo.

De John Locke a Montesquieu, o constitucionalismo moderno incorpora a noção de separação de poderes, que irá ser revisitada quanto aos seus traços característicos pelo constitucionalismo americano nos trabalhos dos Federalistas, mas de uma forma inovadora por meio da noção dos freios e contrapesos (*checks and balances*) contida em grande parte das Constituições das ex-colônias britânicas e na Constituição dos Estados Unidos de 1787.

2.2.2 Freios e contrapesos e o constitucionalismo americano

A divisão de poderes idealizada por Montesquieu correlacionava-se à hierarquia estamental. O barão de Montesquieu era nobre e sua intenção não era abolir o sistema político-social vigente. A obra *Do Espírito das Leis* qualifica-se como um tratado liberal-conservador sobre ciência política⁵¹⁰. No entanto, os fundadores dos Estados Unidos da América elaboraram um sistema de controle endógeno, mediante um controle cruzado de poderes estatais, que se desenha mais adequado à dinâmica de uma sociedade liberal. A divisão de poderes se configura agora como separação funcional de poderes⁵¹¹.

507MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 160.

508WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. **Boston College Law Review**, v. 54, n. 2, pp. 433-468, 2013, p. 434.

509MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 157.

510SHARP, Malcolm P. The classical american doctrine of "The Separation of Powers". **The University of Chicago Law Review**, v. 2, n. 3, pp. 385-436, 1935, p. 389.

511MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 175.

Os fundadores dos Estados Unidos da América se preocupavam com os perigos da supremacia do Legislativo, em geral, e com a justiça praticada pelo Legislativo, em particular. As necessidades de salvaguardar os direitos de propriedade e comerciais levaram a desconfiança quanto à supremacia legislativa na América. Isso fundamentou a construção não apenas de um Poder Judiciário independente, mas de um Poder Judiciário forte⁵¹².

No entanto, é de se observar que existiam dois grupos de preocupações entre os fundadores dos Estados Unidos da América. De um lado representados por Madison e Hamilton, aqueles que atribuíam perigos ao legislativo democrático de absorver e acumular todo o poder governamental. De outro lado, o grupo que vislumbrava a ameaça de tirania advinda do executivo, cujo controle do exército poderia subjugar o povo e em razão das acusações do Rei britânico por força da Declaração de Independência. Em ambos os casos, a preocupação era com o ramo do governo que poderia causar maior ameaça à liberdade individual e a separação dos poderes deveria impedir a concentração de poderes governamentais no Congresso ou no Presidente⁵¹³.

Os criados (*The Framers*) tinham a crença na capacidade de poderes governamentais separados para controlar o próprio poder governamental⁵¹⁴. Isso porque as questões acerca da estrutura governamental, como a separação dos poderes e o federalismo, eram os centros das atenções dos fundadores, que elegeram a separação dos poderes e o federalismo como matrizes fundamentais do constitucionalismo americano. Os poderes governamentais deveriam estar não apenas separados, mas deveriam se relacionar uns com os outros por meio de freios e contrapesos⁵¹⁵.

O Federalista John Jay precisou os fundamentos dos freios e contrapesos expressando que os fundadores não apenas determinaram que o governo deveria ser eleito pelo povo e depender do povo, mas que muitos governos investidos em apenas um homem, ou em um corpo de homens, poderiam se degenerar em tiranias, e por essa razão, os criadores (*The Framers*) julgaram prudente que os três ramos governamentais fossem entregues em mãos diferentes⁵¹⁶.

512SHARP, Malcolm P. The classical american doctrine of "The Separation of Powers". **The University of Chicago Law Review**, v. 2, n. 3, pp. 385-436, 1935, p. 393.

513KURLAND, Philip B. The rise and Fall of the "doctrine" of separation of powers. **Michigan Law Review**, v. 85, n. 3, pp. 592-613, 1986, p. 598.

514REDISH, Martin H.; CISAR, Elizabeth J. "If Angels Were to Govern": The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory. **Duke Law Journal**, v. 41, n. 3, pp. 449-506, 1991, p. 498.

515MILLER, Geoffrey P. Rights and structure in constitutional theory. **Social Philosophy and Policy**. v. 8, n. 2, pp. 196-223, 1991, p. 196.

516ELLIOT, Jonathan. **The debates in the Several State Conventions on the adoption of the Federal Constitution**. Washington: Printed for the Editor, 1836, v. I, p. 536.

Hamilton defendia que o verdadeiro princípio de governo é o que torne o sistema completo em sua estrutura e que promova uma proporção perfeita e equilibrada às suas partes. Por meio desse equilíbrio, os poderes atribuídos aos ramos governamentais não afetariam a segurança dos cidadãos⁵¹⁷. No entanto, dentre outras tarefas, coube a Madison a missão de explicar o princípio da separação dos poderes nos artigos federalistas em defesa da proposta de Constituição federal, publicados entre os anos de 1787 e 1788⁵¹⁸. O projeto de Constituição era fruto da Convenção Federal de 1787, realizada na Filadélfia, para revisão dos chamados “Artigos da Confederação” de 1781. A Convenção da Filadélfia de 1787 esboçou uma Constituição liberal, cuja função era a proteção dos valores liberais, frutos do liberalismo político dos séculos XVII e XVIII, conforme defendido por John Locke⁵¹⁹.

Em *Os Artigos Federalistas 51*, Madison acolhe a ideia de separação de poderes de Montesquieu entre poderes legislativo, executivo e judiciário. Esses poderes deveriam pertencer a três ramos independente do governo. Isso implicava que cada poder deveria ter uma esfera de atuação inviolável. No entanto, a doutrina deveria ser acolhida de forma mais flexível. Cada poder deveria ter os meios constitucionais necessários para resistir às invasões dos demais poderes. Essa defesa deveria ser proporcional ao perigo de ataque. O objetivo era dividir e organizar os poderes governamentais de tal forma que cada um dos ramos se constituísse em freio do outro⁵²⁰.

O sistema de freios e contrapesos representou a separação funcional de poderes mediante o exercício de recíproco controle entre os poderes. O próprio arranjo institucional formal dos poderes promove o mútuo controle e não permite a desagregação do poder em tirania. Trata-se do exercício de funções independentes permeadas pela capacidade de veto por parte dos outros poderes⁵²¹.

Enquanto a separação orgânica dos poderes restringiu o poder político governamental por meio da Constituição, o sistema de freios e contrapesos foi resultado do controle interpoderes instrumentalizado na Constituição. Isso significa que cada Constituição possui

517ELLIOT, Jonathan. **The debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution**. Washington: Printed for the Editor, 1836, v. II, p. 331.

518SHARP, Malcolm P. The classical american doctrine of "The Separation of Powers". **The University of Chicago Law Review**, v. 2, n. 3, pp. 385-436, 1935, p. 406.

519GRABER, Mark A. **A new introduction to american constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 36.

520MADISON, James. No. 51. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, JOHN. **The federalist papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 257.

521MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 64.

uma reserva normativa que desenha o arranjo institucional de alcance do sistema de freios e contrapesos. A relação entre a reserva normativa da Constituição e o sistema de freios e contrapesos é de natureza dúplice: a reserva normativa da Constituição protege o sistema de freios e contrapesos, enquanto este assegura aquela ao delimitar a capacidade funcional de exercício de cada poder⁵²².

Os idealizadores da Constituição Americana (*The Framers*) preocuparam-se em criar um desenho institucional que tivesse a capacidade de inviabilizar práticas governamentais abusivas⁵²³. Conforme defendia Hamilton, era o arranjo das instituições que promoveriam o controle interpoderes e não propriamente a natureza e a extensão dos poderes de cada um dos ramos do governo⁵²⁴.

Madison se questionava sobre qual expediente deveria ser recorrido para manter, na prática, a necessária repartição de poderes entre os diversos departamentos, prevista na Constituição. Para tanto, a solução é que, como todas as disposições externas de controle são consideradas inadequadas, é necessário o planejamento de uma estrutura interna do governo de modo que suas várias partes constituintes possam, por suas relações mútuas, ser o meio de se manterem em seus devidos lugares⁵²⁵.

Esse sistema funcional de freios e contrapesos foi dotado da contribuição original federalista que permeou a separação dos poderes por meio da soberania popular. Enquanto em Locke e Montesquieu o executivo estaria mais bem desempenhado por meio de uma monarquia hereditária, os Federalistas espraíram a soberania popular não apenas sobre o executivo, mas

522TAVARES, André Ramos; HERANI, Renato Gugliano. Direito Processual Constitucional: como técnica e como poder. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (orgs.). **Um código de processo constitucional para o Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 9; 35.

523GRABER, Mark A. **A new introduction to american constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 220.

524HAMILTON, Alexander. No. 31. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, JOHN. **The federalist papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 257.

525MADISON, James. No. 51. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, JOHN. **The federalist papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 256.

também sobre o poder judiciário⁵²⁶. Isso significava que todos os três poderes eram representações do povo⁵²⁷.

A divisão de funções entre os ramos governamentais eleitos direta ou indiretamente pelo povo, cujo exercício das funções implica um mútuo controle entre os poderes, apresentou-se como grande contribuição do constitucionalismo americano para o aprimoramento do constitucionalismo moderno⁵²⁸.

2.2.3 Equilíbrio Institucional e o constitucionalismo multinível na União Europeia

O constitucionalismo americano construiu um arranjo institucional que buscou equilibrar os exercícios das funções governamentais. Como consequência, os Poderes Executivo e Judiciário foram destacados em suas funções. Dentre as novas funções desenvolvidas em razão do desenho institucional idealizado pelos fundadores dos Estados Unidos da América (*The Framers*), o exercício do controle de constitucionalidade (*judicial review*) se origina no famoso caso *Marbury v. Madison* como parte essencial⁵²⁹ da prática concreta do sistema de freios e contrapesos, na forma de controle por meio do veto constitucional à função legislativa violadora da Constituição Americana.

No entanto, o sistema funcional de freios e contrapesos é objeto de recentes críticas no constitucionalismo americano, chegando ao ponto de ser negada a própria ideia de separação dos poderes como cláusula especificamente constitucional⁵³⁰. Outros autores como Jeremy Waldron formulam uma análise crítica da separação dos poderes e propõe que o ponto

526PUSHAW JR., Robert J. Justiciability and separation of powers: a neofederalist approach. **Cornell Law Review**, v. 81, n. 2, pp. 393-512, 1996, p. 421. Segundo Wilson, os poderes executivo, judiciário e legislativo eram derivados da mesma fonte de legitimidade, eram animados pelos mesmos princípios e direcionados para os mesmos fins, isto é, todos os poderes derivaram do consentimento do povo e se tornaram agências limitadas do povo soberano cf. WILSON, James. **The constitutionalist**; or Amendments of the constitution proposed by the Council of Censors, supported by the writings and opinions of James Wilson, L.L.D. Montpelier, Vt.: Printed by Walton and Goss., 1814, p. 16. Para uma análise sobre o pensamento dos Federalistas acerca da representação da soberania popular no poder judiciário ver: WOOD, Gordon S. **The creation of the American republic: 1776-1787**. Ney York: W. W. Norton & Company, Inc., 1972, p. 598.

527WOOD, Gordon S. **The creation of the American republic: 1776-1787**. Ney York: W. W. Norton & Company, Inc., 1972, p. 598.

528VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 96; 111.

529KURLAND, Philip B. The rise and fall of the "doctrine" of separation of powers. **Michigan Law Review**, v. 85, n. 3, pp. 592-613, 1986, p. 600.

530MANNING, John F. Separation of powers as ordinary interpretation. **Harvard Law Review**, v. 124, pp. 1939-2040, 2011, p. 1944. Segundo Roberto Gargarella, vivemos hoje um desajuste entre as instituições e as expectativas da cidadania em razão do desenho institucional de freios e contrapesos que concretizou um modelo de representação política e de organização judicial imparcial e técnico, porém distantes das reflexões democráticas e pautados na desconfiança democrática e no controle interno de natureza contramajoritária (GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales**: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran—por fin—al diálogo ciudadano. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021, p. 22; 25; 45; 58; 67; 100; 112).

específico da separação dos poderes é o valor articulado da integridade do exercício das funções de cada ramo governamental⁵³¹.

Em que pese as críticas à separação dos poderes no contexto do constitucionalismo americano, foi no velho continente que as relações entre as funções governamentais sofreram abalos e necessitaram ser revisitadas face as não adaptações tanto do modelo montesquiano quanto do modelo americano à nova realidade oriunda da União Europeia.

Desde os estágios iniciais de desenvolvimento do ideal comunitário, passando pela criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, pela Comunidade Econômica Europeia e até os dias atuais, criado em 1952, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi demandando para decidir sobre eventuais conflitos nos exercícios das funções das diversas instituições comunitárias criadas pelos diferentes Tratados que previam as relações interinstitucionais.

Era necessária a organização das relações do triângulo institucional (Parlamento, Conselho, Comissão) na comunidade europeia. A separação dos poderes pensada como mecanismo de freios e contrapesos internos às funções governamentais do Estado não correspondiam as necessidades institucionais comunitárias. Para tanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia utilizou-se do princípio do equilíbrio institucional (*principle of institutional balance*).

O princípio do equilíbrio institucional (*principle of institutional balance*) foi construído pelo Tribunal de Justiça da União Europeia a partir dos casos 9/56 (*Meroni*) de 1958, 25/70 (*Köster*) de 1970, 138/79 (*Isoglucose*) de 1980 e 149/85 (*Wybot*) de 1986. De início, o Tribunal de Justiça da União Europeia compreendeu o princípio do equilíbrio institucional de uma forma estática⁵³², ou seja, o princípio do equilíbrio institucional é característico da estrutura institucional da comunidade concebida pelos Tratados (caso *Meroni*). Trata-se de um produto da ordem jurídica da União Europeia e não um ideal político-filosófico abstrato⁵³³.

Conforme decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Wybot*, de acordo com o equilíbrio de poderes entre as instituições previsto pelos tratados, a prática do Parlamento Europeu não pode privar as outras instituições de uma prerrogativa que lhes é concedida pelos próprios tratados. A violação às prerrogativas das instituições previstas pelos

531WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. **Boston College Law Review**, v. 54, n. 2, pp. 433-468, 2013, p. 434.

532JACQUÉ, Jean-Paul. Principle of institutional balance. **Common Market Law Review**, v. 41, n. 2, pp. 383-391, 2004, p. 387.

533CHAMON, Merijn. The institutional balance, an ill-fated principle of EU law? **European Public Law**, v. 21, n. 2, pp. 371-392, 2015, p. 375.

tratados autoriza a fiscalização por parte do Tribunal. Esse entendimento incide inclusive sobre qualquer ato de delegação de poderes interinstitucional ou extrainstitucional.

A interpretação da Corte evoluiu para acolher uma perspectiva dinâmica⁵³⁴ do princípio do equilíbrio institucional no caso 70/88 (*Parliament v. Council*) de 1990, na medida que, para o Tribunal de Justiça da União Europeia, o equilíbrio institucional exige não apenas que cada uma das instituições deva exercer as suas atribuições tendo em conta as atribuições das outras instituições, mas também exige que seja possível penalizar qualquer violação que dessa regra possa ocorrer⁵³⁵.

É justamente essa possibilidade de penalização por violação das competências institucionais previstas nos Tratados por parte de outra instituição ou órgão externo que compreende a noção dinâmica do princípio do equilíbrio institucional. Para a manutenção do equilíbrio estrutural das instituições comunitárias, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu ao Parlamento Europeu a legitimidade de recorrer ao Tribunal para a anulação do ato que usurpe suas competências e para proteger suas funções.

Para o Tribunal, um recurso de anulação interposto pelo Parlamento contra um ato do Conselho ou da Comissão é admissível, desde que se destine apenas a salvaguardar as suas prerrogativas e tão somente se baseie em fundamentos concretos focados na sua violação. Desde que esta condição esteja preenchida, o recurso de anulação do Parlamento está sujeito às regras previstas nos Tratados para os recursos de anulação interpostos pelas outras instituições⁵³⁶.

O Tribunal de Justiça da União Europeia consagrou o princípio do equilíbrio institucional fixando o entendimento no sentido de que os Tratados da União Europeia instituíram um sistema de repartição de competências entre as diferentes instituições da Comunidade, que atribui a cada uma a sua própria missão na estrutura institucional da Comunidade e na realização das tarefas que lhe são confiadas⁵³⁷.

534JACQUÉ, Jean-Paul. Principle of institutional balance. **Common Market Law Review**, v. 41, n. 2, pp. 383-391, 2004, p. 386.

535TJUE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Case C-70/88**. European Parliament v Council of the European Communities. Julgado em 22 mai. 1990. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5e7e556a-317b-4dd4-a87f-49a3a6c6c380.0002.06/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 23 jul. 2021.

536TJUE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Case C-70/88**. European Parliament v Council of the European Communities. Julgado em 22 mai. 1990. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5e7e556a-317b-4dd4-a87f-49a3a6c6c380.0002.06/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 23 jul. 2021.

537TJUE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Case C-361/91**. European Parliament v Council of the European Union. Julgado em 02 mar. 1994. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991CJ0316&from=EN>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

Crítica-se⁵³⁸ o princípio do equilíbrio institucional em razão da possível falta de critérios claros para sua aplicação, o que pode gerar subjetivismos. A separação funcional de poderes não traz em si essa conotação subjetivista porque se vincula à definição de funções desenvolvidas por ramo governamental e não ao balanceamento interinstitucional do exercício das funções. A noção de freios e contrapesos compreende o exercício parcial de funções mediante o controle cruzados de poderes estatais.

A própria jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia permite concluir a clara diferença de função entre o princípio do equilíbrio institucional e a noção de separação dos poderes. Enquanto o princípio do equilíbrio institucional não pode ser invocado por nacionais⁵³⁹ dos Estados-membros como um princípio de proteção contra o exercício abusivo dos poderes por parte das instituições comunitárias, a separação dos poderes nasce com esse ideal de proteção. Recusa-se o Tribunal de Justiça da União Europeia a atribuir uma dimensão vertical ao princípio do equilíbrio institucional, de forma que não incide entre as relações dos Estados-membros e as instituições comunitárias⁵⁴⁰.

Com o aprofundamento das relações interinstitucionais comunitárias agora não apenas no plano das instituições comunitárias, mas também entre a União Europeia, os Estados nacionais que a compunham e atores privados, surge a ideia de governança multinível e da noção de um sistema multinível, a partir da reforma estrutural da União Europeia de 1988⁵⁴¹.

Essa governança multinível implicou um rearranjo do equilíbrio institucional na ordem jurídica da União Europeia. Sustenta-se inclusive a existência de um constitucionalismo multinível por força da vigência do Tratado de Lisboa na União Europeia. O constitucionalismo multinível é uma abordagem teórica que analisa a constitucionalização do sistema multinível europeu de governança como um processo interativo de atribuição, organização, compartilhamento e limitação de poderes⁵⁴².

O constitucionalismo multinível traduz-se em uma abordagem que introduz a dimensão vertical do princípio do equilíbrio institucional e a função de proteção dos cidadãos negados

538CONWAY, Gerard. Recovering a separation of powers in the European Union. **European Law Journal**, v. 17, n. 3, pp. 304–322, 2011, p. 319.

539TJEU. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Case C-282/90**, Vreugdenhil BV v. Commission. Julgado em 13 mar. 1992. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0282&from=en>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

540CHAMON, Merijn. The institutional balance, an Ill-fated principle of EU law? **European Public Law**, v. 21, n. 2, pp. 371-392, 2015, p. 379.

541BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew. “Themes and Issues in Multi-level Governance”. In: BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew. (eds.). **Multi-level Governance**. Oxford University Press: Oxford, pp. 1-11, 2004, p. 2.

542PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, pp. 350-407, 2009, p. 353.

pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para o interior das relações entre as instituições comunitárias e nacionais. Nessa perspectiva, a governança multinível é restringida pelo constitucionalismo multinível⁵⁴³. Isso porque o constitucionalismo multinível promove a interdependência entre os processos constitucionais supranacionais, como da União Europeia, e as constituições nacionais, bem como reconhece cidadania em níveis nacionais e europeus como base e a origem da autoridade pública e do poder de decisão⁵⁴⁴.

2.2.4 A Jurisdição Constitucional: modelos

Os desenhos institucionais dos órgãos estatais responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional se desenvolveram de formas diversas ao longo do tempo e proporcionaram estruturas institucionais diferentes para o exercício dessa função. Os arranjos institucionais deram origem aos modelos de jurisdição constitucional para o controle da constitucionalidade da lei hoje conhecidos.

São três os modelos principais identificados a partir dos desenhos institucionais construídos pelos Estados na história. O primeiro modelo é o americano da revisão judicial (*judicial review*), o segundo modelo é o austríaco de Hans Kelsen e o último modelo que se desenvolve atualmente é o modelo dialógico canadense.

O modelo americano da revisão judicial (*judicial review*) origina-se de forma institucional no julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803. Apesar de as Convenções Federais de 21 de julho de 1787 e de 23 de julho de 1787 debaterem expressamente a possibilidade de os juízes exercerem o poder revisional (*revisionary power*) dos atos legislativos assim como ao Executivo competia rever, com o fim de, conforme Mason se manifestou, “[...] declarar uma lei inconstitucional nula”⁵⁴⁵, o compartilhamento do poder revisional com os juízes não foi aprovado na Convenção Federal, na medida em que representaria uma imprópria e perigosa coalisão entre o Poder Judiciário e o Executivo⁵⁴⁶.

543PETERSMANN, Ernst-Ulrich. 'Constitutional Constructivism' for a common law of humanity? Multilevel constitutionalism as a 'gentle civiliser' of nations. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), **Research Paper**, n. 2017-24, pp. 1-25, 2017, p. 12.

544PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, pp. 350-407, 2009, p. 353; 372.

545FARRAND, Max. **The records of the federal convention of 1787**. New Haven: Yale University Press, 1911, v. II, p. 78.

546FARRAND, Max. **The records of the federal convention of 1787**. New Haven: Yale University Press, 1911, v. II, p. 89.

Não obstante a não aprovação expressa na Constituição Federal de 1787, forte na noção de soberania dividida, membros da convenção entendiam que o poder revisional dos juízes fora acolhido tacitamente, ou de forma implícita, pelo texto constitucional⁵⁴⁷. Esta era a posição de Alexander Hamilton. O modelo americano, fruto do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, passou a ser conhecido como *judicial review* e, em que pese a controvérsia descrita, institucionalizou-se na prática judicial norte-americana da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O caso *Marbury v. Madison* derivou os poderes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para o exercício da revisão judicial da lei (*judicial review*) das características da Constituição Americana enquanto lei fundamental, suprema e escrita. É competência e dever da Suprema Corte declarar qual é a lei vigente no país. Para essa finalidade, é necessário interpretar a lei e a Constituição, bem como resolver os casos em que a lei conflita com a Constituição, quando incidirem em um caso particular. Se, então, os tribunais devem considerar a Constituição e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário legislativo, é a Constituição que deve reger o caso a que ambos se aplicam. No conflito entre a lei e a Constituição, a lei repugnante à Constituição é nula. É competência e dever da Suprema Corte declarar a nulidade da lei e, por conseguinte, declarar que a Constituição é a lei vigente no país e não o ato legislativo ordinário⁵⁴⁸.

O modelo americano de revisão judicial da lei caracteriza-se por apreciar as questões constitucionais de forma binária e adversarial⁵⁴⁹. Desde o caso *Marbury v. Madison*, o modelo da *judicial review* foi entendido como uma forma especial de resolução de litígios de natureza privada com a função de orientação das futuras ações privadas⁵⁵⁰. Por essa razão, não seria o modelo americano de controle de constitucionalidade das leis vocacionado para a adjudicação crises policêntricas (*polycentric problem*), nas quais cada centro distinto da crise é um ponto distribuidor de tensões que se implicam mutuamente e se afetam de forma reflexiva⁵⁵¹.

Já a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 centralizou o poder de rever a constitucionalidade da lei a um tribunal especial (*Verfassungsgerichtshof*), com o objetivo de

547DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 34.

548ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Marbury v. Madison**. Julgado em fev., 1803, p. 176-180.

549WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006, p. 1363.

550ABRAM, Chayes, The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, pp.1281-1316, 1976, p. 1285.

551FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, pp. 353-409, 1978, p. 371; 395.

conferir uniformidade à decisão que julga se uma lei é constitucional, ou se viola a autoridade da Constituição, e conferiu a este tribunal o poder de anular a lei inconstitucional. A decisão de inconstitucionalidade da lei era dotada de efeito *ex nunc*, salvo quando a lei, objeto da revisão judicial, deixar de ser aplicada ao caso antes da decisão do tribunal. O Tribunal Constitucional possuía a função de legislador negativo, na medida em que a decisão de inconstitucionalidade da lei tinha o mesmo caráter de uma lei do Parlamento que revoga outra lei⁵⁵².

Para Kelsen⁵⁵³, a grande diferença entre o modelo americano e o modelo austríaco de controle de constitucionalidade da lei está no fato de que, no modelo americano, a questão da constitucionalidade da lei surge incidentalmente no processo judicial, quando uma das partes argumenta que a aplicação da lei no caso concreto é uma violação aos seus interesses e, por conseguinte, a lei é inconstitucional. É a lesão ao interesse da parte que autoriza o início do procedimento de revisão judicial da lei no sistema americano. Já o modelo austríaco prima pelo interesse público para pôr o Tribunal Constitucional em movimento em quaisquer casos em que o órgão jurisdicional tenha competência para apreciar a constitucionalidade da lei.

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade da lei foi desenhado intencionalmente de formas institucional e estrutural no texto normativo da Constituição de 1920, para atribuir essa função exclusivamente para um Tribunal Constitucional, que, por sua vez, foi separado das demais cortes ordinárias⁵⁵⁴. Esse desenho institucional conformado com as estruturas da Constituição de 1920, identifica a natureza eminentemente política do controle de constitucionalidade do modelo austríaco, já que esta era a natureza da Constituição à época e da noção kelseniana de Constituição.

O modelo em desenvolvimento na atual quadra do constitucionalismo é o modelo dialógico canadense⁵⁵⁵. O modelo dialógico pode ser vislumbrado como um contraponto ao modelo do legalismo adversarial (*adversarial legalism*⁵⁵⁶) do sistema constitucional dos Estados Unidos da América. A partir da metáfora⁵⁵⁷ do diálogo entre juízes e legisladores,

552KELSEN, Hans. Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American constitution. **The Journal of Politics**, v. 4, n. 2, pp. 183-200, 1942, p. 186-187.

553KELSEN, Hans. Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American constitution. **The Journal of Politics**, v. 4, n. 2, pp. 183-200, 1942, p. 193.

554YOWELL, Paul. **Constitutional rights and constitutional design**: moral and empirical reasoning in judicial review. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2018, p. 150.

555A crítica ao transplante do modelo de controle de constitucionalidade fraco da *Commonwealth* e, por conseguinte, do modelo dialógico canadense para o sistema constitucional brasileiro é elaborada no tópico 2.2.8 da Segunda Parte desta pesquisa.

556KAGAN, Robert A. American courts and policy dialogue: the role of adversarial legalism. In.: MILLER, Mark Carlton; BARNES, Jeb (eds.). **Making policy, making law**: an interbranch perspective. Georgetown University Press, 2004, p. 14.

557ROACH, Kent. **The Supreme Court on trial**: judicial activism or democratic dialogue. Revised Edition. Toronto: Irwin Law, 2016, p. 270.

especialmente entre a Suprema Corte canadense e Parlamento, busca a teoria constitucional compatibilizar e superar as críticas ao exercício do controle de constitucionalidade na sociedade de democrática atual⁵⁵⁸.

Em sentido amplo, o diálogo entre a Corte e o Legislativo surge quando a decisão judicial que fulmina a lei por contrariar a Constituição pode ser objeto de reversão, modificação ou de alguma forma de evasão legislativa por meio de uma nova lei⁵⁵⁹. Peter W. Hogg e Allison A. Bushell adotaram pela primeira vez a noção de diálogo em um sentido mais estrito no Canadá com base na Carta de Direitos e Liberdades Canadense de 1982 (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*). O diálogo entre a Corte e o Legislativo consiste naqueles casos em que uma decisão judicial que derruba uma lei com fundamento na Carta é seguida de alguma reação deliberada e consciente por parte do órgão legislativo competente⁵⁶⁰.

Segundo Kent Roach, a chave para compreender a noção de diálogo entre a Corte Constitucional e o Parlamento no contexto do controle de constitucionalidade da lei está na análise completa do processo legal, ou para o processo legislativo. A decisão da Corte Constitucional no julgamento do caso é final e deve ser obedecida. A Corte estabelece os direitos e obrigações das partes e firma o precedente. No entanto, a decisão da Corte é final para a análise do caso e não para o Parlamento. O Legislativo pode responder à decisão judicial para limitá-la (Seção I da Carta⁵⁶¹) ou superá-la (Seção 33 da Carta⁵⁶²) de acordo com os direitos reconhecidos pela Corte. Em cada caso, há um duplo segundo olhar, seja da Corte ou do Parlamento⁵⁶³, o qual permite um colóquio contínuo sobre a interpretação da Constituição⁵⁶⁴⁵⁶⁵.

558HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad th in g after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, pp. 75-124, 1997, p. 77.

559HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad th in g after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, pp. 75-124, 1997, p. 79.

560HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad th in g after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, pp. 75-124, 1997, p. 82.

561CANADA. **Canadian Charter of Rights and Freedoms**. Promulgada em 17 de abril de 1982. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html>> Acesso em: 05 mar. 2022: “1 A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e liberdades nela estabelecidos sujeitos apenas aos limites razoáveis prescritos por lei que possam ser comprovadamente justificados em uma sociedade livre e democrática”.

562CANADA. **Canadian Charter of Rights and Freedoms**. Promulgada em 17 de abril de 1982. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html>> Acesso em: 05 mar. 2022: “33 (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província podem declarar expressamente em uma lei do Parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que a lei ou uma disposição dela funcionará não obstante uma disposição incluída na seção 2 ou nas seções 7 do 15 desta Carta”.

563ROACH, Kent. **The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue. Revised Edition**. Toronto: Irwin Law, 2016, p. 269; 282; 321-322.

564FISHER, Louis. Judicial finality or an ongoing colloquy? In: MILLER, Mark Carlton; BARNES, Jeb (ed.). **Making policy, making law: an interbranch perspective**. Georgetown University Press, 2004, p. 153.

565A defesa do simples transplante do modelo do controle de constitucionalidade canadense para o constitucionalismo brasileiro esbarra em paradigmas normativos constitucionais que não podem ser ignorados, como o fato de o parâmetro de controle de constitucionalidade no sistema brasileiro ser a Constituição, ou eventualmente um tratado internacional aprovado com o quórum próprio das emendas constitucionais, e não uma

Por conseguinte, os desenhos institucionais que originaram os modelos de controle de constitucionalidade da lei estudados impactaram decisivamente a fundamentação da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional por parte dos órgãos judiciais incumbidos dessa função, e sob um enfoque intrainstitucional, sobre a própria maneira de praticar a deliberação judicial na Corte, com vistas a reestruturá-la sob uma perspectiva multidimensional do constitucionalismo na sociedade complexa contemporânea.

2.2.5 Legitimidade da jurisdição constitucional, democracia, deliberação judicial e capacidade institucional

A Constituição moderna estruturou e institucionalizou o exercício do poder legítimo por parte do Estado. A Constituição moderna positivou a forma como as instituições estatais devem exercer o poder político. A Constituição delimitou a forma como a autoridade pública é exercida, como e por quem o povo deve ser governado. Enquanto autoridade pública, os arranjos estruturais constitucionais atribuíram aos tribunais e às cortes constitucionais os diferentes modelos de controle de constitucionalidade da lei estudados.

Os modelos de controle de constitucionalidade buscaram fundamentar a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional ao longo dos tempos. O primeiro modelo analisado foi o americano da revisão judicial (*judicial review*) e este legitimou o exercício do controle de constitucionalidade dos juízes com fundamento na autoridade da Constituição no caso *Marbury v. Madison*. O segundo modelo objeto de estudo foi o austríaco de Hans Kelsen, o qual legitimou o exercício da jurisdição constitucional em razão de independência e imparcialidade

norma com *status* de lei especial, como no caso do Canadá. Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust criticam a existência de um verdadeiro diálogo nas iterações entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal no Brasil a partir da noção ampla da teoria dos diálogos institucionais canadense: “[...] Hogg e Bushell pressupõem expressamente que a superação da decisão levada a efeito pelo Poder Legislativo consistirá em uma resposta que respeitará os valores constitucionais identificados pelo Judiciário, mas que fará com que sejam atingidos os objetivos sociais e econômicos da lei que foram bloqueados pela decisão judicial. E isso nem sempre acontece da relação entre Parlamento e Suprema Corte na experiência brasileira”, uma vez que “[...] no caso envolvendo a instituição de progressividade no IPTU, não houve tentativa do Parlamento de tomar em conta a interpretação da Constituição feita pela Corte. Pelo contrário: a emenda se destinou a inserir no texto constitucional previsão diametralmente oposta ao entendimento jurisprudencial, admitindo expressamente a instituição de IPTU progressivo para fins fiscais, contrariamente ao que decidiu o STF”. Para os autores, “[...] as reações do Congresso Nacional brasileiro às decisões declaratórias de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, caracterizadas pela aprovação de emendas à Constituição para afirmar o contrário do que foi dito pelo Judiciário, não seriam em absoluto uma hipótese de diálogo. Elas se aproximariam muito mais daquilo que Roach denominou de “batalha de gritos” (“shouting match”), na qual o Legislativo, sem diálogo, tenta fazer prevalecer a sua interpretação constitucional sobre a do Judiciário” cf. HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 8, n. 1, pp. 209-236, 2021, p. 227; 228.

judicial para controlar⁵⁶⁶ os limites impostos pela Constituição política ao exercício dos poderes dos demais ramos do governo. Já o modelo canadense fundamentou a legitimidade da jurisdição constitucional sob o enfoque do diálogo interinstitucional.

A crise do paradigma do constitucionalismo moderno decorrente da crise da racionalidade impactou a ideia de contrato social como fonte exclusiva da legitimidade da autoridade, ao passo que a crise do paradigma do constitucionalismo moderno referente à crise da positividade da lei culminou com a própria negação da ideia de Constituição. As crises do paradigma do constitucionalismo moderno mencionadas correspondem a fortes críticas à legitimidade do exercício da jurisdição constitucional por partes dos juízes, posto que se a Constituição é negada, nega-se a própria legitimidade do controle de constitucionalidade realizado por juízes.

Legitimidade é uma maneira ou medida de comparação. Uma instituição não é legítima pelo fato de podermos imaginar uma instituição ideal. A legitimidade de uma instituição decorre de sua mensuração valorativa-comparada com outras instituições que poderiam ser estabelecidas e criadas no mundo real⁵⁶⁷. Trata-se de uma relação intra e interinstitucional.

Por exemplo, a comparação interinstitucional de quem deve ser a instituição legitimada para o exercício do controle de constitucionalidade da lei já foi concretamente testada na história político-constitucional da Alemanha, seja em termos teóricos ou práticos. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt representa essa medida de comparação interinstitucional.

Hans Kelsen defendia que o guardião da Constituição deveria adquirir a forma judicial em razão dos arranjos institucionais dos tribunais. Carl Schmitt defendia que o guardião da Constituição deveria ser o *Führer*⁵⁶⁸ pelo fato deste ser eleito democraticamente, por representar o Estado total e por entender que o controle da constitucionalidade da lei não era uma função de adjudicação judicial, mas uma função política, que não deveria ficar a cargo do órgão judicial para não maculá-lo politicamente⁵⁶⁹.

566KELSEN, Hans. Who ought to be the guardian of the constitution? Kelsen's reply to Schmitt. In: VINX, L. (ed.) **The guardian of the Constitution**. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Tradução L. Vinx. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 175.

567SIKKINK, Kathryn. **Evidence for hope**: making human rights work in the 21st Century. New Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 27.

568SCHMITT, Carl. The guardian of the constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution. In: VINX, L. (ed.) **The guardian of the Constitution**. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Tradução L. Vinx. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 133; 137; 150; 172.

569SCHMITT, Carl. The guardian of the constitution: Schmitt's argument against constitutional review. In: VINX, L. (ed.) **The guardian of the Constitution**. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Tradução L. Vinx. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 107.

A legitimidade do Chefe de Estado para exercer a função de guardião da Constituição foi testada e posta em prática pelo regime totalitário alemão de acordo com a teoria político-constitucional de Carl Schmitt. Os próprios acontecimentos históricos decorrentes do regime totalitário alemão demonstram a incapacidade de o Presidente do *Reich* realizar minimamente a defesa da Constituição, na medida em que a Constituição de Weimar do *Reich* deixou de existir como uma Constituição do constitucionalismo moderno em detrimento do domínio total do Estado do *Führer*. Da análise desse momento e contexto histórico, a tese defendida por Carl Schmitt não se sustentou comparativamente à proposta de Kelsen.

Como medida de comparação, é possível mensurar de forma valorativa-comparada não somente para responder as perguntas “quem?” e “por quê decide?”, como também para responder à pergunta “como decide?”. Para cumprir essa finalidade, a preocupação desta pesquisa é com a perspectiva intrainstitucional com foco no Supremo Tribunal Federal brasileiro, sem prejuízo de ser abordada a relação interinstitucional⁵⁷⁰ entre a Corte Constitucional e o Poder Legislativo em momentos oportunos.

Há duas concepções distintas de legitimidade aplicadas à análise das instituições: a empírica ou descritiva, e a normativa⁵⁷¹. A primeira é vinculada às ciências sociais e a segunda é própria da filosofia política. A concepção empírica de Weber significa que a legitimidade de um desenho institucional depende da crença⁵⁷², ou da aprovação, ou do reconhecimento, de fato, daqueles que estão sob o domínio dessa instituição. Já a noção normativa condiciona a legitimidade de um arranjo institucional a critérios objetivos, como, por exemplo, padrões de justiça e de racionalidade, independentemente das crenças subjetivas ou da aprovação de fato dos participantes.

A noção empírica da legitimidade foi recepcionada por Niklas Luhmann na forma da legitimação pelo procedimento⁵⁷³. Esta significa que a decisão judicial se legitima por si

570Para uma investigação com foco interinstitucional ver: GROTERHORST, Rebecca. **Papel das cortes constitucionais na América Latina: reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras**. 2020. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

571HINSCH, Wilfried. Justice, legitimacy, and constitutional rights. **Critical Review of International Social and Political Philosophy**, v. 13, n. 1, pp. 39-54, 2010, p. 39.

572WEBER, Max. **Economy and society: an outline of interpretive sociology**. Tradução Ephraim Fischhoff et al. Berkeley: University of California Press, 1978, p. 215.

573Vide: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

mesma, como um processo autorreferencial⁵⁷⁴, que constrói por si próprio e a partir de seus próprios elementos a legitimidade da decisão judicial.

A legitimidade normativa de um desenho institucional atribui a este um valor moral em si mesmo considerado. Esse reconhecimento implica consequências normativas àqueles submetidos aos arranjos institucionais legítimos. Desenhos institucionais normativos legítimos não são apenas arranjos previamente acordados pelos sujeitos. Na realidade, são arranjos institucionais que impõem obrigações e responsabilidades aos partícipes por autoridade própria. Entender a legitimidade democrática institucional do ponto de vista normativo é expor e explicar a capacidade normativa dos arranjos institucionais democráticos para gerar e impor normas morais vinculantes em detrimento da legitimidade como legalidade formal⁵⁷⁵.

Da análise das concepções empíricas e normativas da legitimidade, é possível traçar dois grandes modelos de legitimidade que, a partir do século XX, justificaram o exercício do poder político: legitimidade como legalidade formal e legitimidade como legalidade democrática. Ambos possuem em comum pautar a lei como critério fundamental da legitimidade. Diferenciam-se porque a primeira é um critério formal de validade, isto é, uma instituição é legítima por ser considerada válida pelo sistema jurídico, ao passo que a segunda exige obediências a critérios substanciais de validade, como razão, justiça e consenso na construção do processo democrático, para que uma instituição ser considerada legítima⁵⁷⁶.

O modelo de legitimidade como legalidade formal não é suficiente para fundamentar a análise da legitimidade do controle de constitucionalidade por juízes de uma perspectiva intrainstitucional. De um ponto de vista exclusivamente empírico, legitimidade como legalidade formal culminaria na teoria jurídica decisionista (*decisionistic legal theory*) de Carl Schmitt, para quem a posituação do direito significa que a validade jurídica legítima (*Rechtsgeltung*) independe de qualquer conteúdo dado e se realiza por meio de uma decisão que confere validade à lei e da qual posterior decisão retira a sua validade. A teoria jurídica decisionista é corroborada por Niklas Luhmann⁵⁷⁷.

O modelo de legitimidade como legalidade democrática procura construir a legitimidade do poder político e das instituições estatais por meio da racionalidade prática. A questão objeto

574LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Tradução Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

575HINSCH, Wilfried. Justice, legitimacy, and constitutional rights. **Critical Review of International Social and Political Philosophy**, v. 13, n. 1, pp. 39-54, 2010, p. 42.

576FERRO, Hernán Martínez. **Legitimidad, razón y derecho**. Dos modelos de justificación del poder político. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 17-18.

577HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Tradução Thomas McCarthy. Cambridge: Polity Press: 1992, p. 98.

de análise pelo modelo de legitimidade como legalidade democrática com o escopo de possibilitar a sua implementação normativa é justamente a resposta à pergunta “como decide?”.

Segundo Norberto Bobbio, um conceito mínimo de democracia abrange o “(...) conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”⁵⁷⁸. Uma decisão somente pode ser considerada coletiva se for tomada com base em regras, escritas ou não, que pré-determinem quem está autorizado a decidir em termos vinculantes para todos os membros do grupo segundo certo procedimento. Nas democracias modernas, esse poder de decidir é atribuído a um certo número de membros segundo a lei fundamental do Estado e com base na regra da maioria⁵⁷⁹.

O princípio da maioria é uma técnica de decisão criada em razão da inviabilidade prática de se construir a unanimidade aritmética por meio do sufrágio. Significa que o povo é um corpo artificial composto por todos os cidadãos e a decisão da maioria obriga a todos e cada um dos cidadãos enquanto componentes do corpo social. Em razão da adoção da técnica de decisão da maioria, há uma simplificação da arte de governar, uma vez que basta apenas alcançar a quantidade numérica para que esta, sozinha, crie a lei e o direito. Por sua vez, a política se simplifica como uma questão de mera aritmética⁵⁸⁰.

A técnica de decisão da maioria reduziu a democracia a uma questão de mera aritmética. Para Sieyès, uma associação política é obra da vontade unânime de seus associados. No entanto, a unanimidade é algo muito difícil de obter em uma sociedade composta por muitos indivíduos. Para que a união social atinja os seus fins, é necessário obter os meios possíveis. A escolha dos meios para alcançar os fins sociais compete a maioria na forma da unanimidade mediata, ou seja, a decisão da maioria substitui a unanimidade. A vontade geral é formada pela vontade da pluralidade⁵⁸¹.

578BOBBIO, Norberto. **Il futuro della democrazia**: una difesa delle regole del gioco. Torino: Einaudi, 1995. e-book, posição 6.6.

579BOBBIO, Norberto. **Il futuro della democrazia**: una difesa delle regole del gioco. Torino: Einaudi, 1995. e-book, posição 6.6; 6.7.

580TOCQUEVILLE, Alexis de. *Considérations sur la révolution*. In: JARDIN, André (org.). **Œuvres**. Paris: Gallimard, 2004, t. III, p. 492. Cristina Lafont entende que a regra da maioria é um “atalho procedimental” (*procedural shortcut*) que não permite o endosso reflexivo por meio da justificação mútua e que submete as minorias à maioria, na expectativa de que as minorias aceitem ter perdido o voto, mesmo que a razoabilidade dos seus argumentos não tenha sido superada, e não impugnem o resultado da votação por meios como a revisão judicial: LAFONT, Cristina. **Democracy without shortcuts**: a participatory conception of deliberative democracy. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 39-40; 42; 69.

581SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Préliminaire de la Constitution Française**: reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme, du citoyen. Oxford: Pergamorn Press, 1789, p. 38.

A técnica de decisão da maioria se torna uma tirania da maioria (*tyranny of majority*⁵⁸²) quando a decisão fruto da ficção da unanimidade mediata substitui a unanimidade da decisão e é imposta coercitivamente em desfavor daqueles que não lograram êxito na deliberação pelo simples fato de integrarem o corpo social e usufruírem vantagens dessa união, sem se oportunizar a possibilidade aos especialmente impactados pela deliberação de mecanismos para a revisão da decisão majoritária parente uma instituição imparcial e diversa daquela que proferiu a decisão. A técnica de decisão da maioria funcionaliza o cidadão a serviço da uniformidade do corpo político e, na medida que produz esse resultado, adquire a qualidade de técnica de dominação.

No entanto, a democracia exige o respeito a certas regras preliminares que permitem o desenvolvimento da própria democracia. Essas são condições sem as quais o jogo democrático não se desenrola. Tais regras são as liberdades públicas (direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc.) previstas em normas constitucionais que conformam a base do Estado liberal e do Estado de Direito. Mas o que distingue um regime democrático de um regime não democrático é a previsão e o respeito às regras constitutivas do jogo. Por conseguinte, o sistema democrático representa segundo Bobbio “[...] um sistema cuja legitimidade depende do consenso verificado periodicamente através de eleições livres por sufrágio universal”, no qual as regras do jogo, atores e seus movimentos constituem um todo interdependente⁵⁸³.

O marco conceitual procedimental da democracia de Bobbio deve ser conjugado com as condições substanciais da democracia (liberdade e igualdade) para que o povo possa exercer a soberania popular de formas emancipada e livre, e, por conseguinte, seja possível a cooperação na deliberação democrática⁵⁸⁴.

A democracia deliberativa permite ir além do atalho⁵⁸⁵ da técnica de decisão da maioria⁵⁸⁶. Deliberação significa que os sujeitos devem se comunicar sobre decisões coletivas

582TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in america**. Tradução James T. Schleifervol. Indianapolis: Liberty Fund, v. I, 2012, p. 307; 410; 415-416. Para uma crítica a expressão tirania da maioria: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

583BOBBIO, Norberto. **Il futuro della democrazia**: una difesa delle regole del gioco. Torino: Einaudi, 1995. e-book, posição 6.8; 8.6.

584Sobre a democracia deliberativa: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 160; 162; 168.

585LAFONT, Cristina. **Democracy without shortcuts**: a participatory conception of deliberative democracy. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 39-40; 42; 69.

586SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86. “A tendência contemporânea da teoria da democracia deliberativa é de valorizar o momento comunicativo e dialógico que se instaura quando governantes e cidadãos procuram justificar seus pontos de vista

de modo que os possíveis afetados pela decisão sejam capazes de aceitá-la reflexivamente⁵⁸⁷. Sob a lógica da democracia deliberativa, a legitimidade democrática é identificada na capacidade dos indivíduos afetados por uma decisão coletiva de se engajarem em deliberações autênticas sobre essa decisão⁵⁸⁸.

O componente democrático deve guiar a formulação e a aplicação de políticas públicas sociais, com destaque à participação, à transparência e à *accountability*. Como explica Amartya Sen: “[...] liberdades políticas e direitos democráticos são componentes estruturais do desenvolvimento. [...] Democracia requer participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis”⁵⁸⁹ de acordo com o princípio “todos os afetados” (*all-affected principle*)⁵⁹⁰ ou da inclusão ou inclusividade dinâmica (*principle of dynamic inclusiveness*)⁵⁹¹.

A deliberação é parte integrante da tomada de decisão dos Tribunais no exercício da jurisdição constitucional. A deliberação representa uma prática respeitosa e inclusiva de raciocínio cooperativo-compartilhado na busca de soluções para demandas decisórias, mediante trocas transformadoras de argumentos, visando alcançar um desejável consenso sobre o bem comum⁵⁹².

sobre as questões de interesse público. O fundamental para a perspectiva democrático-deliberativa é compreender a democracia além da prerrogativa majoritária de tomar decisões políticas. A democracia deliberativa implica igualmente a possibilidade de se debater acerca de qual é a melhor decisão a ser tomada. A legitimidade das decisões estatais decorre não só de terem sido aprovadas pela maioria, mas também de terem resultado de um amplo debate público em que foram fornecidas razões para decidir”. É a “[...] exigência de prestação de contas (*accountability*), e não a participação direta, é a chave da democracia deliberativa. Ao passo que a democracia participativa aponta para uma comunidade política em que todos participam ativamente da tomada de decisões, a democracia deliberativa leva em conta o ônus da ação política e os benefícios de uma divisão do trabalho. A democracia deliberativa insiste na exigência de uma contínua prestação de contas, e não na participação direta na política. Aqueles que agem em nosso nome devem nos prestar contas, e nós devemos sujeitá-los a isso” cf. GUTMANN, Amy. A desarmonia da democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, pp. 5-37, 1995, p. 23. Mesmo um procedimento deliberativo ideal pode produzir uma decisão majoritária quando não haja consenso sobre a correção do resultado cf. COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BOHMAN, James; REHG, William (eds). **Deliberative democracy**: essays on reason and politics. Massachusetts: The MIT Press, 1997, p. 414.

587DRYZEK, John S. **Deliberative democracy and beyond**: liberals, critics, contestations. New York: Oxford University Press, 2000, p. 11.

588DRYZEK, John S. **Deliberative democracy and beyond**: liberals, critics, contestations. New York: Oxford University Press, 2000, p. III. Para um exame crítico da democracia deliberativa, em especial da concepção de Habermas ver MOUFFE, Chantal. Deliberative democracy or agonistic pluralism? **Social Research**, v. 66, n. 3, pp. 745-758, 1999.

589SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 347.

590GOODIN, Robert E. Enfranchising all affected interests, and its alternatives. **Philosophy & public affairs**, v. 35, n. 1, p. 40-68, 2007.

591LANDEMORE, Hélène. **Open democracy**: reinventing popular rule for the twenty-first century. Princeton University Press, 2020, p. 214.

592MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 14. Para uma crítica ao modelo de decisão atual do Supremo Tribunal Federal por meio do qual o Tribunal prefere

Para responder à pergunta “como decide?”, além de simplesmente expor o desenho institucional do ponto de vista intrainstitucional do órgão jurisdicional encarregado do exercício da jurisdição constitucional, é necessário analisar a capacidade institucional deliberativa interna deste órgão para o exercício da função.

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule sustentam que as reivindicações sobre a legitimidade e a autoridade constitucional devem ser conjugadas com as análises acerca das capacidades institucionais judiciais e os efeitos sistêmicos das interpretações dos direitos constitucionais por juízes⁵⁹³. A pesquisa empírica de Paul Yowell⁵⁹⁴ procurou analisar as capacidades institucionais das cortes e dos legisladores para fundamentarem suas deliberações em bases morais e empíricas sobre direitos constitucionais nos casos analisados, especialmente nos Estados Unidos da América.

Paul Yowell conclui que as cortes possuem menor propensão para fundamentar suas deliberações em dados empíricos sobre direitos constitucionais do que os legisladores. Isso ocorre porque as instituições legislativas são aparelhadas por estruturas pessoais e materiais que permitem obter e colher um maior número de informações para subsidiar as suas deliberações. Essa estrutura legislativa permite que legislador adquirir e acessar fatos gerais sobre a sociedade de forma superior comparado às cortes. A justificativa para a disparidade informacional entre as duas instituições ocorre principalmente pela estrutura adversarial do sistema americano da revisão judicial.

Já quanto ao engajamento em argumentos e fundamentos morais sobre direitos constitucionais, os objetos de análises foram casos sobre direitos raciais das minorias nos Estados Unidos da América e no Reino Unido. O estudo concluiu que as cortes constitucionais não possuem maiores capacidades institucionais deliberativas para as correções de erros morais do que o Legislativo, sob o signo da teoria contramajoritária da revisão judicial. Ambas as instituições praticaram erros históricos nessa temática. As deliberações judiciais das cortes constitucionais são realizadas em grande parte da mesma forma que as deliberações legislativas, isto é, por maioria de votos. As cortes constitucionais estão submetidas às mesmas pressões externas que os legisladores e não há garantia de que as decisões judiciais serão guiadas pela

decisões sem respeitar os padrões deliberativos analisados, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, pp. 557- 584, 2013.

593SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, pp. 885-951, 2003, p. 950.

594YOWELL, Paul. **Constitutional rights and constitutional design**: moral and empirical reasoning in judicial review. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2018, p. 128-129.

razão. Em algumas ocasiões, as deliberações dos juízes constitucionais são inclusive estratégicas.

A legitimidade dialógica-deliberativa e suas técnicas serão analisadas na Parte IV desta pesquisa. Procurarão ir além da mera técnica de decisão da maioria, ampliar o acesso informacional da Corte Constitucional e promover maiores engajamentos moral e empírico dos órgãos jurisdicionais encarregados da missão de controlar a constitucionalidade das leis. Para essa finalidade, serão conjugadas concepções empíricas e normativas da legitimidade sob as abordagens democrática e dos direitos fundamentais.

2.2.6 Democracia, deliberação judicial e o Supremo Tribunal Federal⁵⁹⁵

O debate acerca da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional por um Tribunal Constitucional, ou de um órgão incumbido dessa missão, como o Supremo Tribunal Federal no Brasil, desenvolve-se sob perspectivas diversas. Essas podem assumir caráteres formais, substanciais ou mistos. A distinção entre a legitimidade formal e a legitimidade material está fundamentada na distinção entre normas substanciais e normas procedimentais. As normas substanciais, ou primárias, estabelecem direitos e deveres aos cidadãos, ao passo que as normas procedimentais, ou secundárias, estipulam os métodos, ou procedimentos, a serem utilizados para se decidir quanto ao conteúdo das normas substanciais (primárias)⁵⁹⁶.

Em termos gerais, a legitimidade procedimental do exercício da jurisdição constitucional induz a uma democracia procedimental (democracia como procedimento⁵⁹⁷), em que o cidadão consente (seja por um acordo explícito, ou mesmo implícito) quanto aos procedimentos de longo prazo que está submetido⁵⁹⁸. Identifica-se como uma forma de tomada de decisões⁵⁹⁹, na qual se garantem a igualdade de direitos de participação e de influência nos procedimentos, ou processos, de decisão, sem que haja qualquer restrição ao conteúdo

595Noções desenvolvidas no presente tópico foram apresentadas em trabalho anterior e revisadas agora para os fins desta pesquisa ver HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. Direitos em diálogo: a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal na sociedade atual. In: **Direito constitucional contemporâneo**. HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida (org.). Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

596MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 17.

597MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 10.

598SULLIVAN, Kathleen M. Epistemic Democracy and Minority Rights. **California Law Review**, n. 3, v. 86, mai. 1998, p. 445.

599FREEMAN, Samuel. Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review. **Law and Philosophy**, n. 4, v. 9, pp. 327-370, 1990/1991, p. 335.

substancial do resultado produzido, ressalvados aqueles exigidos pela própria noção de democracia como procedimento⁶⁰⁰.

Do ponto de vista procedimental, a Constituição preocupar-se-ia com a equidade processual na resolução de disputas individuais e a garantia da ampla participação nos processos decisórios⁶⁰¹. Nesse prisma, a jurisdição constitucional seria legítima apenas para as tutelas da equidade processual e dos direitos de participação enquanto necessários para a plena realização da democracia, o que inclui a remoção de barreiras à participação das minorias⁶⁰².

Por outro lado, importante corrente procedimentalista sustenta que a legitimidade do direito positivo deriva de um processo de formação da opinião e da vontade pública, envolvendo partícipes de discursos racionais⁶⁰³. A Constituição fixa as bases procedimentais por meio das quais os cidadãos podem cooperativamente alcançar condições justas e equitativas de vida, em conformidade com o direito de autodeterminação. As garantias das condições processuais da elaboração democrática da lei asseguram a legitimidade do direito. Por essa razão, a jurisdição constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos⁶⁰⁴.

Essa concepção procedimentalista determina que o direito somente se faz legítimo quando os cidadãos não são apenas destinatários finais das normas, mas também seus coautores⁶⁰⁵. Assim, o Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente para o exercício da jurisdição constitucional, transforma-se em espaço público deliberativo, no qual a interpretação e a aplicação da Constituição são expostas aos argumentos e aos contra-argumentos do debate, propiciando as construções racionais das decisões. Funda-se uma jurisdição-participativa no âmbito da jurisdição constitucional.

O exercício do poder se desenvolve por meio de procedimentos legalmente institucionalizados de deliberação democrática e de tomada de decisão, em que os procedimentos e os pressupostos comunicativos da opinião democrática e da formação de vontade funcionam como os guias mais importantes para a racionalização discursiva das

600BARRY, Brian. Is Democracy Special? In: LASLETT, Peter; FISHKIN, James S. (eds.) **Philosophy, Politics and Society**, 5th series. Oxford: Blackwell, 1979, p. 155-156.

601ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 87.

602ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 135.

603HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 319.

604HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 326.

605SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 224.

decisões oficiais, submetidas aos limites da lei. Assim, a racionalização significa mais do que mera legitimação⁶⁰⁶.

Do ponto de vista formal, poderia se sustentar que o Supremo Tribunal Federal possuiria legitimidade democrática em razão do procedimento de escolha de seus membros. Trata-se de um procedimento complexo em que participam o Presidente da República e o Senado Federal, culminando nomeação de um cidadão com notável saber jurídico e reputação ilibada. Porém, essa não se mostra suficiente, pois se trata apenas de uma legitimação democrática indireta.

Da mesma forma, as expressas previsões do Supremo Tribunal Federal e de suas missões na Constituição Federal tratam-se de fatores formais de legitimação democrática indireta, já que decorrem da obra do Poder Constituinte Originário. Por esse motivo, as críticas ao autor, criador ou construtor, poderiam ser transportadas para a sua obra, para o seu resultado ou para a sua construção.

Um aspecto da legitimidade formal democrática do Supremo Tribunal Federal é a legitimidade procedimental das suas decisões, ou seja, a forma pela qual o Tribunal decide os casos submetidos à sua jurisdição constitucional. A decisão final é proferida por meio de um método racional e justificado por argumentos e fundamentos racionais inteligíveis que encontram conformidade com os valores acolhidos pelas normas Constitucionais.

As fundamentações ou justificativas para a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, quando extraídas exclusivamente do texto constitucional, não deixam de ser argumentos formais e procedimentais. Assim, teóricos sustentam ser necessário avançar para fundamentações substanciais da legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional.

Por isso, em oposição à fundamentação procedimental, os substancialistas sustentam que o debate não pode ser simplificado em termos estritamente formais, na medida em que, como descrito acima, a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional por tribunais constitucionais, ou do órgão constitucionalmente incubido desta missão, é um julgamento da própria Constituição, na medida em que é concretizada via interpretação constitucional pelo Tribunal Constitucional, ou pelo órgão constitucionalmente competente, como o Supremo Tribunal Federal.

De forma abrangente, a legitimidade substancial do exercício jurisdição constitucional conduz a uma democracia substancial (democracia como direito⁶⁰⁷ ou como justiça), em que há

606HABERMAS, Jürgen. Three normative models of democracy, **Constellations**, n. 1, v. I, pp. 1-10, 1994, p. 9.
607MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 10.

uma preocupação quanto ao conteúdo substancial do resultado produzido pelo processo de decisão. Focam-se os conteúdos prescritivos das normas fundamentais, ou das decisões judiciais, em contraposição à fonte da autoridade que as prescreveram. Preocupa-se com o que foi objeto de prescrição normativa em detrimento da forma como foram prescritas. Trata-se de um constitucionalismo de resultados e de uma legitimidade como substância⁶⁰⁸, que coloca o indivíduo no centro do sistema⁶⁰⁹.

A legitimidade substantiva da jurisdição constitucional se baseia no fato de que as prescrições substanciais fundamentais previstas na Constituição podem ser desafiadas por leis posteriores e, dentre outras funções, a jurisdição constitucional deve proteger e preservar àqueles preceitos constitucionais fundamentais ameaçados, ou mesmo violados, pelas maiorias circunstâncias.

A legitimidade democrática em termos substanciais do exercício da jurisdição constitucional possui um primeiro fundamento no acesso do cidadão ao Tribunal Constitucional, ou ao órgão constitucionalmente competente. Quanto mais amplo for o acesso à jurisdição constitucional ao cidadão, titular do poder constituinte, maior será a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional pelos juízes constitucionais. Assim, quanto mais perto do cidadão estiver o juiz constitucional maior será o grau de sua legitimidade⁶¹⁰. Na concepção de democrática-substancial, a participação é entendida como a possibilidade genuína do cidadão de fazer diferença, de ter voz, de influir, nas decisões, considerando que o cidadão é membro igual na sociedade⁶¹¹.

Por sua vez, forte indicativo de que a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal não se esgota no formalismo procedimental é função de defesa da Constituição que esse tribunal desempenha e do seu papel contramajoritário, isto é, de proteção aos direitos das minorias contra a maioria estabelecida.

Quando as Constituições declaram limites ao poder da maioria, isso significa que as decisões não devem refletir a vontade da maioria necessariamente. A função de proteção da

608MICHELMAN, Frank. **Democracy and positive liberty**. 2017, p. 5-6. Disponível em <<http://bostonreview.net/archives/BR21.5/michelman.html>> Acesso em: 08 nov. 2017.

609DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 172.

610BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, n. 51, v. 18, São Paulo, mai./agos. pp. 127-150, 2004, p. 132.

611DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, n. 2, v. 28, pp. 324-346, 1990, p. 338.

Constituição pressupõe a responsabilidade e o dever de desafiar a vontade popular majoritária quando as garantias da Constituição estão em jogo⁶¹².

Mas essa responsabilidade é mais presente quando os juízes são convidados a analisar e exercer o controle de constitucionalidade da legislação promulgada pelo Legislativo. Os juízes então reivindicam um direito e um dever de impedir o que os representantes da maioria considerem algo constitucionalmente apropriado e no interesse da comunidade como um todo⁶¹³, em nome da proteção dos valores constitucionais, da proteção da Constituição, ou ainda, dos direitos das minorias.

As funções contramajoritária e de defesa das minorias da jurisdição constitucional não passam a salvos de críticas, entretanto, inclusive por substancialistas, na medida em que, ao agir dessa forma, a Corte Constitucional atua contra os próprios critérios tradicionais da democracia e da soberania popular, que distingue a democracia de outros sistemas políticos, considerando que o princípio da maioria sobrevive por necessidade lógica⁶¹⁴.

Deste ponto de vista, seria um erro supor que a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional pode ser mensurada por meio de conceitos extraídos das teorias da democracia ou morais. Isso porque a jurisdição constitucional pode encontrar resistência na presença de maiorias formadas por legisladores determinados e persistentes em implementar uma política pública de grande porte⁶¹⁵, o que pode gerar questionamentos acerca da sua própria legitimidade⁶¹⁶. Por essa razão, dentre outras funções, destaca-se o papel da Corte Constitucional de garantir os padrões comportamentais básicos (direitos fundamentais, deveres, liberdades e restrições) necessários para a operação da democracia⁶¹⁷.

Apesar de o profundo debate entre as correntes substancialistas e procedimentalistas a respeito da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional, o simples transplante das conclusões de ambas as teorias para a realidade da Constituição Federal de 1988 não é imune à crítica. Isso em razão de que as teorias partem de concepções distintas de democracia, que

612DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, n. 2, v. 28, pp. 324-346, 1990, p. 325.

613DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, n. 2, v. 28, pp. 324-346, 1990, p. 325.

614DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, pp. 25-43, 2009, p. 30.

615DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, pp. 25-43, 2009, p. 32-33.

616DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, pp. 25-43, 2009, p. 40.

617DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, pp. 25-43, 2009, p. 42.

refletem no próprio entendimento sobre o que é a Constituição e em última a análise, no papel e no fundamento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional⁶¹⁸.

Uma visão puramente procedimental levaria o Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente, a ignorar os valores contidos na própria Constituição, sendo certo que o texto constitucional em vigor é amplamente substantivo e consagrador de valores materiais⁶¹⁹. Transformaria os direitos fundamentais postos na Constituição como meros procedimentos. No entanto, a Constituição de 1988 consagra extenso rol de direitos fundamentais, que não necessitam ser intermediados por lei, como é o caso da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, que incidem diretamente nas relações sociais.

A Constituição também contempla diversas políticas públicas que exigem implementações em casos de configurações de omissões inconstitucionais, circunstância que legitima a determinação judicial de implementação da política pública constitucionalmente prevista, deixando a procedimentalização da sua concretização a cargo da autoridade incumbida de implementá-la.

Mesmo as prescrições mais processuais, ou procedimentais, estabelecidas pelo texto constitucional não podem ser adequadamente interpretadas e aplicadas sem uma valoração substantiva, com base nos direitos fundamentais do cidadão⁶²⁰. Sempre é necessário apreciar os valores materiais fundamentais na elaboração de qualquer forma processual, uma vez que é inegável a influência do direito material no processo, sob pena deste ser considerado um fim em si mesmo, isto é, uma mera técnica. Ao receber a influência de valores substanciais, o próprio processo se torna intrinsecamente substantivo e da mesma forma, a Constituição⁶²¹.

É oportuno registrar o que há de comum entre as visões substancialistas e procedimentalistas da legitimação do exercício da jurisdição constitucional: a preocupação com a participação do cidadão na construção da decisão no âmbito da jurisdição constitucional. Portanto, é o enfoque na participação que aproxima ambas as teorias e traça um denominador comum, apesar das profundas diferenças quanto ao sentido, alcance e o resultado dessa participação do cidadão na tomada de decisão.

618ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991, v. 1, p. 7-16.

619SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 226.

620TRIBE, Laurence H. The puzzling persistence of process-based constitutional theories. **The Yale Law Journal**, n. 6, v. 89, pp. 1063-1080, 1980, p. 1067.

621TRIBE, Laurence H. The puzzling persistence of process-based constitutional theories. **The Yale Law Journal**, n. 6, v. 89, pp. 1063-1080, 1980, p. 1070-1071.

2.2.7 Sociedade civil impactada, representação democrática e jurisdição constitucional

A contraposição entre maioria e minoria, produto da técnica de decisão da maioria, é representativa de uma concepção adversarial própria da política. A transposição para a teoria e para a prática do direito constitucional criou as bases para o modelo do legalismo adversarial (*adversarial legalism*) do sistema constitucional dos Estados Unidos da América. Entretanto, o modelo do legalismo adversarial não é compatível com a sociedade complexa atual.

A sociedade complexa caracteriza-se pelo entrelaçamento ou emaranhado normativo. A qualidade entrelaçada do tecido sistêmico normativo em rede produz dinâmicas de mútuas irradiações entre normas. O fenômeno do emaranhado normativo altera a natureza da adjudicação judicial da jurisdição constitucional. A adjudicação judicial via controle de constitucionalidade das leis deixa de ser tão somente um modelo binário e adversarial. Em razão dessa dinâmica normativa irradiante, a adjudicação judicial no âmbito da jurisdição constitucional passa a se configurar como adjudicação de crises policêntricas, na exata noção elaborada por Lon L. Fuller e negada como vocação do sistema americano da revisão judicial⁶²².

A transformação da natureza da adjudicação judicial da jurisdição constitucional, ou a ampliação do seu escopo para alcançar as crises policêntricas, permite que seja abandonada a dicotomia maioria-minoria na teoria do controle de constitucionalidade das leis por parte dos órgãos judiciais competentes para o exercício da jurisdição constitucional. É possível substituir a dicotomia maioria-minoria pela noção de sociedade civil impactada, de acordo com o princípio “todos os afetados” (*all-affected principle*)⁶²³ ou o princípio da inclusão ou inclusividade dinâmica (*principle of dynamic inclusiveness*)⁶²⁴.

A expressão minoria é decorrente da noção adversarial da técnica de decisão da maioria. Independentemente da noção adotada acerca do que se entende por minorias, como subproduto da técnica de decisão da maioria, uma deliberação legislativa, ou mesmo judicial, pode afetar de formas mútua e reflexiva outros atores sociais além das minorias resultantes da técnica de decisão da maioria.

622Karina Denari ensina que a constitucionalização dos direitos econômicos, sociais e culturais aperfeiçoou a lógica e a estrutura das decisões das cortes constitucionais, especialmente na América Latina no pós-1980 e em países do chamado “Sul-Global”, na medida em que transformou a lógica da resolução de litígios, até então binária e bilateral própria dos litígios envolvendo direitos civis (MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Compliance judicial**: por que e como aferir a efetividade de decisões estruturais. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 32).

623GOODIN, Robert E. Enfranchising all affected interests, and its alternatives. **Philosophy & public affairs**, v. 35, n. 1, p. 40-68, 2007.

624LANDEMORE, Hélène. **Open democracy**: reinventing popular rule for the twenty-first century. Princeton University Press, 2020, p. 214.

A compreensão de sociedade civil impactada⁶²⁵ alcança todos aqueles que podem ser objetos, ainda que potencialmente e de forma reflexa, dos efeitos dinâmicos normativos irradiantes das deliberações legislativas e judiciais, enquanto centros catalizadores e distribuidores de novas crises constitucionais. Nesta perspectiva, a jurisdição constitucional se torna cada vez mais jurisdição constitucional estrutural⁶²⁶.

Acolher a noção de sociedade civil impactada em detrimento da contraposição maioria-minoria implica em repensar a relação entre a representação democrática e a jurisdição constitucional. Fortes críticas ao controle de constitucionalidade das leis pelos juízes estão justamente fundamentadas na falta de representatividade democrática dos juízes encarregados do exercício dessa função.

A representação democrática é tema objeto de apreciação da teoria política. Segundo Nadia Urbinat⁶²⁷, existem três concepções de representação: i) a jurídica; ii) a institucional; e iii) a política. Em que pese as três noções de representação da teoria política designem regimes democráticos, apenas a representação política é compatível com a sociedade complexa e pluralista atual.

As teorias jurídica e institucional são interconectadas porque baseadas na artificialidade do corpo político, na noção voluntarista da soberania e na formalidade do vínculo representativo. A representação jurídica é entendida como um contrato privado de comissão que autoriza o comissionado a agir em nome de outrem, que é o legítimo detentor do direito de ação.

As teorias jurídica e institucional são regidas pelas lógicas individualista e não-política, pois coloca a frente da escolha dos eleitores as pessoas dos candidatos e seus atributos pessoais, em vez de seus ideais políticas e projetos. Coube a Thomas Hobbes evoluir a noção jurídica da

625O conceito de sociedade civil impactada é um conceito normativo, uma vez que carrega em si uma pretensão de validade ou uma expectativa de correção.

626Vitorelli entende que a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 709 é o primeiro processo estrutural analisado pelo Supremo Tribunal Federal. Para uma análise contextual: VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 484 e ss. Neste caso, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, Partido Socialista Brasileiro, Partido Socialismo e Liberdade, Partido Comunista do Brasil, Rede de Sustentabilidade, Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista, requerentes da ADPF 709, e, ainda, Associação Brasileira de Antropologia, Comissão Guarani Yvyrupá, Conectas Direitos Humanos, Conselho Indígena Tapajós Arapiuns, Conselho Indigenista Missionário, Defensoria Pública da União, Instituto Socioambiental, Movimento Nacional de Direitos Humanos, Terra de Direitos, União dos Povos Indígenas do Javari), na qualidade de *amici curiae*, requereram, conjuntamente, o deferimento de tutela jurisdicional ao Supremo Tribunal Federal, em razão da escalada de conflitos violentos e de violações de direitos, envolvendo as terras indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Mundurucu e Trinchira Bacajá.

627URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? **Lua Nova**, n. 67, pp. 191-228, 2006, p. 196 e ss.

representação para a concepção institucional na forma de “uma tecnologia de formatação de instituições”, a qual foi responsável por influenciar a teoria do governo representativo de Sieyè, a ideia de representação do Estado total de Carl Schmitt e para a concepção funcionalista do ser.

A teoria da representação política é um processo político estruturado de formas circular, dinâmica e criativo entre instituições e sociedade, cuja orientação democrática da representação política significa, segundo Hannah Pitkin, “[...] agir no interesse dos representados, de uma maneira responsiva a eles”⁶²⁸.

A teoria do direito constitucional recepcionou a orientação democrática de representação política para redimensionar o exercício da jurisdição constitucional a partir da crítica relativa à falta de representatividade democrática dos juízes para o controle de constitucionalidade das leis. Repensar a relação entre representação democrática e jurisdição constitucional é acolher o significado de sociedade civil impactada em detrimento da dicotomia maioria-minoria. Trata-se de ir além da técnica de decisão da maioria para acolher novas técnicas democráticas de deliberação.

Duas são as principais teorias da representação democrática elaboradas pela teoria constitucional para o controle de constitucionalidade das leis por juízes: a representação argumentativa⁶²⁹, ou deliberativa⁶³⁰, e a representação meritocrática⁶³¹. Apesar de serem abordagens teóricas autônomas, há autores⁶³² que empregam ambas as abordagens em conjunto como forma de explicar a representação democrática do controle de constitucionalidade.

Robert Alexy⁶³³ desenvolveu a noção de representação argumentativa com a finalidade de superar a compreensão da democracia pautada no modelo puramente decisório das eleições e regra da maioria. A democracia não é apenas técnica de decisão da maioria, mas um conceito argumentativo. Na medida que a democracia introduz em seu conceito a argumentação além da

628PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 209.

629ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n 4, pp. 572-581, 2005.

630MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 68.

631PETTIT, Philip N. Meritocratic representation. In: BELL, Daniel A.; LI, Chenyang (ed.). **The East Asian Challenge for Democracy: political meritocracy in comparative perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 138-157.

632Ver: ROA, Jorge Ernesto Roa. **Control de constitucionalidad deliberativo: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

633ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n 4, pp. 572-581, 2005, p. 579-581.

técnica de decisão, ela se transforma em democracia deliberativa. Segundo Robert Alexy, a democracia deliberativa “[...] é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como meio de tomada de decisão pública”⁶³⁴.

A representação argumentativa aplicada aos Tribunais Constitucionais, ou ao órgão constitucionalmente competente, significa que, enquanto a representação do povo pelo parlamento é volitiva, ou decisória, e argumentativa, ou discursiva, a representação do povo pelo Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente, é tão somente argumentativa. Essa conecta as dimensões normativa, factual e ideal.

Para a concretização da representação argumentativa dos juízes constitucionais não basta a afirmação de que o argumento advém do povo. Os argumentos devem ser aceitos por um número suficiente de pessoas racionais ao longo prazo por razões de correção. Dessa forma, Robert Alexy expõe duas condições fundamentais da verdadeira representação argumentativa no contexto do constitucionalismo discursivo: a existência de argumentos sólidos ou corretos; a existência de pessoas racionais. A apresentação de argumentos corretos pelos órgãos da jurisdição constitucional e a existência de pessoas racionais, de acordo com um número apropriado de membros no âmbito da comunidade partícipe do empreendimento discursivo institucionalizado, permitem concluir que o controle de constitucionalidade das leis por juízes é adequado como forma de representação argumentativa e de institucionalização da razão e da pretensão de correção. A tese da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, é recepcionada por Luís Roberto Barroso⁶³⁵.

A tese do controle de constitucionalidade das leis como contestação socrática (*socratic contestation*) de Mattias Kumm⁶³⁶ é uma crítica à representação argumentativa de Robert Alexy e pode ser considerada uma tentativa de complementar à tese de Alexy elementos para a construção da representação democrática e argumentativa dos tribunais constitucionais, uma vez que a contestação socrática é pautada em razões públicas expressas argumentativamente e está conectada à adjudicação baseada no princípio da proporcionalidade⁶³⁷. A principal crítica de Kumm consiste na cisão elaborada por Alexy entre a representação argumentativa e da

634ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005, p. 579.

635BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, pp. 24-50, 2015.

636KUMM, Mattias. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 2, pp. 153-183, 2007.

637KUMM, Mattias. The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 2, pp. 142-175, 2010, p. 143.

representação volitiva, ou decisória. Para Kumm, não pode existir representação argumentativa dos tribunais constitucionais sem estar interligada representação volitiva⁶³⁸.

Para Mattias Kumm, o objetivo da revisão judicial é institucionalizar legalmente uma prática de contestação socrática (*socratic contestation*). A contestação socrática significa a prática de engajar criticamente as autoridades, a fim de avaliar se as alegações que fazem são baseadas em boas razões. A base filosófica dessa prática é inspirada nos primeiros diálogos platônicos⁶³⁹.

O controle de constitucionalidade das leis por juízes com base na proporcionalidade institucionaliza um direito à justificação, o qual fundamenta a autoridade legal legítima. A legitimidade da autoridade baseada na lei é decorrência da comprovada justificativa da lei com respeito àqueles afetados por ela em aceitá-la como pessoas livres e iguais. Por essa razão, as eleições democráticas para as instituições políticas do Estado baseadas na igualdade do direito do voto e a contestação socrática institucionalizada sobre direitos por meio do controle de constitucionalidade das leis por juízes “[...] são compromissos institucionais básicos complementares do constitucionalismo democrático liberal”⁶⁴⁰.

Mattias Kumm explica o método de deliberação da contestação socrática. A primeira fase consiste em um compromisso fundamentado em razões públicas. Nessa fase, as autoridades públicas qualificam-se como interlocutores socráticos e devem expor suas razões em defesa da alegação baseada em razões de que um demandante teve seus direitos violados. Em seguida, o Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente, está autorizado em fazer perguntas as partes para viabilizar o teste de proporcionalidade e avaliar a coerência das respostas que as partes lhe dão. Ao final, cabe ao Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente, deliberar e decidir de formas independente e pública, em um ambiente imunizado das pressões do processo político ordinário, sobre qual razão deve receber a proteção judicial⁶⁴¹.

638KUMM, Mattias. Alexy's theory of constitutional rights and the problem of judicial review. In: KLATT, Matthias. **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 206. No Brasil, Jane Reis Pereira formula crítica à noção representação argumentativa cf. PEREIRA, Jane Reis. Representação Democrática do Judiciário: Reflexões Preliminares Sobre Os Riscos e Dilemas de uma Ideia em Ascensão. **Revista Juris Poiesis**, v. 17, pp. 343-359, 2014.

639KUMM, Mattias. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 2, pp. 153-183, 2007, p. 155.

640KUMM, Mattias. The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 2, pp. 142-175, 2010, p. 143.

641KUMM, Mattias. Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review. **New York University Public Law and Legal Theory Working Paper**, v. 3, pp. 1-38, 2009, p. 18.

A contestação socrática é o mecanismo pelo qual o Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente, apura se a solução do desacordo entre o poder público e o demandante sobre questões de direitos é de fato razoável. Não cabe aos juízes constitucionais a resolução de desacordos razoáveis sobre direitos. Para Mattias Kumm, não há que se falar em imposição “contramajoritária” de decisões por juízes não eleitos. A questão é a falta de justificativa racional da legitimidade de uma lei, quando esta impõe encargos aos indivíduos sem justificativa razoável.

A representação argumentativa desenvolvida por meio da contestação socrática, ou conversação socrática⁶⁴², estruturada pela ideia do controle de constitucionalidade das leis com base na proporcionalidade e em direitos, sob a proteção institucional de regras como a independência, a imparcialidade e a fundamentação, seria mecanismo suficiente para atribuir legitimidade à deliberação constitucional⁶⁴³.

Nota-se que a tese do controle de constitucionalidade das leis como contestação socrática e o seu vínculo com a representação argumentativa é construída ainda sob a lógica adversarial, ainda que contribua para a compreensão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Não se verifica a explicação para a questão inicial objeto de crítica por Mattias Kumm, isto é, de que forma a contestação socrática contribuía para formação do vínculo volitivo entre o representante argumentativo e o representado.

A representação meritocrática de Philip Pettiti busca fundamentar o vínculo entre o representante e representado nas democracias eleitorais. Para Philip Pettiti, a seleção meritocrática é consistente com ideia de representação, especialmente quando as nomeações meritocráticas ocorrem no âmbito da democracia eleitoral⁶⁴⁴.

Philip Pettiti parte da distinção entre representação responsiva e representação indicativa. Na primeira, o vínculo entre o representante e o representado se estabelece por razões de identidades de valores, procedimentais ou substantivos, fato que condiciona a expectativa de comportamento por parte do representado e de terceiros. Na segunda, o vínculo

642ROA, Jorge Ernesto Roa. **Control de constitucionalidad deliberativo: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 259.

643KUMM, Mattias. The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 2, pp. 142-175, 2010, p. 170.

644PETTIT, Philip N. Meritocratic representation. In: BELL, Daniel A.; LI, Chenyang (ed.). **The East Asian Challenge for Democracy: political meritocracy in comparative perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 139.

entre o representante e o representado é um indicativo dos valores, procedimentais ou substantivos do representado, porém, não necessariamente há perfeita identidade entre eles⁶⁴⁵.

Argumenta Philip Pettiti que, em qualquer democracia eleitoral, haverá cargos públicos em instituições estatais em que os eleitos pelo povo deverão indicar pessoas para compô-los. Essas nomeações podem ter bases meritocráticas. Nas hipóteses das nomeações de funcionários meritocráticos para a composição de órgão do governo, tais agentes públicos não terão *status* de representantes independentes e estarão submetidos à representatividade responsiva⁶⁴⁶.

Já as autoridades meritocráticas se caracterizam como centros autônomos de autoridade, com ou sem mandato, que as tornem mais ou menos independentes do governo para servir à comunidade. Philip Pettiti argumenta que a autonomia e a independência na função podem qualificar as autoridades meritocráticas como representantes do povo. Essas são as autoridades judiciárias no contexto de democracias eleitorais, como aquelas que compõem a Suprema Corte Americana, cujas credencias de mérito para a nomeação, segundo Philip Pettiti, as identificam como representantes indicativos do povo e podem estar submetidas à responsividade por meio de sanções morais e legais de acordo as previsões em cada sistema normativo⁶⁴⁷.

Segundo Philip Pettiti, a legitimidade da autoridade nomeada sobre as bases da representação meritocrática decorre dos méritos exigidos para a sua escolha e, por conseguinte, os representantes meritocráticos estão autorizados validamente por meio das normas legais e constitucionais a deliberar em nome do povo⁶⁴⁸.

No entanto, a legitimidade democrática da representação meritocrática é criticável e não se mostra fundamento idôneo para legitimar democraticamente o controle de constitucionalidade das leis por juízes. Dois questionamentos podem ser elaborados contra a legitimidade democrática da representação meritocrática aplicada à jurisdição constitucional: a primeira está relacionada com as características subjetivas que constituem o mérito para a nomeação; a segunda é a quebra da imparcialidade do juiz constitucional.

645PETTIT, Philip N. Meritocratic representation. In: BELL, Daniel A.; LI, Chenyang (ed.). **The East Asian Challenge for Democracy**: political meritocracy in comparative perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 140 e ss.

646PETTIT, Philip N. Meritocratic representation. In: BELL, Daniel A.; LI, Chenyang (ed.). **The East Asian Challenge for Democracy**: political meritocracy in comparative perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 146-147.

647PETTIT, Philip N. Meritocratic representation. In: BELL, Daniel A.; LI, Chenyang (ed.). **The East Asian Challenge for Democracy**: political meritocracy in comparative perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 147; 149; 152.

648ROA, Jorge Ernesto Roa. **Control de constitucionalidad deliberativo**: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 265.

A representação meritocrática depende de características subjetivas da pessoa a ser nomeada para o órgão jurisdicional competente para o exercício do controle de constitucionalidade das leis. Esses pressupostos subjetivos são conceitos jurídicos muitas vezes indeterminados e vagos, cujos preenchimentos dependem da discricionariedade das autoridades políticas que possuem o poder para a indicação. Faltam instrumentos de controle por parte do povo para diretamente controlar e rever nomeações nos casos dos pressupostos subjetivos abstratos do pretendente à função constitucional não se mostrarem presentes após a nomeação.

Por outro lado, a representação meritocrática é indicativa dos pressupostos objetivos do vínculo entre a autoridade nomeante e a autoridade nomeada. Ainda que seja meramente indicativo dos pressupostos objetivos, a aplicação da ideia de vinculação volitiva entre a autoridade nomeante e os juízes que compõem o Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente, como um indicativo dos juízes constitucionais agirem “no interesse de”, viola o pressuposto básico da legitimidade da atividade judicial que é a imparcialidade do juiz.

A representação meritocrática é empírica e legal assim como a legitimidade legal de Weber, na medida em que depende da aprovação, ou do reconhecimento, de fato, daqueles que estão foram eleitos e possuem o domínio do poder para realizar a escolha do pretendente à função constitucional. Ainda que fosse conjugada com a representação argumentativa, não seria suficiente para superar o seu vício de origem caracterizado nas críticas expostas. Como bem exemplificou Waluchow⁶⁴⁹, a legitimidade da representação não depende, em muitos casos, como na representação dos filhos pelos pais ou do advogado dativo, de um ato de escolha do representado.

Por conseguinte, a representação democrática dos juízes constitucionais para o exercício do controle de constitucionalidade das leis passa pela superação, ou ao menos pela mitigação, do modelo do legalismo adversarial da jurisdição constitucional, com o fim de possibilitar à sociedade civil impactada tecer em conjunto com as institucionais estatais e demais atores sociais, por meio de um empreendimento dialógico-deliberativo institucionalizado e representativo⁶⁵⁰, a deliberação judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

649WALUCHOW, Wil. **A common law theory of judicial review**: the living tree. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 80.

650O modelo de representação democrática para o controle de constitucionalidade das leis por juízes defendido nesta tese será estudado no tópico 4.1 da Quarta Parte desta pesquisa.

2.2.8 Última palavra? A separação dos poderes sob novos horizontes

A teoria constitucional atual desenvolve uma nova tipologia⁶⁵¹ dos sistemas constitucionais segundo a relação interinstitucional que se opera entre as institucionais estatais no exercício do controle de constitucionalidade das leis. A nova tipologia da jurisdição constitucional não está estruturada epistemologicamente no estudo do modelo de justiça constitucional adotado pelo desenho institucional específico do Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente, de um Estado.

A preocupação atual da teoria constitucional está em analisar e diferenciar a jurisdição constitucional de acordo com a existência, ou não, de um engajamento comunicativo entre os clássicos ramos dos poderes do Estado no contexto do controle de constitucionalidade das leis. A partir do estudo do desenho institucional do ponto de vista interinstitucional e com foco na possibilidade da realização do engajamento comunicativo, é possível classificar o controle de constitucionalidade como controle de constitucionalidade forte (*strong-form judicial review*) e controle de constitucionalidade fraco (*weak-form judicial review*).

A oposição entre o controle de constitucionalidade forte e o controle de constitucionalidade fraco é representativa de uma escala⁶⁵² de diferentes graus que pode auxiliar a medir de formas qualitativa e quantitativa os desenhos institucionais existentes e as diversas técnicas por eles adotadas, com o escopo de classificar os modelos de controle de constitucionalidade das leis vigentes de acordo com a predominância das suas características⁶⁵³.

Segundo Mark Tushnet⁶⁵⁴, o controle de constitucionalidade judicial forte atribui aos tribunais constitucionais a autoridade primária e suprema para determinar o significado da Constituição. A interpretação do tribunal constitucional é dotada de efeitos vinculantes e *erga omnes*, inclusive contra os demais Poderes do Estado. Na forma da revisão judicial forte, os tribunais constitucionais possuem a palavra final e definitiva sobre a interpretação da Constituição, ainda que haja interpretação constitucional razoável sobre o significado da

651ROA, Jorge Ernesto Roa. **Control de constitucionalidad deliberativo**: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 452-453.

652FALLON JR., Richard H. The core of an uneasy case for judicial review. **Harvard Law Review**, v. 121, n. 7, pp. 1693-1736, 2007, p. 1733.

653ROA, Jorge Ernesto Roa. **Control de constitucionalidad deliberativo**: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 454.

654TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, pp. 15-40, 2021, p. 20.

Constituição fora da corte⁶⁵⁵. Como exemplo de controle de constitucionalidade judicial forte, pode ser mencionado o modelo americano de controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro deriva do desenho institucional do tribunal previsto na Constituição, que lhe atribuiu a função de “guarda da Constituição”⁶⁵⁶, a qualidade de suprema autoridade para deliberar sobre a interpretação das normas constitucionais e, por conseguinte, a “[...] prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”⁶⁵⁷. Por essa razão, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro poderia ser classificado à primeira vista como forte.

O controle de constitucionalidade judicial fraco é aquele no qual as decisões judiciais sobre crises constitucionais são submetidas por meio de mecanismos institucionalizados à revisão legislativa no curto prazo⁶⁵⁸. Na forma da revisão judicial fraca, os legisladores possuem a palavra final e definitiva sobre a interpretação da Constituição. O Legislativo está autorizado de forma normativa a responder às decisões judiciais dos juízes constitucionais quando concluírem que a interpretação da lei é compatível com as normas constitucionais razoavelmente compreendida⁶⁵⁹, não obstante a decisão do tribunal sobre inconstitucionalidade da lei. Por exemplo, o modelo canadense de controle de constitucionalidade é classificado como constitucionalidade judicial fraco⁶⁶⁰.

As respostas institucionalizadas do Legislativo contra as decisões da jurisdição constitucional fraca, nos casos de desacordos razoáveis sobre a interpretação das normas com *status* constitucional, são elaboradas por meio de leis e não necessariamente pela via das emendas constitucionais. A lei é autorizada a substituir as interpretações dos juízes constitucionais em curto prazo de tempo.

A autoridade da lei para substituir decisões da jurisdição constitucional fraca está prevista nos desenhos institucionais da Nova Zelândia e do Reino Unido, que, em conjunto com o Canadá, formam o modelo de constitucionalismo da *Commonwealth*. O modelo *Commonwealth* é caracterizado por atribuir a palavra final sobre direitos previstos em leis

655TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and "core" civil liberties. **Harv. CR-CLL Rev.**, v. 41, pp. 1-22, 2006, p. 1.

656O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca do guardião da Constituição foi estudado no tópico 2.2.5, da Segunda Parte desta pesquisa.

657BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3345/DF**, de 25 de agosto de 2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>. Acesso em: 07 mai. 2023.

658TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and "core" civil liberties. **Harv. CR-CLL Rev.**, v. 41, pp. 1-22, 2006, p. 2.

659TUSHNET, Mark. The rise of weak-form judicial review. In: GINSBURG, Tom (ed.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 323.

660TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 24.

específicas aos legisladores, ao mesmo tempo em que transforma a função de revisão legislativa em uma faculdade, submetida à discricionariedade política do Parlamento⁶⁶¹.

O modelo de constitucionalismo da *Commonwealth*⁶⁶² compreende: a existência de uma Carta de Direitos com *status* legal e escrita, geralmente na forma de codificação; um sistema obrigatório preventivo e de natureza política de controle de constitucionalidade; alguma forma de revisão constitucional da legislação pelos tribunais para a proteção de direitos, que pode variar desde o poder de interpretação conforme ao poder de invalidar as leis contrárias à Constituição, porém submetido a revisão ordinária legislativa; é um poder legislativo formal quem tem a palavra final sobre o que é a lei da terra sob o regime da técnica da maioria ordinária de votos, ainda que aplicada sobre a própria Constituição; e abertura para o diálogo interinstitucional.

Para os fins desta pesquisa, escolhe-se analisar com mais profundidade e detalhes o modelo fraco de controle de constitucionalidade da Nova Zelândia, uma vez que, no espectro da escala de mensuração da nova tipologia do controle de constitucionalidade descrita neste tópico, o modelo zeozelandês é o considerado mais fraco em comparação com os modelos do Reino Unido e do Canadá⁶⁶³.

No modelo fraco de controle de constitucionalidade da Nova Zelândia, a Declaração de Direitos da Nova Zelândia de 1990 (*New Zealand Bill of Rights Act 1990*⁶⁶⁴) é o parâmetro de controle de constitucionalidade. A Declaração de Direitos da Nova Zelândia não possui o *status* hierárquico da Constituição do constitucionalismo moderno, mas sim, de lei ordinária (*statute*). A natureza jurídica de lei ordinária da Declaração de Direitos da Nova Zelândia permite a sua alteração ou revogação por meio do mesmo procedimento de aprovação das leis ordinárias. Conforme a análise das seções 4 e 6 da Declaração de Direitos da Nova Zelândia, os juízes constitucionais não possuem a competência de invalidar, declarar ineficaz ou mesmo deixar de aplicar a lei incompatível com a Declaração de Direitos da Nova Zelândia.

661GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism**: theory and practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 27.

662GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism**: theory and practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 30-31.

663O modelo canadense foi estudado no tópico 2.2.4 da Segunda Parte desta pesquisa. Para uma análise completa dos modelos de controle de constitucionalidade fraco existentes no chamado constitucionalismo commonwealth cf. GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism**: theory and practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; ROA, Jorge Ernesto Roa. **Control de constitucionalidad deliberativo**: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

664NEW ZEALAND. **New Zealand Bill of Rights Act 1990**. Promulgada em 28 de agosto de 1990. Disponível em: <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/versions.aspx>> Acesso em: 26 mar. 2022.

Os juízes possuem duas funções básicas no exercício do controle de constitucionalidade fraco da Nova Zelândia. A primeira é interpretar a lei conforme à Declaração de Direitos da Nova Zelândia, para o fim de escolher a interpretação que seja consistente com os direitos e liberdades contidos na Declaração de Direitos. A segunda é interpretar a lei para garantir a máxima efetividade e a máxima extensão dos direitos e liberdades previstos na Declaração de Direitos, de modo que estes sejam apenas sujeitos a limites razoáveis prescritos por leis comprovadamente justificadas em uma sociedade livre e democrática.

Na hipótese de o Tribunal considerar que a incompatibilidade de lei com a Declaração de Direitos da Nova Zelândia é insuperável pela via da interpretação conforme, o engajamento comunicativo do Tribunal se opera pela emissão do mandato interpretativo, ou de uma indicação de inconsistência, ou pela declaração de que a lei é contrária a Declaração de Direitos da Nova Zelândia, sem que esta declaração tenha qualquer efeito jurídico imediato.

A resposta institucionalizada do Parlamento no desenho institucional da Nova Zelândia contra as decisões da jurisdição constitucional, que contrariem a interpretação que razoavelmente se pudesse esperar do Tribunal na análise da compatibilidade da lei com a Declaração de Direitos da Nova Zelândia, é a edição de uma nova lei interpretativa que substitua a decisão judicial e concretiza a vontade do Parlamento com relação à interpretação da lei.

O estudo do modelo de constitucionalismo da *Commonwealth*, como o caso da Nova Zelândia, é importante para a análise comparada dos desenhos institucionais. No entanto, a defesa do simples transplante do modelo do controle de constitucionalidade fraco para o constitucionalismo brasileiro esbarra em paradigmas normativos constitucionais que não podem ser ignorados, como o fato de o parâmetro de controle de constitucionalidade no sistema brasileiro ser a Constituição, ou eventualmente um tratado internacional aprovado com o quórum próprio das emendas constitucionais, e não uma norma com *status* de lei ordinária ou de lei especial, como nos casos da Nova Zelândia e do Canadá respectivamente.

Com maior razão, a defesa do transplante do modelo de controle de constitucionalidade fraco⁶⁶⁵ da *Commonwealth* para o sistema constitucional brasileiro deve respeitar a dogmática

665Marinoni critica a expressão controle de constitucionalidade fraco, e defende um “modelo consensual” e dialógico no Brasil, fundamentado no minimalismo, na ideia de *secund look* e nas virtudes passivas da corte para não decidir, oportunizando o diálogo interinstitucional, como forma de resolução dos desacordos morais razoáveis na sociedade ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Apesar da crítica, Marinoni sustenta a possibilidade da lei ser forma de reação à decisão proferida pela corte no exercício do controle de constitucionalidade das leis, a partir de fatos, provas e argumentos que justifiquem a adoção de interpretação constitucional diversa do tribunal cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 342; 352. A premissa que fundamenta o modelo defendido por Marinoni é a de que a corte não é um fórum democrático-deliberativo. Por essa razão, deixar de decidir oportuniza o diálogo como concretização da virtude passiva judicial e estimula a

e o modelo institucional da Constituição de 1988, sob pena de ser corrompida a força normativa da Constituição, e se abrir caminho para a crise do paradigma do constitucionalismo moderno referente à crise da positividade da lei e se negar a ideia de Constituição.

O modelo de controle de constitucionalidade fraco é um regime de legitimidade de legalidade formal, baseado na supremacia parlamentar, cuja natureza da decisão judicial proferida no exercício da jurisdição constitucional é declaratória quanto a uma situação de fato, isto é, quanto à incompatibilidade da lei ao parâmetro de controle. Trata-se de uma mera declaração para fins de constatação fática de que a lei possui vícios de origem, os quais não maculam a validade da lei enquanto norma jurídica.

A lei, ou ato normativo, objeto do controle de constitucionalidade, não sofre nenhum efeito normativo quando contraposta ao paradigma de controle de constitucionalidade pelo tribunal. Ademais, o paradigma de controle de constitucionalidade não é a Constituição, mas uma lei que pode, ou não, ter *status* especial no sistema jurídico em que vigora. A partir destas constatações, é possível criticar a classificação do controle de constitucionalidade fraco da *Commonwealth* como uma espécie de mecanismo de controle de constitucionalidade, a não ser que haja o reconhecimento de que o paradigma de controle faz parte do bloco de constitucionalidade de certo sistema jurídico.

A predominância do monopólio da última palavra sobre a interpretação da Constituição atribuiria ao modelo de controle de constitucionalidade judicial brasileiro a qualidade de modelo forte. No entanto, o artigo 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/1999⁶⁶⁶ não se aplica ao Legislador e, por conseguinte, as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no âmbito da jurisdição constitucional não vinculam o Congresso Nacional. Ainda que a prática constitucional do Supremo Tribunal Federal conviva com a incoerente orientação da palavra final e definitiva das suas decisões sobre a interpretação da Constituição em detrimento do legislador, o fato referente à relativa facilidade de reforma da Constituição por meio das emendas constitucionais no Brasil, por força do presidencialismo de coalisão em voga na prática política brasileira, possibilita o modelo brasileiro ser classificado como intermediário.

deliberação popular e parlamentar cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 195. De forma diversa, a presente tese sustenta que as cortes são instituições da democracia deliberativa. Por conseguinte, decidir oportuniza o início do diálogo interinstitucional como materialização da virtude ativa da corte, que, além de estimular a deliberação interinstitucional, acolhe o diálogo sob uma perspectiva intrainstitucional.

666BRASIL. **Lei n.º 9.868**, 10 de novembro de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 fev. 2022: “Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Classificar o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro como intermediário significa que sua posição no espectro da tipologia classificatória não se encontra nos extremos dos polos tipológicos entre os modelos forte e fraco. Como resultado da classificação proposta, é possível sustentar que o modelo intermediário brasileiro não acolhe a noção da última palavra judicial ou da última palavra legislativa.

Significa dizer que o modelo intermediário de controle de constitucionalidade brasileiro se qualifica como estruturante⁶⁶⁷ e dialógico, pois a defesa e a guarda da Constituição configuram-se como uma empreitada estrutural, cooperativa, compartilhada, colaborativa e dialógica entre os poderes estatais. O *status* constitucional da jurisdição constitucional permite compreender o Tribunal Constitucional ou o órgão constitucional competente para o exercício dessa função, não como mero legislador negativo, conforme a formulação de Kelsen⁶⁶⁸, nem mesmo como legislador positivo para a garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais⁶⁶⁹, e tão pouco como um Poder Moderador, sob pena de submeter os demais poderes à “supremocracia”⁶⁷⁰ judicial ou ao denominado ativismo judicial antidialógico⁶⁷¹ em que prenomina a palavra final do Supremo Tribunal Federal, na interpretação da Constituição.

Dentre outras funções, o Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucional competente, desempenha o papel de manutenção da estrutura fundamental da ordem constitucional, calibrando o sistema normativo com vista a empreender uma harmonização sistêmica, seja eliminando normas incompatíveis com a Constituição, seja colmatando omissões

667TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 7, pp. 167-181, 2009, p. 168.

668TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 46.

669GAMA, Mariana Faraco Lacerda; NÓBILE, Aline Carvalho. Além do “Legislador Negativo” ou “Positivo”: um caminho para a efetividade da Constituição. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (coords.). **Omissão Inconstitucional**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018, p. 187.

670VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008, p. 445: “[...] o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. A idéia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova. Como lembra Leda Boechat Rodrigues, o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington. A epígrafe deste texto, escrita por Rui Barbosa, em 1914, também advoga por uma centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindica Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo. Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político.”

671CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 319.

inconstitucionais⁶⁷². Além disso, do ponto de vista da abordagem dialógica-deliberativa, defendida nesta pesquisa, está compreendido, dentre os escopos da jurisdição constitucional, a função de promover o diálogo construtivo, coevolutivo, dinâmico e não linear da construção interinstitucional do precedente judicial⁶⁷³, inclusive, para além do Estado⁶⁷⁴.

Na medida em que se identifica o modelo brasileiro como intermediário, abrem-se novos horizontes na relação dinâmica entre os poderes estatais que possibilitam o desenvolvimento de técnicas democráticas baseadas nas abordagens dialógicas interinstitucional e intrainstitucional, as quais oxigenam a fundamentação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional na sociedade complexa atual e no contexto do constitucionalismo multidimensional.

2.2.9 A legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal na sociedade atual e a legitimidade pelo diálogo em deliberação: qual diálogo?⁶⁷⁵

Etimologicamente, o termo “diálogo” vem do latim *dialogus* e do grego clássico διάλογος (*diálogos*), apresentando-se como a forma típica e privilegiada pela qual o discurso filosófico se exprime, uma vez que “[...] não se trata de discurso feito pelo filósofo para si mesmo [...]”, “[...] mas de uma conversa, uma discussão, um perguntar e responder entre pessoas unidas pelo interesse comum da busca”⁶⁷⁶.

Em língua portuguesa, diálogo significa a fala alternada entre duas ou mais pessoas; conversação; troca ou discussão de ideias, opiniões etc.⁶⁷⁷. No entanto, existem diferentes conceitos de diálogo entre os estudiosos do tema. Na concepção de Robert Grudin⁶⁷⁸, a noção de diálogo não exige que dele surja algo novo ou que seja criada uma convergência entre os

672TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 7, pp. 167-181, 2009, p. 168.

673 Ver o tópico 4.4.2, da Quarta Parte desta pesquisa.

674Conforme explica Marcelo Figueiredo: “Parece natural que, em um mundo cada vez mais globalizado, em um quadro de pluralismo constitucional, não haja decisões de uma “instância final e única”, mas sim que controvérsias e soluções que venham a partir dos diversos ordenamentos (muitas vezes autônomos, mas não raro interdependentes) que compõem essa rede de normas e países, mais ou menos integrados.” FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 13.

675Recepciona-se no presente tópico a concepção de diálogo desenvolvida em trabalho anterior e revisada agora para os objetivos desta pesquisa cf. HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo O. **Transconstitucionalismo e justiça de transição: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. Sobre a abordagem dialógica ver HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flavia. As audiências públicas no sistema multinível de proteção dos direitos humanos. **Revista Justiça do Direito**, v. 35, n. 3, pp. 44-73, 2021.

676ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 274.

677FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio Século XXI Escolar: o minidicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001, p. 254.

678GRUDIN, Robert. **On dialogue: an essay in free thought**. Boston: Houghton Mifflin, 1996, p. 11.

que dialogam. Assim, diálogo é a troca recíproca de significados entre duas ou mais entidades, separadas pelo espaço físico e mental, por meio da linguagem.

A estrutura do diálogo reflete o meio, o modo e o estilo pelo qual se desenvolve a comunicação. Neste sentido, a estrutura do diálogo obedece a três condições: duas ou mais entidades capazes de se comunicar; um espaço físico e mental entre essas entidades, separando-as, distinguindo-as e uma troca recíproca de significados pelas entidades ao longo do espaço. Acrescentam-se dois requisitos: a reciprocidade e a “estranheza”. A reciprocidade reflete um “dar e receber” entre duas ou mais mentes, que é aberto, não controlado ou limitado por nenhum dos participantes. Por “estranheza”, entende-se o choque de novas informações, opiniões divergentes, de dados imprevisíveis, emoções e outros sobre aqueles a quem se expressa. A reciprocidade e a estranheza trazem o diálogo para além da mera conversação entre duas fontes monolíticas. Por meio daquelas, o diálogo se torna um processo evolutivo, no qual as partes são alteradas à medida que prosseguem⁶⁷⁹.

Essa estrutura também se verifica no exercício da jurisdição constitucional, na medida em que o diálogo é decorrência das relações estruturais fixadas pela Constituição e, portanto, um valor constitucional a ser assegurado pelos órgãos jurisdicionais. O diálogo se desenvolve entre juízes e tribunais em torno da interpretação e da aplicação da Constituição, em uma contínua troca de opiniões entre os órgãos jurisdicionais sobre o significado do texto constitucional⁶⁸⁰.

Esse fenômeno não corre apenas no âmbito interno do Estado. A interpretação constitucional vem se tornando cosmopolita por meio da jurisprudência dos Tribunais, assumindo caráter central na atualidade, numa espécie de globalização das práticas constitucionais⁶⁸¹. Esse fenômeno deriva, em grande parte, das comunicações entre os Tribunais, que se intensificam em todo o mundo, estabelecendo um rápido trânsito internacional de ideias sobre direitos⁶⁸².

A abordagem dialógica (*dialogic approach*) surgiu como um contraponto à noção de “autoridade final”⁶⁸³. As teorias do diálogo ganharam adesões de teóricos do direito

679GRUDIN, Robert. **On dialogue**: an essay in free thought. Boston: Houghton Mifflin, 1996, p. 11.

680FRIEDMAN, Lawrence M. The constitutional value of dialogue and the new judicial federalism. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 28, n. 1, pp. 93-144, 2000, p. 118; 125.

681CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation. **Indiana Law Journal**, v. 74, n. 3, pp. 819-892, 1999, p. 820.

682GLENDON, Mary Ann. **Rights talk**: the impoverishment of political discourse. Nova Yorke: The Free Press, 1993, p. 158.

683TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 3, n. 4, pp. 617-64, 2005, p. 617.

constitucional e dos direitos humanos em razão de constar a ideia da “última palavra” seja na interpretação constitucional, com a incorporação da compreensão de “última palavra provisória”⁶⁸⁴, seja na interpretação dos direitos humanos, quando, por exemplo, colidentes as decisões de cortes nacionais e de cortes regionais de proteção dos direitos humanos⁶⁸⁵.

No plano do direito internacional dos direitos humanos e do direito comparado, a abordagem dialógica deu ensejo ao desenvolvimento do “diálogo entre cortes”⁶⁸⁶, ao compartilhamento de *standards* comuns de proteção dos direitos humanos e à composição de um *ius constitutionale commune* latino-americano⁶⁸⁷, vetores nos esforços para a consolidação da democracia, para o aprofundamento do Estado de Direito e para a concretização do paradigma do constitucionalismo transformador em uma perspectiva multinível⁶⁸⁸.

No contexto do direito constitucional, as teorias do diálogo proporcionaram os surgimentos de diversas teorias que se dividem em dois grandes grupos teóricos identificados como teorias do método judicial (*theories of judicial method*) e teorias estruturais do diálogo (*structural theories of dialogue*). As teorias do método judicial são teorias prescritivas do diálogo constitucional que estimulam o uso autoconsciente de técnicas de decisão judicial que ensejem o engajamento dialógico acerca do significado constitucional tanto com departamentos estatais quanto dentro dos departamentos estatais. A partir de críticas às teorias do método judicial que não levariam em conta dinâmica positiva pré-existente do sistema constitucional, as teorias estruturais do diálogo reconhecem a necessidade de mecanismos ou de técnicas que possibilitem o diálogo entre os departamentos estatais e o significado constitucional decorre do exercício desses mecanismos ou técnicas entre os atores constitucionais⁶⁸⁹.

684MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 166.

685CHUEIRI, Vera Karam de; CASSOU, Beatriz Arantes. Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos: Quem tem a última palavra? In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords.) **Coleção direito internacional multifacetado: Convergências e divergências entre ordens jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

686HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo **O Transconstitucionalismo e justiça de transição: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

687PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale communelatino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, pp. 1356-1388, 2017, p. 1358.

688ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 1, pp. 59-90, 2020, p. 83.

689BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brook. L. Rev.**, v. 71, n. 3, pp. 1109-1180, 2006. A ideia de diálogo entre os Poderes surge como tese de Bickel acerca do processo de revisão judicial conduzido pela Suprema Corte americana. Para Bickel, quando a corte não pode mais adiar a decisão de um caso, de decisão refletirá possivelmente uma resposta que representa uma ampla aceitação a partir de um colóquio contínuo (*continuing colloquy*) com as instituições políticas e com a sociedade em geral (BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 240). Em 1988, Fischer retorna a abordagem dialógica e sustenta que a Suprema Corte

Essas teorias levantaram a questão da legitimidade democrática do exercício do poder estatal. A abordagem dialógica (*dialogic approach*) não se contenta com uma concepção de justiça procedimental⁶⁹⁰. Isso porque as questões controvertidas postas para decisão judicial devem ser decididas por meio do diálogo democrático, isto é, precisam ser decididas com base nos pressupostos inerentes à autoridade democrática⁶⁹¹. A interpretação constitucional e a autoridade para concretizá-la sob a perspectiva democrática devem ser consideradas em conjunto⁶⁹².

A legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal na sociedade atual deve estar submetida à legitimidade pelo diálogo em deliberação. Essa busca promove a participação pelo diálogo democrático. A participação pelo diálogo qualifica-se como inclusiva, educativa⁶⁹³ e transformativa⁶⁹⁴. Por meio dele, a autoridade transforma-se em autoridade persuasiva ou relacional⁶⁹⁵. A partir do diálogo-deliberativo, a participação qualifica-se como participação deliberativa⁶⁹⁶ e dialógica.

O modelo do legalismo adversarial (*adversarial legalism*) do controle de constitucionalidade das leis por juízes reproduz a concepção adversarial própria da política⁶⁹⁷.

não possui a “palavra final” acerca da interpretação constitucional. Esta é o resultado de uma convergência política de interpretações separadas. Por conseguinte, os princípios constitucionais emergem de um diálogo entre os três ramos do governo (executivo, legislativo e judiciário) e de contribuições dos estados e do público em geral (FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988).

690BOTTOMS, Anthony; TANKEBE, Justice. Beyond procedural justice: a dialogic approach to legitimacy in criminal justice. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 102, n. 1, pp. 119-170, 2012.

691GARGARELLA, Roberto. Interpretation and Democratic dialogue. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 60, n. 2, pp. 41-65, 2015, p. 63.

692GARGARELLA, Roberto. Interpretation and Democratic dialogue. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 60, n. 2, pp. 41-65, 2015, p. 60.

693FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, pp. 66-82, 2020, p. 72.

694GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42-43.

695GLENN, Patrick H. Persuasive authority. **McGill Law Journal**, v. 32, n. 2, pp. 261-298, 1987, p. 263. Hannah Arendt entende que a noção de autoridade é incompatível com a noção de persuasão, a qual pressuporia igualdade e operaria mediante um processo de argumentação cf. ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 129. Ocorre que no método de trabalho do processo, a autoridade judicial labora mediante processos argumentativos, sendo certo que não há hierarquia entre partes e juízes na relação processual, mas sim uma relação de cooperação e mútuo respeito.

696SAGER, Lawrence G. **Juez y democracia: una teoría dela práctica constitucional norteamericana**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 217.

697Essa é a compreensão de política de Chantal Mouffe: “[...] entendo por “o político” a dimensão de antagonismo que considero constitutiva das sociedades humanas, enquanto entendo por “política” o conjunto de práticas e instituições por meio das quais uma ordem é criada, organizando a coexistência humana no contexto conflituoso produzido pelo político” cf. MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Tradução Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 8. A perspectiva da política como conflito, a partir de uma abordagem realista do político, é defendida por Carl Schmitt, segundo o qual o conceito de Estado pressupõe um conceito de política e esta é entendida como uma relação conflituosa entre amigo-inimigo pela conquista do poder cf. SCHMITT, Carl.

Ao contrapor maioria e minoria no contexto da jurisdição constitucional, a jurisdição constitucional se torna uma arena de confronto entre dois ou mais sujeitos em torno interesses próprios e opostos. Nesse contexto, o exercício do controle de constitucionalidade das leis por juízes não pode se qualificar como democraticamente legítimo e representativo, uma vez que agir no interesse de quaisquer dos sujeitos para decidir a crise constitucional violaria a imparcialidade judicial.

O modelo dialógico é contraponto ao modelo do legalismo adversarial⁶⁹⁸. No entanto, o modelo dialógico do controle de constitucionalidade fraco da *Commonwealth* prima por atribuir a palavra final sobre direitos aos legisladores e submete a revisão legislativa à discricionariedade do legislador. Ao invés das virtudes judiciais passivas⁶⁹⁹, nascem as virtudes passivas dos legisladores.

Virtudes judiciais, ou legislativas, passivas não podem se transformar em *non liquet*. Prudência não pode configurar omissão em decidir. Decidir quando decidir não pode significar abstenção de decidir e perda do objeto da deliberação pelo decurso do tempo. No contexto jurisdicional, a abstração temporal da prudência não supera o fato de que, uma hora ou outra, o juiz será constrangido a decidir⁷⁰⁰. Os juízes devem persuadir, e, para isso, têm por funções coordenar, articular e cooperar com o diálogo ou se engajar no diálogo. Na jurisdição constitucional, prudência e virtudes passivas encontram lugar nos diálogos por coordenação, por articulação ou por cooperação, ou em deliberação.

O diálogo permite uma flexibilização procedimental e possibilita que inovações procedimentais surjam de baixo para cima (*bottom-up*), oxigenando a cláusula do devido processo legal, para fazer surgir um devido processo dialógico⁷⁰¹. As transformações estruturais

The concept of the political: expanded edition. Tradução George Schwab. University of Chicago Press, 2008, p. 27 e ss.

698Para uma crítica à abordagem dialógica e para uma a defesa da categoria política do “adversário” ou a política como uma relação de adversários (agonística) ver MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Tradução Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 19; 50; 52. Para a concepção agonística da democracia, a abordagem dialógica ignora a dimensão hegemônica da política. Como afirma Chantal Mouffe, “[...] alguns teóricos, como Hannah Arendt, encaram “o político” como um espaço de liberdade e de discussão pública” cf. MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Tradução Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 8. Sobre a natureza dialógica da política ver LAFER, Celso. Da dignidade da política: sobre Hannah Arendt. In: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 19.

699BICKEL, Alexander M. Foreword: The Passive Virtues. **Harvard Law Review**, v. 75, n. 1, pp. 40-79, 1961. Cass R. Sustein denomina de uso construtivo do silêncio (*constructive use of silence*) (SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 5).

700OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez. Academia. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, v. 4, n. 8, pp. 101-130, 2006, p. 194.

701PARKIN, Jason. Dialogic due process. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 167, n. 5, pp. 1115-1160, 2019.

na jurisdição constitucional passam a não ser dirigidas tão somente pelos órgãos jurisdicionais, mas por todos os sujeitos processuais em diálogo.

No âmbito da jurisdição constitucional estrutural, a abordagem do diálogo promove o processo como arena de debate público com a participação daqueles potencialmente afetados e das instituições envolvidas, ampliando o leque informacional no processo, em busca da solução adequada, mas, possível, por meio de mecanismos de alteridade e de trocas transformadoras de argumentos, com a diligente direção do juiz. Esse ativismo dialógico reforça a legitimidade democrática da jurisdição constitucional⁷⁰² e interliga a sociedade civil organizada em rede⁷⁰³, por exemplo ao transformar a corte em um multiplicador de conectividade e de possibilidades em rede⁷⁰⁴ ou ao permitir o surgimento do padrão de influência “bumerangue” (*the boomerang pattern of influence*⁷⁰⁵), ou o efeito “bumerangue”⁷⁰⁶.

Em nossa complexa sociedade atual, as instituições públicas precisam do constante intercâmbio e contínuo envolvimento para as superações de déficits informacionais, de déficits estruturais, de falhas nas prestações de serviços públicas e para concretizar de políticas públicas⁷⁰⁷.

Em uma sociedade complexa, global e em rede como a que compartilhamos hoje, as decisões da jurisdição constitucional não se traduzem como vetores principais para a construção concreta dos direitos constitucionais. Os grupos sociais, o exercício da cidadania e mesmo o cidadão agindo por conta própria, desempenham igual importância na definição dos direitos constitucionais. A participação cidadã possui grande poder na edificação da Constituição. Em última instância, eles são catalisadores da mudança constitucional, isto é, constituem-se como os motores das elaborações dos direitos constitucionais⁷⁰⁸.

Muitas mudanças constitucionais ocorrem fora dos tribunais e acabam sendo recepcionadas pela jurisdição constitucional e, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que a Constituição preveja mecanismos formais para a sua mudança, mutações

702RODRIGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, pp. 1-27, 2013, p. 19.

703PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdiccionales e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, pp. 142-15, 2014, p. 152.

704A identificação do tribunal como um multiplicador de conectividade e de possibilidades em rede será objeto de estudo no tópico 4.1, da Quarta Parte desta pesquisa.

705KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. **Activists beyond borders: advocacy networks in international politics**. New York: Cornell University Press, 1998, p. 12.

706O efeito “bumerangue” será objeto de estudo no tópico 4.5, da Quarta Parte desta pesquisa.

707REBELL, Michel A. Poverty, “meaningful” educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, pp. 1487-1544, 2007, p. 1539.

708COLE, David. **Engines of liberty: the power of citizen activists to make constitutional law**. New York: Basic Books, 2016, p. 6.

constitucionais podem ocorrer sem que haja uma emenda formal à Constituição. A Constituição possui direitos e garantias fundamentais postos como cláusulas abertas e que são sujeitas a interpretações. Essas interpretações se alteram à medida que surgem novas circunstâncias fáticas, que, por sua vez, originam-se fora dos organismos da jurisdição constitucional em razão de ações de grupos sociais organizados ou de cidadãos em particular.

A Constituição não é uma obra estática, mas um trabalho vivo em andamento. A Constituição vive⁷⁰⁹ em cada um de nós e no interior dos grupos sociais que criamos para salvaguardar os valores constitucionais e para avançar nas conquistas de direitos e garantias constitucionais. Juízes de Cortes Supremas são mais propensos a reconhecer mudanças constitucionais quando refletem a opinião pública. Isso demonstra que a Constituição se desenvolve por meio de uma variedade de caminhos legais e políticos que não são formalmente constitucionais⁷¹⁰.

A Constituição não reflete o passado ou as visões dos juízes constitucionais investidos em um particular momento histórico. A Constituição representa os valores de um povo em uma relação dinâmica com os valores contemporâneos da sociedade. Nesse sentido, são os cidadãos e os grupos sociais que alimentam e mantêm vivos os valores constitucionais.

As pessoas se sentem mais livres para escolherem quem são e para formarem relacionamentos em um plano de igualdade horizontal hoje em dia⁷¹¹. Nesse contexto, fortalecem-se as autodeterminações dos cidadãos e dos grupos sociais, com o consequente enfraquecimento da autoridade vertical. Esse enfraquecimento culmina na crise de legitimidade das autoridades na sociedade atual, que não deixou de ser percebida também na jurisdição constitucional e especialmente, no Supremo Tribunal Federal.

A legitimidade pelo diálogo em deliberação objetiva mitigar a crise de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal. Essa crise é identificada, no fenômeno denominado por Oscar Vilhena Vieira, de “supremocracia”, isto é, a “[...] expansão da autoridade do

709Kramer demonstra em sua obra que, historicamente, as primeiras gerações de americanos trataram a Constituição como parte da realidade vivida em sua existência diária, em um contexto em que a soberania popular era baseada em um povo concreto e não abstrato, cuja função central e fundamental era implementar a Constituição. A autoridade final da interpretação da Constituição estava no próprio povo, cujos julgamentos subordinavam as cortes e os representantes eleitos. (KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 8). Para uma crítica sobre a noção elitista de povo (*We The People*) na Constituição Americana: GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran—por fin—al diálogo ciudadano**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021.

710COLE, David. **Engines of liberty: the power of citizen activists to make constitutional law**. New York: Basic Books, 2016, p. 10-12.

711FRIEDMAN, Lawrence M. Some thoughts on the horizontal society. **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 4, pp. 229-240, 2004, p. 229.

Supremo em detrimento dos demais poderes”⁷¹², especialmente com relação ao Poder Legislativo.

Oscar Vilhena Vieira explica que o Supremo Tribunal Federal expandiu sua competência constitucional de órgão de proteção das normas da Constituição para órgão de criação de normas constitucionais, fato que culminou na modificação da natureza do exercício jurisdição constitucional pelo Tribunal de legislador negativo, próprio do modelo kelseniano, para poder reformador. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer “supremocracia”, ao criar de normas constitucionais sem estar submetido à reserva democrática de controle dos órgãos representativos em uma democracia. Como resultado, necessário se faz ampliar a base de legitimidade do Supremo Tribunal Federal, especialmente nos casos de decisões com impacto político⁷¹³.

A crise de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal é agravada quando este Tribunal profere decisão sem realizar efetiva deliberação⁷¹⁴. Ao decidir sem deliberar, a Suprema Corte brasileira não se comporta como instituição⁷¹⁵, não produz uma decisão colegiada e acaba por transformar seus membros em ilhas de decisões monocráticas⁷¹⁶, o que impossibilita o surgimento de uma “opinião do tribunal”⁷¹⁷. Ao assim proceder, o Supremo Tribunal Federal adquire uma legitimidade meramente procedimental ou formal⁷¹⁸.

Não basta a legitimidade procedimental, como respeito do devido processo constitucional no âmbito da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal. É necessário transformar a jurisdição em um verdadeiro “microcosmo democrático”⁷¹⁹. Para tanto, as participações dos cidadãos e dos grupos sociais, que compõe a sociedade civil impactada, na tomada de decisão se fazem imprescindíveis. Essa participação deve se

712VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008, p. 445.

713VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008, pp. 446; 453; 454.

714SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, pp. 557- 584, 2013.

715SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, pp. 197-227, 2009, p. 217.

716KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, 2013, pp. 89-104.

717MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEYRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulio (eds.). **Comparative constitutional reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 145.

718O debate sobre a legitimidade formal e a legitimidade substancial da jurisdição constitucional aplicado ao Supremo Tribunal Federal foi estudado no tópico 2.2.6, da Segunda Parte desta pesquisa.

719Cf. HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. O processo estrutural e o projeto de lei “Ada Pellegrini Grinover”: o processo como microcosmo democrático. **Revista de Processo**, v. 332, n. 2022, pp. 191-204, 2022.

caracterizar como possibilidade de influir, colaborar, cooperar e integrar a decisão dialógica-deliberativa a ser proferida no horizonte da jurisdição constitucional.

Nessa perspectiva, é oportuno mencionar dois modelos de revisão judicial reconhecidos: o modelo dialógico e o modelo de execução ou impositivo (*enforcement model*). O primeiro é centrado na tomada de decisão horizontal aberta ao diálogo. Já o modelo de execução é focado na tomada de decisão local, independente e definitiva, privilegiando a finalidade e a certeza sobre o diálogo, cujos órgãos jurisdicionais não se comportam como mediadores ou parceiros em um diálogo ativo, mas responsáveis locais pela autoridade da lei, como autoridades finais em seu âmbito espacial⁷²⁰.

No modelo de execução, os órgãos jurisdicionais atuam como emissores e executores porque declaram os direitos e emitem comandos, ordens e mandatos, que vigoram e podem ser executados, ou exigidos, em caso de descumprimento. No modelo dialógico, os juízes e tribunais desempenham as funções de formadores, de facilitadores e mediadores de diálogos dinâmico e interativo, que dependem das participações de todos os interessados⁷²¹.

Por essa razão, é fundamental a preocupação em possibilitar a participação da sociedade civil impactada, não tão somente para que esta possa apresentar seus argumentos e se contrapor ao quanto pretendido, ou mesmo, para que possa aceitar o quanto pleiteado, mas também para ser interlocutora integrante do processo decisório na esfera na jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Ao assim proceder, o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal alcança legitimidade dialógica, aproximando-se daqueles dos quais o poder emana.

A partir da legitimidade pelo diálogo em deliberação, a jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal promove a emancipação e o reconhecimento da cidadania constitucional⁷²². O diálogo intrainstitucional e a sua continuidade por meio do diálogo

720HARDING, Sarah K. Comparative reasoning and judicial review. **Yale Journal of International Law**, v. 28, n. 2, pp. 409-464, 2003, p. 424.

721FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, pp. 577-682, 1993, p. 668.

722A cidadania constitucional qualifica-se como um princípio constitucional estrutural que condiciona o gozo de direitos fundamentais. Além disso, a cidadania constitucional abrange o *status* político enquanto igualdade de possibilidades de participação e o *status* jurídico, mas também o *status* econômico e o *status* cultural, a partir da igualdade em suas dimensões conglobantes da igualdade material, da igualdade de capacidades, do reconhecimento das diferenças, da igualdade racial, ética e de gênero e do igual respeito e consideração cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: renovar, 2006, pp. 168-174; MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Philippe Oliveira de; CORBO, Wallace. **Manual de educação jurídica antirracista**: direito, justiça e transformação social. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 148-150; BOHMAN, James. Deliberative democracy and effective social freedom: capabilities, resources, and opportunities. In: BOHMAN, James; REHG, William (ed.). **Deliberative democracy**: essays on reason and

interinstitucional abrem um cenário deliberativo e democrático para a superação, ou ao menos para a mitigação, da crise do constitucionalismo moderno.

A legitimação pelo diálogo busca patrocinar aos envolvidos no exercício da jurisdição constitucional efetivas participações no ato decisório, promovendo um diálogo entre todos os partícipes, de forma que a decisão final seja o resultado desse debate participativo (decisão dialógica-deliberativa). Estabelece-se uma relação dinâmica e mutuamente reforçadora no contexto da jurisdição constitucional.

Como se abordou anteriormente, o diálogo é uma implicação necessária das relações estruturais fixadas pela Constituição, sendo um valor constitucional a ser assegurado pela jurisdição constitucional. O diálogo deve se desenvolver não apenas entre juízes e tribunais, como também deve envolver os atores sociais em torno da interpretação e aplicação da Constituição, em um colóquio contínuo entre os órgãos jurisdicionais e as entidades interlocutoras sobre a interpretação da Constituição.

Ao franquear uma efetiva participação pelo diálogo entre os mais diversos atores sociais, a jurisdição constitucional se qualifica como efetivo instrumento de promoção da cidadania constitucional, protegendo os múltiplos interesses e valores envolvidos em perspectiva policêntrica e de forma irradiante. Os entes deixam de ser apenas “partes” antagônicas em um litígio processual e passam a ser vistos como agentes que buscam mutuamente a pacificação de uma crise jurídico-constitucional. Nesse contexto, cria-se na jurisdição constitucional um “microcosmo democrático” por meio da participação e da deliberação.

A crise constitucional é posta perante a jurisdição constitucional e pautada no Supremo Tribunal Federal em busca de solução via diálogo cooperativo-colaborativo-integrativo não mais pela simples postura passiva dos atores como “partes em litígio”⁷²³, que relembram ao juiz o exclusivo dever de decidir o objeto do processo. Por meio do diálogo em comparticipação⁷²⁴, o Supremo Tribunal compartilha a sua autoridade constitucional para interpretar a Constituição não apenas com as demais instituições constitucionais, como também com os demais autores sociais, com a sociedade civil impactada, e todos que conformam a cidadania constitucional, de

politics. Massachusetts: The MIT Press, 1997; FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, v. 15, n. 14-15, pp. 231-239, 2006.

723 Ainda que o conceito de parte processual não seja o mais adequado no contexto do exercício da revisão judicial, não deixa de existir um certo antagonismo entre aqueles que questionam a constitucionalidade da norma e aqueles que a defendem no modelo atual.

724 NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 201.

modo a garantir a força normativa das normas constitucionais e não submeter a interpretação da Constituição ao domínio exclusivo de qualquer instituição⁷²⁵.

A legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal exige a efetiva participação pelo diálogo na deliberação em juízo. O diálogo-deliberativo aproxima os interesses envolvidos nos processos objetivos e subjetivos de constitucionalidades e possibilita aos atores sociais, aos atores institucionais e à sociedade impactada influir, cooperar, colaborar e integrar a decisão judicial, por meio de subsídios de informações, da persuasão, da busca em alcançar um entendimento compartilhado, de transformações de preferências e da recepção empírica, argumentativa e normativa na deliberação.

O procedimentalismo deve dar espaço a um ambiente de negociação e troca recíproca, pois, como visto, o diálogo é a troca recíproca de significados entre duas ou mais entidades, separadas pelo espaço físico e mental, por meio da linguagem⁷²⁶. Desse modo, a decisão judicial legitimar-se-á pelo diálogo na deliberação, pela participação, em um processo democrático.

Franqueia-se a legitimação democrática por meio do diálogo-deliberativo, transformando o exercício da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal em um processo dialógico-deliberativo. Isso porque as aberturas à participação, à influência, à cooperação, à colaboração e à integração nas deliberações pelos partícipes da jurisdição constitucional tornam processos objetivos e subjetivos de controle de constitucionalidade em espaços públicos deliberativos, nos quais os atores dialogam e deste diálogo, chegam à deliberação.

Os atores sociais, institucionais e a sociedade impactada são convidados a dialogarem e a participarem da construção da decisão. Antes, exclusivamente, impositiva, a jurisdição constitucional se abre ao diálogo e à decisão deliberativa das participantes. Dessa forma, a decisão judicial se legitima não exclusivamente pelo procedimento, mas também pelo diálogo recíproco, pela participação cidadã mediante influência, por meio da cooperação, da colaboração ou da integração, promovendo-se o exercício da cidadania constitucional.

A legitimação pelo procedimento é complementada pela legitimidade pela participação deliberativa e dialógica. Essa visão exige um compromisso entre os atores processuais e uma mudança de postura de todos os participantes de um processo em que se delibera acerca da

725LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Corte Suprema, agir estratégico e autoridade constitucional compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 71.

726GRUDIN, Robert. **On dialogue**: An essay in free thought. Boston: Houghton Mifflin, 1996, p. 11.

constitucionalidade de normas jurídicas, sob pena de não ser atingida a solução democrática pela via dialógica-deliberativa da crise constitucional.

A legitimidade dialógica franqueia uma maior promoção da cidadania constitucional, permitindo que os direitos fundamentais pretendidos sejam reconhecidos na ordem constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ambiente de diálogo-deliberativo, legitima democraticamente a decisão a ser proferida. Em um tribunal colegiado como o Supremo Tribunal Federal, pretendem-se menos votos e mais tribunal⁷²⁷. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal será mais democrático, e mais legítimo em suas decisões, quanto mais dialógica-deliberativas forem as decisões judiciais do tribunal no exercício da jurisdição constitucional.

⁷²⁷Sobre o tema: SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, pp. 557- 584, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, pp. 197-227, 2009; KLAFKE, Guilherme Formá; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, 2013; MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVRÉ, Arthur; ITZCOVICH, Giulio (eds.). **Comparative constitutional reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

CONCLUSÃO

A presente tese partiu do seguinte problema de pesquisa: a legitimidade dialógica-deliberativa é fator de fortalecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal? Para responder a essa problematização, estudou-se o surgimento, o desenvolvimento e a crise do paradigma do constitucionalismo moderno na sociedade complexa atual, enquanto projeto inacabado. Verificou-se que o paradigma do constitucionalismo moderno era composto pelos ideais da limitação do poder político, da garantia de esferas de autonomia protegidas e do império da lei (*rule of law*). No entanto, o paradigma do constitucionalismo moderno entrou em crise, a qual se caracterizou como decorrência de seis crises que atingiram a modernidade: i) a crise da racionalidade; ii) a crise da positividade da lei; iii) a crise da técnica; iv) a crise da dicotomia Estado e sociedade civil; v) a crise da legitimidade do império da lei (*rule of law*) e vi) a crise da verdade.

A partir de uma perspectiva crítica e reconstrutiva, apresentou-se o novo paradigma do constitucionalismo multidimensional ou constitucionalismo complexo, emergente, sob o enfoque transformador. Em razão da crítica à noção de níveis constitucionais do constitucionalismo multinível e da concepção de entrelaçamento ou emaranhamento normativo adotada, a tese adotou a expressão constitucionalismo *multidimensional* (*multidimensionnel*) em superação à noção de constitucionalismo multinível, a qual não se adequa perfeitamente à realidade institucional interamericano. Estudou-se que o constitucionalismo complexo é a qualidade do constitucionalismo multidimensional, que ocorre quando o constitucionalismo multidimensional é tecido em conjunto para constituir um todo, cujas diferentes dimensões normativas estão conectadas em rede, de forma dialógica.

Analizou-se que a mudança de regimes consagrada pela Constituição de 1988, expressa a natureza transformadora da Constituição. Uma Constituição de natureza transformadora incorpora essa função em suas normas constitucionais fundamentais, em seus objetivos e no catálogo de direitos fundamentais e, apesar de não ser uma norma constitucional autônoma e exigível, por si só, possui seu *locus* de incidência no momento da interpretação constitucional. Neste contexto, as Cortes Constitucionais dos Estados devem interpretar e aplicar a Constituição de modo a engajar instituições do Estado e atores sociais na cooperação para a promoção de mudanças sociais, a fim de atingir as diretrizes traçadas pelas normas constitucionais.

Investigou-se os debates contemporâneos pautados na dicotomia entre democracia e constitucionalismo, separação dos poderes, modelos de jurisdição constitucional, legitimidade

da jurisdição constitucional, representação democrática e capacidade institucional, propondo-se que a legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal, na sociedade atual, deve estar submetida à legitimidade pelo diálogo em deliberação, de forma que a autoridade deve se transformar em autoridade persuasiva ou relacional e a participação se qualificar como participação deliberativa e dialógica, para a promoção da cidadania constitucional. Argumenta-se que o Supremo Tribunal Federal será mais democrático e mais legítimo em suas decisões, quanto mais dialógica-deliberativas forem as decisões judiciais do Tribunal no exercício da jurisdição constitucional.

Com base na pesquisa empírica da tese e a partir das conclusões a partir dos resultados obtidos, foi possível concluir que o Supremo Tribunal Federal é uma instituição aberta à participação dialógica-deliberativa no exercício da jurisdição constitucional. No entanto, a abertura ao diálogo, por parte do Tribunal, não necessariamente representa ganhos deliberativos, fato que demonstrou a existência de margens para os aumentos quantitativo e qualitativo da deliberação colegiada da corte, especialmente, nas variáveis do conteúdo das justificativas jurídicas, do respeito ao grupo, do respeito aos contra-argumentos, do questionamento (*questioning*), do consenso construtivo e dos tipos de discursos.

Ainda como achados da pesquisa empírica, identificou-se a adjudicação judicial por meio do controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um modelo binário e adversarial. Revelou-se que a deliberação da Corte na fase do engajamento colegiado alcançou 979 pontos, o que representou um *Index Cortes Democráticas (Democratic Courts Index)* de 13. Dessa forma, a deliberação colegiada se demonstrou mediana, o que significa que a deliberação colegiada atual na fase decisional (engajamento colegiado) do Supremo Tribunal Federal é aquela em que, por meio do discurso competitivo, os participantes oferecem racionalidades sofisticadas, orientam-se neutros quanto ao conteúdo da justificativa jurídica, mostram respeito implícito aos outros participares, não questionam o que os participantes reivindicam de forma crítica ou informativa e adotam uma política posicional ao deliberarem a crise constitucional.

Uma postura mais dinâmica e promotora do discurso cooperativo seria capaz de transformar a natureza da adjudicação judicial no exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para alçá-lo ao patamar de um Tribunal dialógico-deliberativo e a Corte como um “microcosmo democrático”.

Analizou-se que decisões colegiadas dialógica-deliberativas são aquelas nas quais a deliberação colegiada é qualificada como forte na fase decisional (engajamento colegiado), isto é, são aquelas em que, por meio do discurso cooperativo ou por meio do discurso racional

(colaborativo), os participantes oferecem racionalidades sofisticadas, orientam-se para o bem comum em termos do princípio da diferença, mostram respeito explícito aos outros participantes, questionam o que os participantes reivindicam, de forma crítica ou informativa, integram à decisão os argumentos, dados empíricos ou a norma, compartilhados pelos outros participantes, além de possuírem a vontade de considerar visões alternativas que se encaixam na agenda atual, transformar suas preferências e construir uma solução mediadora possível.

Por essa razão, estudou-se que a legitimidade dialógica-deliberativa e suas técnicas permitem aumentar a pontuação alcançada pela deliberação colegiada do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade das leis. Dessa forma, a legitimidade dialógica-deliberativa e suas técnicas contribuem para transformar a Corte em um Tribunal dialógico-deliberativo, na medida em que permite ao Tribunal alcançar uma deliberação colegiada forte e conferir legitimidade democrática às decisões judiciais do Tribunal proferidas no exercício da jurisdição constitucional.

Isso porque, a legitimidade dialógica-deliberativa e suas técnicas ampliam o acesso informacional da Corte Constitucional e promovem mais engajamentos ético, moral e empírico dos órgãos jurisdicionais encarregados da missão de controlar a constitucionalidade das leis, conjugando concepções empíricas e normativas da legitimidade sob as abordagens democrática e dos direitos fundamentais. Dessa forma, a legitimidade dialógica-deliberativa e suas técnicas agregam valor às pontuações alcançadas pelas deliberações da Corte, e, por conseguinte, promovem ganhos positivos no resultado final do *Index Cortes Democráticas (Democratic Courts Index)*, especialmente quanto às variáveis do conteúdo das justificativas jurídicas, do respeito ao grupo, do respeito aos contra-argumentos, do questionamento (*questioning*), do consenso construtivo e dos tipos de discursos.

Examinou-se que a mudança de paradigma, pautada na intersubjetividade e na autoridade democrática conforma a técnica processual à abordagem dialógica-deliberativa, por isso é possível se falar em técnicas dialógica-deliberativas. Estudou-se que o objetivo das técnicas dialógica-deliberativas é ser um instrumento de construção de uma rede normativa para promover um mecanismo não adversarial de *compliance* e construir uma “gestão interativa” da deliberação. Trata-se de um importante “filtro decolonial” do desenho institucional do Supremo Tribunal Federal.

Estudou-se que as técnicas dialógica-deliberativas têm por funções facilitar ou promover o debate constitucional institucional ou público da questão na sociedade, franquear a entrada de múltiplas vozes no processo decisório, possibilitar o compartilhamento aberto da responsabilidade pela interpretação constitucional, permitir as reticularidades empírica,

argumentativa e normativa das participações na deliberação e ensejar o processo dinâmico de construção do precedente judicial.

Nessa perspectiva, a tese propôs as seguintes técnicas, compreendidas no método dialógico-deliberativo: a) audiências dialógicas; b) audiências deliberativas; c) método questionador; d) técnica autodeterminante; e) técnica da recepção argumentativa integradora; f) técnica do reenvio prejudicial; g) plenário em rede; h) assembleias e comitês dialógicos-deliberativos.

A audiência dialógica tem como finalidade engajar um diálogo construtivo, de boa-fé e informado, diretamente entre os atores sociais, institucionais e a sociedade impactada, ou por meio dos seus representantes adequados e o Tribunal Constitucional ou o órgão constitucionalmente competente.

As audiências deliberativas visam deliberar acerca da certa questão constitucional, objeto da futura deliberação colegiada do Tribunal, ou mesmo a própria implementação da decisão, além de terem, por escopo, a oitiva livre, prévia e informada dos participantes deliberativos.

O método questionador visa persuadir o colegiado do Tribunal Constitucional, ou do órgão constitucionalmente competente, a observar o caso da maneira com que o questionador observa.

A técnica autodeterminante propicia aos atores sociais, institucionais e à sociedade impactada ou aos seus representantes adequados, apartes para demonstrarem como eles observam o caso, por meio da exposição de argumentos orais e permite trocas argumentativas recíprocas e o mútuo aprendizado, para que os contra-argumentos sejam incluídos e avaliados.

A técnica da recepção argumentativa integradora é aquela pela qual o Tribunal Constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente, recebe os ganhos epistêmicos advindos das participações dos atores sociais, institucionais e da sociedade impactada como partes integrantes da decisão colegiada, possibilitando ganhos deliberativos compreendidos no sentido de maiores integrações empírica, argumentativa e normativa da deliberação colegiada.

A técnica do reenvio prejudicial é aquela pela qual a corte constitucional, ou o órgão constitucionalmente competente, reenvia aos atores sociais, institucionais e à sociedade impactada ou aos seus representantes adequados, a construção argumentativa da norma, de forma a compartilhar a interpretação constitucional da norma, que, após deliberação daqueles, devolve-se ao Tribunal Constitucional, ou ao órgão constitucionalmente competente, a norma constitucional, segundo a interpretação e olhar dos participantes da deliberação.

O plenário em rede é a técnica dialógica-deliberativa pela qual se estabelece um processo de deliberação judicial coletiva e participativa para a resolução de questões constitucionais comuns entre duas ou mais instituições por meio da partilha conjunta de competências em um diálogo cooperativo, mediante trocas argumentativas transformadoras de significados fáticos e normativos, em um contínuo aperfeiçoamento e construção recíproca do tecido normativo que forma o constitucionalismo multidimensional.

Argumentou-se a possibilidade de celebração de acordo resolutivo no âmbito da jurisdição constitucional de forma endoprocessual ou extraprocessual, desde que o acordo seja levado à homologação do Supremo Tribunal Federal. O acordo resolutivo pode ter por objeto questões patrimoniais e de natureza privada, bem como matérias de interesse público.

Estudou-se que a legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional põe em evidência o controle do emprego das técnicas do método dialógico-deliberativo concretizadas na decisão deliberativa escrita da corte constitucional, submetendo o Tribunal à responsabilidade significativa (*meaningful accountability*), ao controle interinstitucional e social *a posteriori* da argumentação judicial, à responsabilidade racional (*rational accountability*) e aos controles inter e intrainstitucional do cumprimento pós-decisão judicial (*compliance judicial*), no exercício da jurisdição constitucional.

Aplicadas à fase de monitoramento, acompanhamento e implementação da decisão proferida no exercício da jurisdição constitucional, a tese propôs as técnicas dialógica-deliberativas das assembleias dialógica-deliberativas e dos comitês dialógico-deliberativos. As assembleias dialógico-deliberativas podem ser criadas como órgãos de monitoramento, acompanhamento e implementação da decisão, em cuja composição funcionam atores institucionais, sociais e a sociedade civil impactada ou seus representantes adequados. Já os comitês dialógico-deliberativos podem funcionar como órgãos técnicos auxiliares judiciais ao cumprimento da decisão, cuja composição pode contar, ou não, com a participação social.

Argumentou-se em defesa de um ativismo judicial dialógico-deliberativo, como forma de franquear a participação deliberativa e dialógica na construção compartilhada da decisão em deliberação colegiada mediante um engajamento colegiado forte na fase decisional, por meio do método e das técnicas dialógica-deliberativas, que permitem tecer, em conjunto (diálogo em deliberação), o tecido normativo que forma o constitucionalismo complexo. Dessa forma, a jurisdição constitucional pode se transformar em um “microcosmo democrático” e o processo constitucional em uma comunidade dialógica-deliberativa.

Investigou-se que a representatividade adequada é a autorização conferida pelo direito positivo para que o autor da ação coletiva seja o porta-voz da pretensão de certo grupo titular do direito coletivo lesado. No Direito brasileiro, o controle da representatividade adequada é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade, no requisito da pertinência temática. No entanto, a questão da representatividade adequada também se revela importante, no controle difuso de constitucionalidade, como no caso estudado do artigo 232 da Constituição Federal. Como resultado dessa análise, constatou-se a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal de realizar o controle da representatividade adequada no exercício da jurisdição constitucional, para que sejam protegidos de forma justa, técnica e esmerada os interesses postulados.

Com base na pesquisa empírica, conclui-se que a pesquisa confirmou a hipótese e a resposta ao problema inicial, levantado nesta pesquisa, é: a legitimidade dialógica-deliberativa é fator de fortalecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que promove a abertura à participação dos atores sociais e institucionais, na construção da decisão em deliberação colegiada, ao permitir, por meio do método e das técnicas dialógica-deliberativas, direta, ou indiretamente, a influência, a colaboração, a cooperação e integração da deliberação, inclusive na fase decisional (engajamento colegiado) e de implementação da deliberação, e não somente na fase pré (contestação pública) e pós-decisional (decisão deliberativa escrita).

Por fim, sugere-se novos estudos com o fim de serem elaboradas novas técnicas com base no método e inspiradas nas técnicas dialógica-deliberativas, uma vez que a noção de legitimidade dialógica-deliberativa não é um ponto de chegada, mas um ponto de partida para desenvolvimento e para a evolução do novo paradigma do constitucionalismo multidimensional, ou complexo, sob o enfoque transformador.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Orgs.). **Fake news e regulação**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

ABRAM, Chayes, The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, pp.1281-1316, 1976.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, pp. 5-34, 1988.

ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, v. 1.

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street vs city of johannesburg**, 2008. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1media.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2022.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. **Constitutional Commentary**, v. 17, pp. 455-482, 2000.

_____. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 7, pp. 1359-1387, 1996.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. Tiragem. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

_____. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n 4, pp. 572-581, 2005.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDREWS, James DeWitt. Who are the people? In: ANDREWS, James DeWitt (ed.). **The works of James Wilson, associate justice of the Supreme Court of the United States...**: Being his public discourses upon jurisprudence and the political science, including lectures as professor of law, 1790-2. Chicago: Callaghan, 1896, v. 2.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flavia; SOLEY, Ximena. Ius constitutionale commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, **Research Paper**, n. 2016-21, pp. 1-21, 2016.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos padrões interamericanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 1, pp. 59-90, 2020.

APEL, Karl-Otto. **La transformación de la filosofía**. Madrid: Taurus Ediciones, 1985, v. II.

ARAÚJO, Inesita Soares de. Mercado simbólico: um modelo de comunicação para políticas públicas. **Interface-Comunicação, Saúde, Educação**, v. 8, pp. 165-178, 2004.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016.

_____. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Campanhia das Letras, 2011.

_____. **The origins of totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1979.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **CAPJurídica**, n. 3, pp. 59-101, 2017.

AUSTIN, Lohm. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, n. 17, pp. 1-19, 2009.

BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew. “Themes and Issues in Multi-level Governance”. In: BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew. (eds.). **Multi-level Governance**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

BÄCHTIGER, André; SHIKANO, Susumu; PEDRINI, Seraina; RYSER, Mirjam. Measuring deliberation 2.0: standards, discourse types, and sequenzialization. **ECPR General Conference**, pp. 5-12, 2009.

BARBER, N. W. **The principles of constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A Democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **CEBRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs**, n. 1, pp. 33-56, 2022.

_____. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, pp. 24-50, 2015

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, pp. 1-48, 2006.

BARRY, Brian. Is Democracy Special? In: LASLETT, Peter; FISHKIN, James S. (eds.) **Philosophy, Politics and Society**, 5th series. Oxford: Blackwell, 1979.

BARTLETT, Katharine T. Feminist Legal Methods. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 4, pp. 829-888, 1990.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brook. L. Rev.**, v. 71, n. 3, pp. 1109-1180, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. Cambridge: Polity Press: 2006.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Cláudia Lima Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Einaudi, 1973.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010.

BENEDETTI, Miguel Ángel; SÁENZ, María Jimena. Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina. **Eunomía**. Revista en Cultura de la Legalidad, n. 15, pp. 102-122, 2019.

BENTHAM, Jeremy. The constitutional code. In: BOWRING, John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: Willian Tait, 1843, v. IX.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener. Batoche Books, 2000.

_____. **A fragment on government**. Oxford: Clarendon Press, 1891.

_____. Anarchical Fallacies; Beingan Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution. In: BOWTRING, John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. **Edinburgh**: William Tait, 1843, v. 2.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

_____. Foreword: The Passive Virtues. **Harvard Law Review**, v. 75, n. 1, pp. 40-79, 1961.

BIX, Brian, "John Austin". In: ZALTA, (ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Winter 2021 Edition. Disponível em:
<<https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/austin-john/>> Acesso em 25 jan. 2022.

BIX, Brian H. 12 On philosophy in American law: analytical legal philosophy. In: MOOTZ III, Francis J. (ed.). **On philosophy in American law**, 2009.

BLACKSTONE, William. **The Oxford edition of blackstone's**: commentaries on the laws of England. Oxford: Oxford University Press, 2016, v. 1.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Einaudi, 2014.

_____. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Il futuro della democrazia**: una difesa delle regole del gioco. Torino: Einaudi, 1995.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PARQUINE Norberto; PASQUINO, Gianfranco. **Dizionario di politica**. 2. ed. Torino: UTET, 1983.

_____. **Dicionário de política**. Tradução Carmem C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: UnB, 2010, v. 1.

BOGDANDY, Armin von. **Strukturwandel des öffentlichen Rechts**: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2022.

_____. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, pp. 231-250, 2019.

BOGDANDY, Armin von; SPIEKER, Luke D. Transformative Constitutionalism in Luxembourg: How the Court Can Support Democratic Transitions, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, (MPIL), **Research Paper**, n. 2022-14, pp. 1-27, 2022.

BOHMAN, James. Deliberative democracy and effective social freedom: capabilities, resources, and opportunities. In: BOHMAN, James; REHG, William (ed.). **Deliberative democracy**: essays on reason and politics. Massachusetts: The MIT Press, 1997.

_____. **Public deliberation**: pluralism, complexity, and democracy. Massachusetts: MIT Press, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, pp. 127-150, 2004.

BORGES, Guilherme R. Decolonializing brazilian law: the judiciary and the 'decolonial filter'. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), **Research Paper**, n. 2020-15, pp. 1-24, 2020.

BOTERO, Sandra. Judges, litigants, and the politics of rights enforcement in Argentina. **Comparative Politics**, v. 50, n. 2, pp. 169-187, 2018.

BOTTOMS, Anthony; TANKEBE, Justice. Beyond procedural justice: a dialogic approach to legitimacy in criminal justice. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 102, n. 1, pp. 119-170, 2012.

BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas. Meaningful Accountability. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas (eds.). **The Oxford Handbook of Public Accountability**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. **Lei n.º 9.868**, 10 de novembro de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 fev. 2022.

_____. **Lei n.º 9.882**, 03 de dezembro de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 09 dez. 2022.

_____. **Lei n. 11.101**, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 06 jan. 2023.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 06 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3345/DF**, de 25 de agosto de 2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>. Acesso em: 07 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347/DF-MC**, de 09 de setembro de 2015.

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 07 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na ADPF n. 709/DF**.

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Resolução n. 697**, de 6 de agosto de 2020. Disponível

em: <<https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO697-2020.PDF>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Resolução n. 790**, de 22 de dezembro de 2022.

Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2023.

BRITO, José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, J. S. et al. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

BRUM, Argemiro J. **O desenvolvimento econômico brasileiro**. 21. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 9. ed. Revista dos Tribunais, 2018, v. 1.

_____. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, v. 82, pp. 92-151, 1996.

CALLAHAN, Maureen B. Cultural Relativism and the Interpretation of Constitutional. **Willamette Law Review**, v. 30, n. 3, pp. 609-633, 1994.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012

CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

CANADA. **Canadian Charter of Rights and Freedoms**. Promulgada em 17 de abril de 1982. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPI, Juliano. **Internet, big data e discurso de ódio**: reflexões sobre as dinâmicas de interação no Twitter e os novos ambientes de debate político. 2017. 204 f. Tese (Doutorado em Comunicação e Semiótica) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Comunicação e Semiótica, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

CASSESE, Sabino. **Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2010.

CASSIRER, Ernest. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Tradução Joana Angélica d'Ávila Melo, Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

_____. **The rise of the network society**. 2. ed. West Sussex: John Wiley & Sons, 2010.

_____. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). **A sociedade em rede**: do conhecimento à acção política. Lisboa: Imprensa Nacional. Casa da Moeda, 2005.

CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. John Austin. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Teoria geral e filosofia do direito**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/43/edicao-1/john-austin>> Acesso em 25 jan. 2022.

CELESTE, Edoardo; DA SILVA SANTARÉM, Paulo Rená. Constitucionalismo digital. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 15, n. 45, pp. 63-91, 2021.

CHAMON, Merijn. The institutional balance, an Ill-fated principle of EU law? **European Public Law**, v. 21, n. 2, pp. 371-392, 2015.

CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation. **Indiana Law Journal**, v. 74, n. 3, pp. 819-892, 1999.

CHUEIRI, Vera Karam de; CASSOU, Beatriz Arantes. Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos: Quem tem a última palavra? In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords.) **Coleção direito internacional multifacetado: Convergências e divergências entre ordens jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Human Rights Development In The Region. **Annual Report 2021**, 2021. Disponível em: <<https://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2021/Chapters/IA2021cap4A-en.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

_____. **Medida Cautelar n. 563-20**. Membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana em relação ao Brasil. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR-PT.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

_____. **Medida Cautelar n. 679-20**. Membros do Povo Indígena Munduruku em relação ao Brasil. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/94-20MC679-20-BR.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BOHMAN, James; REHG, William (eds). **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Massachusetts: The MIT Press, 1997.

_____. Deliberation and democratic legitimacy. In: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip (Orgs.). **The good polity: normative analysis of the State**. Oxford: Blackwell, 1989.

_____. An epistemic conception of democracy. **Ethics**, v. 97, n. 1, pp. 26-38, 1986.

COLE, David. **Engines of liberty**: the power of citizen activists to make constitutional law. New York: Basic Books, 2016.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Promulgada em 4 de jul. de 1991.

Disponível em:

<<https://www.corteconstitucional.gov.co/Inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2022.

COMANDUCCI, Paolo; RUIZ, Marian Ahumada; LAGIER, Daniel González. **Positivism jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CONWAY, Gerard. Recovering a separation of powers in the European Union. **European Law Journal**, v. 17, n. 3, pp. 304-322, 2011.

COOKE, Maeve. Authenticity and autonomy: Taylor, Habermas, and the politics of recognition. **Political theory**, v. 25, n. 2, pp. 258-288, 1997.

CORBO, Wallace. Fazendo as perguntas certas: os excluídos, o direito e a promoção do reconhecimento. **Publicum**, v. 2, n. 5, pp. 78-105, 2017.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)**. Sentencia de 24 de novembro de 2010. Serie C, n. 219.

CRIMMINS, James E., Jeremy Bentham. In: ZALTA, (ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Winter 2021. Disponível em:

<<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/bentham/>> Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. Bentham and Hobbes: an issue of influence. **Journal of the history of ideas**, v. 63, n. 4, pp. 677-696, 2002.

DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, pp. 25-43, 2009.

DE CICCIO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DE GREGORIO, Giovanni. **Digital constitutionalism in Europe**: reframing rights and powers in the algorithmic society. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006.

_____. **Por um direito comum**. Tradução Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Tradução Clara Alvarez Alonso e María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009.

DIXON, Rosalind. **Responsive judicial review: democracy and dysfunction in the modern age**. Oxford: Oxford University Press, 2023.

_____. In: Defense of responsive judicial review. **UNSW Law Research**, pp. 22-11, 2022.

_____. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of constitutional law**, v. 5, n. 3, pp. 391-418, 2007.

DRYZEK, John S. **Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations**. New York: Oxford University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, v. 3, n. 1, 1995.

_____. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, n. 2, v. 28, pp. 324-346, 1990.

_____. Hard Cases. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 6, pp. 1057-1109, 1975.

EINSTEIN, Albert. **Born-einstein Letters 1916-1955: Friendship, Politics and Physics in Uncertain Times**. Transl. by Irene Born. New York: Palgrave Macmillan, 1971.

ELLIOT, Jonathan. **The debates in the Several State Conventions on the adoption of the Federal Constitution**. Washington: Printed for the Editor, 1836, v. I.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

_____. Constitutional interpretivism: its allure and impossibility. **Indiana Law Journal**, v. 53, n. 3, pp. 399-448, 1977.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições**. Tradução Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2019.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

ERCAN, Selen A.; ASENBAUM, Hans; CURATO, Nicole; MENDONÇA, Ricardo F. Researching deliberative democracy: methods and approaches. In: ERCAN, Selen A.; ASENBAUM, Hans; CURATO, Nicole; MENDONÇA, Ricardo F. (eds.). **Research Methods in Deliberative Democracy**. Oxford University Press, 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Committee on the Judiciary House of Representatives. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2021.pdf> Acesso em: 10 dez. 2022.

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Brown v. Board of Education of Topeka**. Julgado em 31 de mai. de 1955.

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Brown v. Board of education of Topeka**. Julgado em 17 de mai. de 1954.

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Marbury v. Madison**. Julgado em fev., 1803.

ESTLUND, David. Beyond fairness and deliberation: The epistemic dimension of democratic authority. In: BOHMAN, James; REHG, William (eds). **Deliberative democracy**: essays on reason and politics. Massachusetts: The MIT Press, 1997.

EUROPEAN COMMISSION. **A multi-dimensional approach to disinformation**: report of the independent high level group on fake news and online disinformation. 2018. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, pp. 66-82, 2020.

FALLON JR., Richard H. **Law and legitimacy in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

_____. The core of an uneasy case for judicial review. **Harvard Law Review**, v. 121, n. 7, pp. 1693-1736, 2007.

_____. Legitimacy and the Constitution. **Harvard Law Review**, v. 118, n. 6, pp. 1787-1853, 2005.

FALSARELLA, Christiane Mina. **A deliberação no Supremo Tribunal Federal**. 2018. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

FEDERICO, Giacomo Di. Fundamental Rights in the EU: legal pluralism and multi-level protection after the Lisbon treaty. In: FEDERICO, Giacomo Di. (eds) **The EU charter of fundamental rights. Ius Gentium**: Comparative Perspectives on Law and Justice. New York: Springer, 2011.

FEREJOHN, John; PASQUALE, Pasquino. Constitutional courts as deliberative institutions: towards and institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Org.). **Constitutional justice, east and west**: democratic legitimacy and constitutional courts in post communist Europe in a comparative perspective. Den Haag: Kluwer, 2002.

FERGUSON, Robert A. **Law and letters in American culture**. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. Por que uma constituição da terra?. **Revista de Direito Brasileira**, v. 31, n. 12, pp. 4-18, 2022.

_____. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, pp. 15-53, 2011.

_____. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011, v. 2.

_____. **Diritti fondamentali** – um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale. Roma, Bari: Laterza, 2002.

FARRAND, Max. **The records of the federal convention of 1787**. New Haven: Yale University Press, 1911, v. II.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme R. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio Século XXI Escolar**: o minidicionário da língua portuguesa. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.

FERRO, Hernán Martínez. **Legitimidad, razón y derecho**. Dos modelos de justificación del poder político. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 74, p. 97-123, 2018.

_____. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FINCHELSTEIN, Federico; URBINATI, Nadia. On populism and democracy. **Populism**, v. 1, n. 1, pp. 15-37, 2018.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: Experiencias Historicas y Tendencias Actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FISHER, Louis. Judicial finality or an ongoing colloquy? In: MILLER, Mark Carlton; BARNES, Jeb (ed.). **Making policy, making law**: an interbranch perspective. Georgetown University Press, 2004.

_____. **Constitutional dialogues**: interpretation as political process. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, pp. 1-59, 1979.

FONER, Eric. **The second founding**: how the civil war and reconstruction remade the Constitution. New York: WW Norton & Company, 2019.

FRAGALE FILHO, Roberto. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso, **Direito & Práxis Revista**, v. 06, n. 12, 2015.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, v. 15, n. 14-15, pp. 231-239, 2006.

FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia. Preface. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The legacy of John Austin's jurisprudence**. New York: Springer Science & Business Media, 2012.

FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. **Law and Philosophy**, v. 9, n. 4, pp. 327-370, 1990/1991.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people**: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

_____. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, pp. 577-682, 1993.

FRIEDMAN, Lawrence M. Some thoughts on the horizontal society. **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 4, 2004.

_____. The constitutional value of dialogue and the new judicial federalism. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 28, n. 1, pp. 93-144, 2000.

FULBROOK, Mary. **A history of Germany 1918-2014: The divided nation**. 4. ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2015.

FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Reprinted. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999.

_____. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, pp. 353-409, 1978.

FÜRST, Henderson. Biopopulismo e a apropriação política de narrativas científicas. In: CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno (org.). **Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia**. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2020.

GALIMBERTI, Umberto. O ser humano na era da técnica. Tradução Sandra Dall'Onder. **Cadernos IHU ideias**, v. 13, n. 218, pp. 3-18, 2015.

_____. **Psiche e techne: L'uomo nell'età della tecnica**. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 1999.

GAMA, Marina Faraco Lacerda; SOUZA, Vinícius Cássio Ferreira de. A “Nova” soberania no constitucionalismo global: da crise das democracias liberais ao Brexit. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 22, n. 2, p. 41-58, 2021.

_____. Deixando de lado o “ativismo” e a “autocontenção” judicial. **Revista do Advogado**, v. 38, n. 140, pp. 147–155, 2018.

_____; NÓBILE, Aline Carvalho. Além do “Legislador Negativo” ou “Positivo”: um caminho para a efetividade da Constituição. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (coords.). **Omissão Inconstitucional**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018,

GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, pp. 199-227, 2001.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales**: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran—por fin—al diálogo ciudadano. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021.

GARGARELLA, Roberto. “We the People” Outside of the Constitution. The dialogic model of constitutionalism and the system of checks and balances. **En Current Legal Problems**, v. 61, n. 1, pp. 1-47, 2014.

_____. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Interpretation and Democratic dialogue. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 60, n. 2, pp. 41-65, 2015.

_____. **Latin American constitutionalism, 1810-2010**: the engine room of the Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARY, Marks. Structural policy and multilevel governance. In: CAFRUNY, Alan W.; ROSENTHAL, Glenda Goldstone (eds.). **The State of the European Community**: the Maastricht debates and beyond. New York: Lynne Rienner Publishers.

GENY, François. **Science et technique en droit privé positif**. Paris: Librairie de la Societe du Recueil Sirey, 1915. v. I.

GERBER, Marlène. **Examining the ‘gold standard’**: deliberative quality in the transnational deliberative Poll Europolis, pp. 1-139, 2013. Disponível em: <http://biblio.unibe.ch/download/eldiss/13gerber_m.pdf>. Acesso em 09 jun. 2022.

GIDI, Antonio. A Representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, n. 61, pp. 61-70, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an internet bill of rights. **Berkman Center Research Publication**, n. 2015-15, pp. 1-26, 2015.

GILLESPIE, Tarleton. Platforms are not intermediaries. **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, pp. 198-216, 2018.

GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on writing separately. **Wash. L. Rev.**, v. 65, n. 1, pp. 133-150, 1990.

GLENDON, Mary Ann. **Rights talk: the impoverishment of political discourse**. Nova Yorke: The Free Press, 1993.

GLENN, Patrick H. Persuasive authority. **McGill Law Journal**, v. 32, n. 2, pp. 261-298, 1987.

GLOPPEN, Siri. Courts and social transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; ROUX, Theunis; DOMINGO, Pilar (eds.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?**. London: Ashgate Publishing Limited, 2006.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

_____. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E Por Que Isso Deve(ria) Importar? **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 60, n. 3, 2015

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **O erro de Kelsen: o prisioneiro da caverna platônica**. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2020.

GOODIN, Robert E. Enfranchising all affected interests, and its alternatives. **Philosophy & public affairs**, v. 35, n. 1, pp. 40-68, 2007.

GRABER, Mark A. **A new introduction to american constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, pp. 1195-1264, 2009.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016.

_____. Integration by constitution. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 2-3, pp. 193-210, 2005.

_____. Constitutional Adjudication and Democracy. **Israel Law Review**, v. 33, n. 2, pp. 193-215, 1999.

GROPPI, Tania; ORTU, Anna Maria Lecis Cocco. Openness and Transparency in Constitutional Adjudication: Amici Curiae, Third-Party Intervention, and Fact-Finding Powers. In: BARSOTTI, Vittoria; CAROZZA Paolo G.; CARTABIA, Marta; SIMONCINI, Andrea (eds). **Dialogues on italian constitutional justice**: a comparative perspective. New York: Routledge, 2021.

GROSTEIN, Julio. **Autocontenção judicial e jurisdição constitucional**. 2020. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

GROTERHORST, Rebecca. **Papel das cortes constitucionais na América Latina**: reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras. 2020. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

GRUDIN, Robert. **On dialogue**: an essay in free thought. Boston: Houghton Mifflin, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade**. Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: JusPodivm, 2008.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de->

1988/constituante-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUTMANN, Amy. A desarmonia da democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, pp. 5-37, 1995.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** New Jersey: Princeton University Press, 2004.

HÄBERLE, Peter Häberle. **Ein lateinamerikanisches Verfassungs-**, Lese- und Lebensbuch – im Kontext einer universalen Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2021.

_____. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: FOSTER, Hal (ed.). **La posmodernidad**. 7. ed. Barcelona: Editorial Kairós, 2008.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.

_____. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **The inclusion of the other**: studies in political theory. Massachusetts: MIT Press, 2000.

_____. Teorías de la verdad. In: NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI María José (ed.). **Teorías de la verdad en el siglo XX**. Tradução Juan Antonio Nicolás et al. Madrid: Tecnos Editorial S A., 1997.

_____. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy.** Tradução William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, 1996.

_____. Three normative models of democracy, **Constellations**, n. 1, v. I, pp. 1-10, 1994.

_____. **Legitimation crisis.** Tradução Thomas McCarthy. Cambridge: Polity Press: 1992.

_____. ¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso? In: HABERMAS, Jürgen. **Escritos sobre moralidad y eticidad.** Traducción Manuel Jiménez Redondo. Barcelona: Ediciones Paidós, 1991.

HACHEM, Daniel Wunder; PETTHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 8, n. 1, pp. 209-236, 2021.

HAN, Byung-Chul, **Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia.** Tradução de Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Taurus, 2022.

HALPIN, Andrew. Austin's Methodology? His Bequest to Jurisprudence. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The legacy of John Austin's jurisprudence.** New York: Springer Science & Business Media, 2012.

HAMILTON, Alexander. No. 31. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, JOHN. **The federalist papers.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

HAMPTON, Jean. **Hobbes and the social contract tradition.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

HARDING, Sarah K. Comparative reasoning and judicial review. **Yale Journal of International Law**, v. 28, n. 2, pp. 409-464, 2003.

HARRISON, Ross. The equal extent of natural and civil law. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (eds.). **Hobbes and the Law.** Cambridge University Press, 2012.

HART, H. L. A. **Essays on Bentham: jurisprudence and political philosophy.** Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. **The concept of law**. 3. ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. Bioética e bioconstituição: A sociedade complexa em tempos de pandemia Covid-19. **Revista Húmus**, v. 12, n. 36, pp. 295-312, 2022.

_____. O processo dialógico-deliberativo na celebração de acordos de não persecução penal em crimes tributários. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 26, n. 55, pp. 64-83, 2022.

_____. O processo estrutural e o projeto de lei “Ada Pellegrini Grinover”: o processo como microcosmo democrático. **Revista de Processo**, v. 332, n. 2022, pp. 191-204, 2022.

_____. Direitos em diálogo: a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal na sociedade atual. In: HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida (org.). **Direito constitucional contemporâneo** Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

_____. Constituição e transição de regimes no Brasil: uma abordagem transformativa. **Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, n. 7, pp. 26-46, 2021.

_____. **Transconstitucionalismo e justiça de transição**: diálogo entre cortes no caso “Gomes Lund”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

_____; PIOVESAN, Flávia. **Democracia**: Proteção Constitucional e Internacional. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2022.

_____; _____. Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, pp. 371-388, 2022.

_____; _____. As Audiências Públicas no Sistema Multinível de Proteção dos Direitos Humanos. **Rev. Just. Direito**, v. 35, pp. 44, 2021.

_____.; TABAK, Benjamin Miranda. Os benefícios e os custos da efetivação da justiça de transição no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 3, pp. 160-185, 2018.

HERSHKOFF, Helen. Positive rights and state constitutions: The limits of federal rationality review. **Harvard Law Review**, v. 112, n. 6, pp. 1131-1196, 1998.

HINSCH, Wilfried. Justice, legitimacy, and constitutional rights. **Critical Review of International Social and Political Philosophy**, v. 13, n. 1, pp. 39-54, 2010.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2004.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, pp. 75-124, 1997.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Tradução Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialectic of enlightenment**: philosophical fragments. Tradução Edmund Jephcott. Stanford: Stanford University Press, 2002.

HUME, David. **A treatise of human nature**. Oxford: Clarendon Press, 1896.

HUMFRESS, Caroline. Beyond the (Byzantine) state: towards a user theory of jurisdiction. In: KRISCH, Nico (ed.). **Entangled legalities beyond the state**. Cambridge University Press, 2021.

IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

IZUZQUIZA, Ignacio. **La sociedad sin hombres**: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 2008.

JACQUÉ, Jean-Paul. Principle of institutional balance. **Common Market Law Review**, v. 41, n. 2, pp. 383-391, 2004.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir/UFRGS**, v. 1, n. 1, 2003.

KAGAN, Robert A. American courts and policy dialogue: the role of adversarial legalism. In.: MILLER, Mark Carlton; BARNES, Jeb (eds.). **Making policy, making law: an interbranch perspective**. Georgetown University Press, 2004.

KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M. Compliance: conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. **Law & Social Inquiry**, v. 38, n. 4, pp. 803-835, 2013.

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. **Activists beyond borders: advocacy networks in international politics**. New York: Cornell University Press, 1998.

KELSEN, Hans. Who ought to be the guardian of the constitution? Kelsen's reply to Schmitt. In: VINX, L. (ed.) **The guardian of the Constitution**. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Tradução L. Vinx. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **What is justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays**. Berkeley: University of California Press, 1971.

_____. Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American constitution. **The Journal of Politics**, v. 4, n. 2, pp. 183-200, 1942.

_____. Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 55, n. 1, 1941.

KITTLER, Friedrich A. **Mídias ópticas: curso em Berlim**, 1999. Tradução Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, 2013.

KLAGES, Helmut. Perspectives on the Institutionalization of Citizen Participation at the Municipal Level: A First-Hand Report. in: FRAENKEL-HAEBERLE, Cristina; KROPP, Sabine; PALERMO, Francesco; SOMMERMAN, Karl-Peter (eds). **Citizen Participation in Multi-Level Democracies**. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.

KLARE, Karl E. Legal Culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 14, n. 1, pp. 146-188, 1998.

KLARMAN, Michael. Courts, social change, and political backlash. **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, pp. 1-11, 2011.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, pp. 1441-1477, 2004.

KOVALČÍK, Michal. The instrumental abuse of constitutional courts: how populists can use constitutional courts against the opposition. **The International Journal of Human Rights**, v. 26, n. 7, pp. 1160-1180, 2022.

KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KRISCH, Nico. Framing entangled legalities beyond the state. In: KRISCH, Nico (ed.). **Entangled legalities beyond the state**. Cambridge University Press, 2021.

KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

KUMM, Matthias. Alexy's theory of constitutional rights and the problem of judicial review. In: KLATT, Matthias. **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 2, pp. 142-175, 2010.

_____. Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review. **New York University Public Law and Legal Theory Working Paper**, v. 3, pp. 1-38, 2009.

_____. Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review. **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 2, pp. 153-183, 2007.

KURLAND, Philip B. The rise and Fall of the "doctrine" of separation of powers. **Michigan Law Review**, v. 85, n. 3, pp. 592-613, 1986.

LADEUR, Karl-Heinz. **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?:** Deutschland, Europa, Nord-und Südamerika. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.

LAFER, Celso. Da dignidade da política: sobre Hannah Arendt. In: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016.

LAFONT, Cristina. **Democracy without shortcuts:** a participatory conception of deliberative democracy. Oxford: Oxford University Press, 2020.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **UCDL Rev.**, v. 47, pp. 189-260, 2013.

LANDEMORE, Hélène. **Open democracy:** reinventing popular rule for the twenty-first century. Princeton University Press, 2020.

_____. A democracia representativa é realmente democrática? Entrevista com Bernard Manin e Nadia Urbinati. **DoisPontos**, v. 13, n. 2, pp. 143-156, 2016.

LANGFORD, Malcolm; RODRIGUEZ-GARAVITO, César; ROSSI, Julieta. Introduction: From jurisprudence to compliance. In: LANGFORD, Malcolm; RODRIGUEZ-GARAVITO, César; ROSSI, Julieta (eds.). **Social rights judgments and the politics of compliance making it stick.** Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

LEVER, Annabelle. Democracy and judicial review: are they really incompatible? **Perspectives on Politics**, v. 7, n. 4, pp. 805-822, 2009.

LIEBENBERG, Sandra. Participatory justice in social rights adjudication. **Human Rights Law Review**, v. 18, n. 4, pp. 623-649, 2018.

LIST, Christian; GOODIN, Robert E. Epistemic democracy: Generalizing the Condorcet jury theorem. **Journal of political philosophy**, v. 9, n. 3, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001.

LORDELO, João Paulo. **Constitucionalismo digital e o devido processo legal.** Salvador: Editora Juspodivm, 2022.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, 2013.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Corte Suprema, agir estratégico e autoridade constitucional compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

LOUGHLIN, Martin. **Against Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2022.

LUHMANN, Niklas. **Theory of society**. Tradução Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012, v. 1.

_____. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Tradução Silvia Pappa y Brunhilde Erker. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. OXFORD: Clarendon Press, 1994.

MACHADO, Alvaro Augusto Lauff. **Ativismo judicial**: um estudo de medidas de contenção em busca de uma proposta de equilíbrio. 2020. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020

MADISON, James. No. 39. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, JOHN. **The federalist papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. No. 51. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, JOHN. **The federalist papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MANGOLD, Anna Katharina. **Demokratische Inklusion durch Recht:** Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.

MANNING, John F. Separation of powers as ordinary interpretation. **Harvard Law Review**, v. 124, pp. 1939-2040, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARTIN, Ian. **The new world order:** opportunity or threat for human rights? A lecture by the Edward A. Smith Visiting Fellow presented by the Harvard Law School Human Rights Program, 1993.

MARTINICO, Giuseppe. **The tangled complexity of the EU constitutional process:** the frustrating knot of Europe. New York: Routledge, 2013.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Compliance judicial:** por que e como aferir a efetividade de decisões estruturais. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MAY, Christopher. **The information society:** A sceptical view. Cambridge: Polity Press, 2002.

MCCRUIDEN, Christopher. A common law of human rights? Transnational judicial conversations on constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 20, n. 4, pp. 499-532, 2000.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism:** ancient and modern. Revised Edition. Ithaca: Cornell University Press, 1947.

MCINTYRE, David P.; SRINIVASAN, Arati. Networks, platforms, and strategy: Emerging views and next steps. **Strategic management journal**, v. 38, n. 1, pp. 141-160, 2017.

MCLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy:** the making of typographic man. Toronto: University of Toronto Press, 1962.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (coord.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2006, v. 1.

MELO, Teresa; MENDES, Conrado Hübner. Legalismo autoritário e autoritarismo legislativo: uso abusivo de decretos e neutralização da oposição na crise da democracia. In: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa De (Orgs.). **Democracia e resiliência no Brasil: a disputa em torno da Constituição de 1988**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2022.

MENDES, Conrado Hübner. The Supreme Federal Tribunal of Brazil. In: JAKAB, András; DYEVE, Arthur; ITZCOVICH, Giulio (eds.). **Comparative constitutional reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

_____. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

_____. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224f. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, pp. 30-56, 2016.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

_____. **Democracy and positive liberty**. 2017. Disponível em <<http://bostonreview.net/archives/BR21.5/michelman.html>> Acesso em: 08 nov. 2017.

MILLER, Geoffrey P. Rights and structure in constitutional theory. **Social Philosophy and Policy**. v. 8, n. 2, pp. 196-223, 1991.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo**: a terceira via de Waldron. Salvador: Juspodivm, 2020.

MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Philippe Oliveira de; CORBO, Wallace. **Manual de educação jurídica antirracista**: direito, justiça e transformação social. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Trad. Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

_____. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 14. ed. rev. e modificada. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

_____. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. São Paulo; Cortez; Brasília: UNESCO, 2000.

_____. **Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur**. Seuil: Paris, 1999.

MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, (ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Winter 2021 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/hume/>> Acesso em: 24 jan. 2022.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. Tradução Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

_____. Deliberative democracy or agonistic pluralism? **Social Research**, v. 66, n. 3, pp. 745-758, 1999.

MULLER, Gustav. Conceptualising "meaningful engagement" as a deliberative democratic partnership. **Stellenbosch Law Review**, v. 22, n. 3, pp. 742-758, 2011.

MÜLLER, Jan-Werner. Is populism always a threat to constitutionalism? In: CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas; GOUVÊA, Carina Barbosa; LAMENHA, Bruno (org.). **Populismo, constitucionalismo populista, jurisdição populista e crise da democracia**. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2020.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista da Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, pp. 193-214, 2014.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEW ZEALAND. **New Zealand Bill of Rights Act 1990**. Promulgada em 28 de agosto de 1990. Disponível em:

<<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/versions.aspx>> Acesso em: 26 mar. 2022.

NIELSEN, Laura Beth. The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (Ed.). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. Yale: Yale University Press, 1996.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

OBERTHÜR, Sebastian. Regime-interplay management. In: BLOME, Kerstin; FISCHER-LESCANO, Andreas; FRANZKI, Hannah; MARKARD, Nora; OETER, Stefan (eds.). **Contested regime collisions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez. Academia. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, v. 4, n. 8, pp. 101-130, 2006.

ORTEGA, Roberto Niembro. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PASQUALE, Franck. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PARISER, Eli. **The filter bubble**: How the new personalized web is changing what we read and how we think. New York: Penguin Books, 2011.

PARKIN, Jason. Dialogic due process. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 167, n. 5, pp. 1115-1160, 2019.

PARKINSON, John. Legitimacy Problems in Deliberative Democracy. **Political Studies**, v. 51, pp. 180-196, 2003.

PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. **Constitutionalism**. New York: New York University Press, 1979.

PEREIRA, Jane Reis. Representação Democrática do Judiciário: Reflexões Preliminares Sobre Os Riscos e Dilemas de uma Ideia em Ascensão. **Revista Juris Poiesis**, v. 17, pp. 343-359, 2014.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism in the European Union, **WHI Paper 5/02**, 2002, pp. 4. Disponível em: <<http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/papers/whipapers502/constitutionalism.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 30, pp. 350-407, 2009.

_____. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited? **Common Market Law Review**, n. 36, pp. 703-750, 1999.

_____. Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German constitution and “Multilevel Constitutionalism”. In: Eibe Riedel (ed.). **German Reports on Public Law**. XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998.

PETERS, Anne. Against a Deconstitutionalisation of International Law in Times of Populism, Pandemic, and War. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) **Research Paper**, n. 2022-22, 2022.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. 'Constitutional Constructivism' for a common law of humanity? Multilevel constitutionalism as a 'gentle civiliser' of nations. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), **Research Paper** n. 2017-24, pp. 1-25, 2017.

PETTIT, Philip N. Meritocratic representation. In: BELL, Daniel A.; LI, Chenyang (ed.). **The East Asian Challenge for Democracy: political meritocracy in comparative perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale communelatino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, pp. 1356-1388, 2017.

_____. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, 2014.

_____. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, 2012.

_____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 153, pp. 8-9, 2005.

_____. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, v. 15, pp. 93-110, 2000.

PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1967.

POGREBINSCHI, Thamy. **Innovating Democracy?: The Means and Ends of Citizen Participation in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.

PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**. El antipositivismo de Lon L. Fuller. Tradução Celia Diéz Fuentes. Lima: Palestra Editores, 2019.

PORTA, Donatella. Making the polis: social forums and democracy in the global justice movement. **Mobilization: An International Quarterly**, v. 10, n. 1, pp. 73-94, 2005.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Promulgada em 2 de abril de 1976. Disponível em:
<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>
Acesso em: 10 fev. 2022.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 21, v. 2, pp. 339-353, 1998.

PRIEST, Stephen. **The British empiricists**. 2. ed. New York: Routledge, 2007.

PUGA, Mariela. **La realización de derechos en casos estructurales**. Las causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'. Buenos Aires: Universidad de Palermo Publicaciones, 2008.

PUSHAW JR., Robert J. Justiciability and separation of powers: a neofederalist approach. **Cornell Law Review**, v. 81, n. 2, pp. 393-512, 1996.

RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, v. 81, pp. 823-854, 1972.

RAWLS, John. **Political liberalism**: expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005.

_____. **A theory of justice**. Revised Edition. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

_____. **The idea of an overlapping consensus**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 7, n. 1, pp. 1-25, 1987.

REBELL, Michel A. Poverty, "meaningful" educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, pp. 1487-1544, 2007.

REDISH, Martin H.; CISAR, Elizabeth J. "If Angels Were to Govern": The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory. **Duke Law Journal**, v. 41, n. 3, pp. 449-506, 1991.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04, de 17 de junio de 2004**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftn126>. Acesso em: 07 jan. 2023.

REPUBLIC OF ITALY. Constitutional Court. **Supplementary rules**: rules of procedure of the constitutional court of the italian republic. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Supplementary_Rules_Eng.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2023.

ROA, Jorge Ernesto Roa. **Control de constitucionalidad deliberativo**: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on trial**: judicial activism or democratic dialogue. Revised Edition. Toronto: Irwin Law, 2016.

RODRIGUES, Douglas Alencar. **A justiça constitucional na democracia**: a busca da legitimidade substantiva. 2022. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

RODRIGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, pp. 1-27, 2013.

RODRIGUEZ, Diana Franco; RODRIGUEZ-GARAVITO, Cesar. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogota: Dejusticia, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. **Le siècle du populisme**: histoire, théorie, critique. Paris: Éditions du Seuil, 2020.

_____. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad, proximidad. Barcelona: Paidós, 2010.

ROSENBERG, Gerald N. The hollow hope: can courts bring about social change? Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

ROSENBERG, Shawn W. Types of Discourse and the Democracy of Deliberation. In: ROSENBERG, Shawn W. (Ed). **Deliberation, participation and democracy**. London: Palgrave Macmillan, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira. **Revista de Direito GV**, n. 18, jul./dez. pp. 681-706, 2013.

SAGER, Lawrence G. **Juez y democracia**: una teoría dela práctica constitucional norteamericana. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

_____. **Constitucionalismo y positivismo**. México DF: Fontamara, 1997.

SANTIAGO Y CALDO, Diego. **Ações coletivas**: representatividade adequada sob a ótica comparada. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a new legal common sense**: law, globalization, and emancipation. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

_____. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, pp. 11-32, 1997.

SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. **DPU**, n. 30, pp. 7-41, 2009.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 215, pp. 19-34, 1999.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

_____. Was Austin right after all? On the role of sanctions in a theory of law. **Ratio Juris**, v. 23, n. 1, pp. 1-21, 2010.

_____. Judicial supremacy and the modest constitution. **California Law Review**, v. 92, pp. 1045-1068, 2004.

_____. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Oxford University Press, 1993.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, n. 1, 1947.

SCHMITT, Carl. The guardian of the constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution. In: VINX, L. (ed.) **The guardian of the Constitution**. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Tradução L. Vinx. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

_____. **The concept of the political**: Expanded edition. Tradução George Schwab. University of Chicago Press, 2008.

SCHOCHET, Gordon J. Introduction: constitutionalism, liberalism, and the study of politics. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.). **Constitutionalism**: Nomos XX. New York: New York University Press, 1979.

SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SEXTON, John E., COUND, John J., FRIEDENTHAL, Jack H. e MILLER, Arthur R. **Civil procedure**: cases and materials. 11. ed. St. Paul: West Publishnig, 2013.

SHAPIRO, Scott. The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, **Working Paper**, n. 77, pp. 1-54, 2007.

SHARP, Malcolm P. The classical american doctrine of "The Separation of Powers". **The University of Chicago Law Review**, v. 2, n. 3, pp. 385-436, 1935.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. What is the Third Estate? In: **Sieyès**: political writings: including the debate between Sieyes and Tom Paine in 1791. Hackett Publishing, 2003.

_____. **Préliminaire de la Constitution Française**: reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme, du citoyen. Oxford: Pergamorn Press, 1789.

SIKKINK, Kathryn. **Evidence for hope**: making human rights work in the 21st Century. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

_____. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. New York: W. W. Norton & Company, 2011.

_____. Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America. **International Organization**, v. 47, n. 3, pp. 411-441, 1993.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. **Journal of Peace Research**, v. 44, n. 4, pp. 427-445, jul. 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2016.

_____. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, pp. 557-584, 2013.

_____. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, pp. 197-227, 2009.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, pp. 23-51, 2006.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, pp. 607-630, 2003, p. 610.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, pp. 23-50, 2002.

_____. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 226, 2001.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, n. 1, 1994.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação, **Revista de Direito GV**, v. 13, n. 1, pp. 236-273, 2017.

SONENSCHER, Michael. Introduction. In: **Sieyès: political writings: including the debate between Sieyes and Tom Paine in 1791**. Hackett Publishing, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

_____. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STAFFAN, Himmelroos. Discourse Quality in Deliberative Citizen Forums – A Comparison of Four Deliberative Mini-publics, **Journal of Public Deliberation**, v. 13, n. 1, pp. 1-28, 2017.

STEINER, Jürg; BÄCHTIGER, André; SPÖRNDLI, Markus; STEENBERGEN, Marco R. **Deliberative politics in action: analyzing parliamentary discourse**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. Measuring political deliberation: A discourse quality index. **Comparative European Politics**, v. 1, n. 1, pp. 21-48, 2003.

STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado. Modelo Seriatim de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, n. 1, pp. 221-236, 2014.

STERN, Klaus. Génesis y evolución del constitucionalismo americano-europeo: algunos comentarios sobre aspectos fundamentales. In: **Jurisdicción constitucional y legislador**. Tradução e notas Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009.

_____. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana.** Tradução parcial Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón do Tomo I de Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1983). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

_____. A society based on the rule of law and social justice: constitutional model of the Federal Republic of Germany. **Journal of South African Law**, n. 3, pp. 241-250, 1981.

STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika:** studies on legal history in Nazi Germany. Chicago: University of Chicago Press, 1997.

STOURZH, Gerald. **Vienna to Chicago and back:** essays on intellectual history and political thought in Europe and America. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

STRAUSS, Leo. **The political philosophy of Hobbes:** its basis and its genesis. Tradução Elsa M. Sinclair. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, economia e desenvolvimento. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 4, pp. 9-27, 2011.

_____. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: A Necessária Concretização dos Direitos Humanos. **Revista-Americana de Direitos Humanos**, v. 1, n. 1, pp. 93-105, 2010.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, pp. 257-301, 2003.

SULLIVAN, Kathleen M. Epistemic Democracy and Minority Rights. **California Law Review**, n. 3, v. 86, mai. 1998.

SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com 2.0.** Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, pp. 885-951, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. Justiça constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 7, pp. 167-181, 2009, p. 168.

_____. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2006.

TAVARES, André Ramos; HERANI, Renato Gugliano. Direito Processual Constitucional: como técnica e como poder. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (orgs.). **Um código de processo constitucional para o Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

TEUBNER, Gunther. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies. **The modern law review**, v. 61, n. 1, pp. 11-32, 1998.

TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Case C-361/91**. European Parliament v Council of the European Union. Julgado em 02 mar. 1994. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991CJ0316&from=EN>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Case C-282/90**, Vreugdenhil BV v. Commission. Julgado em 13 mar. 1992. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0282&from=en>>. Acesso em: 23 jul. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Case C-70/88**. European Parliament v Council of the European Communities. Julgado em 22 mai. 1990. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5e7e556a-317b-4dd4-a87f-49a3a6c6c380.0002.06/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 23 jul. 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in america**. Tradução James T. Schleifervol. Indianapolis: Liberty Fund, v. I, 2012.

_____. Considérations sur la révolution. In: JARDIN, André (org.). **Œuvres**. Paris: Gallimard, 2004, t. III.

THOMPSON, Dennis F. Deliberative democratic theory and empirical political science. **Annual Review of Political Science**, v. 11, pp. 497-520, 2008.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 3, n. 4, pp. 617-64, 2005.

TRIBE, Laurence H. **Constitutional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. The puzzling persistence of process-based constitutional theories. **The Yale Law Journal**, n. 6, v. 89, pp. 1063-1080, 1980.

TULIS, Jeffrey K. Deliberation between institutions. In: FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter (Ed.). **Debating deliberative democracy**. Malden and Oxford: Blackwell Publishing, 2002.

TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, pp. 15-40, 2021.

_____. New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 15-08, pp. 1-18, 2015.

_____. The rise of weak-form judicial review. In: GINSBURG, Tom (ed.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

_____. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

_____. Weak-form judicial review and "core" civil liberties. Harv. **CR-CLL Rev.**, v. 41, pp. 1-22, 2006.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? **Lua Nova**, n. 67, pp. 191-228, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** Cambridge: Harvard Law School, 1995.

UNITED KINGDOM. **An independent judiciary** - challenges since 2016. All Party Parliamentary Groups. 2022. Disponível em: <<https://www.icdr.co.uk/s/SOPI-Report-FINAL-lrbt.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2022.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

VATTEL, Emmerich de. **Le droit des gens, ou, principes de la loi naturelle**: appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains. Paris: De l'imprimerie de la Société Typographique, 1773, t. I.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake news e regulação**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Teoria do direito**: uma introdução. Tradução Gercélia B de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008.

VILA, Marisa Iglesias. ¿Conduce el constitucionalismo dialógico a cuestionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman? **Revista Derecho del Estado**, n. 49, pp. 91-110, 2021.

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: BRITO, J. S. et al. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. MARCENÓ, Valeria. **Giustizia costituzionale**: II. Oggetti, procedimenti, decisioni. 2. ed. Bologna: il Mulino, 2018.

_____. **Justicia constitucional**: historia, principios e interpretaciones. Tradução César E. Moreno More. Puna: Zela Grupo Editorial, 2018, v. I.

ZIMMERMAN, Joseph Francis. **The New England town meeting: democracy in action.** London: Greenwood Publishing Group, 1999.

ZURN, Christopher F. Explaining the Power of Gendered Subjectivity. The Diversity of Social Theories. **Social Theory**, v. 29, pp. 117–130, 2011.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. **Boston College Law Review**, v. 54, n. 2, pp. 433-468, 2013.

_____. **Law and disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALKER, Neil. Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate. **LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series**, n. 08, jun., pp. 1-36, 2009.

WALUCHOW, Wil. **A common law theory of judicial review: the living tree.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WATERS, Melissa A. Mediating norms and identity: The role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law, **Georgetown Law Journal**, v. 93, n. 2, pp. 487-574, 2004.

WEBER, Max. **Economy and society: an outline of interpretive sociology.** Tradução Ephraim Fischhoff et al. Berkeley: University of California Press, 1978.

WEBLEY, Lisa. Qualitative Approaches to Empirical Legal Research. In: KRITZER, Herbert M; CANE, Peter (ed.). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

WHITE, G. Edward. **The constitution and the new deal.** Cambridge: Harvard University Press, 2002.

WILSON, James. **The constitutionalist; or Amendments of the constitution proposed by the Council of Censors, supported by the writings and opinions of James Wilson, L.L.D.** Montpelier, Vt.: Printed by Walton and Goss., 1814

WOOD, Gordon S. **The creation of the American republic: 1776-1787**. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1972

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: A commentary on the Los Angeles school case. **UCLA L. Rev.**, v. 25, pp. 244, 1977.

YOWELL, Paul. **Constitutional rights and constitutional design: moral and empirical reasoning in judicial review**. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2018.

SITES CONSULTADOS

<http://biblio.unibe.ch/>

<http://bostonreview.net/>

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>

<https://eur-lex.europa.eu/>

<https://laws-lois.justice.gc.ca/>

<https://op.europa.eu/>

<https://plato.stanford.edu/>

<https://www.corteconstitucional.gov.co/>

<https://www.cortecostituzionale.it/>

<https://www.icdr.co.uk/>

<https://www.legislation.govt.nz/>

<https://www.oas.org/>

<https://www.parlamento.pt/>

<http://www.rewi.hu-berlin.de/>

<http://www.saflii.org/>

<http://www.stf.jus.br/>

<https://www.uscourts.gov/>

<https://www2.camara.leg.br/>

ANEXO A – JULGADOS ANALISADOS

Critério de pesquisa: Direito Fundamentais – Tribunal Pleno

Período: de 01/03/2020 até 01/06/2022

1) ADI 6586

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 17/12/2020

Publicação: 07/04/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional

	(2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)
--	---

DQI: 16

2) ADPF 742 MC

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 24/02/2021

Publicação: 29/04/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

3) ADPF 526

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA
 Julgamento: 11/05/2020
 Publicação: 03/06/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

4) ADI 5501

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Julgamento: 26/10/2020
 Publicação: 01/12/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 10

5) ADPF 461

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO
 Julgamento: 24/08/2020
 Publicação: 22/09/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

6) ADPF 460

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 29/06/2020

Publicação: 13/08/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 14

7) ADI 6387 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 07/05/2020

Publicação: 12/11/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

8) RE 611874

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 26/11/2020

Publicação: 12/04/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

9) ADPF 709 TPI-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 21/06/2021

Publicação: 26/08/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 19

10) ADI 6327 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. EDSON FACHIN
 Julgamento: 03/04/2020
 Publicação: 19/06/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

11) ADPF 622

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 01/03/2021

Publicação: 21/05/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

12) ADPF 457

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 27/04/2020

Publicação: 03/06/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

13) ADPF 496

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 22/06/2020

Publicação: 24/09/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

14) ADPF 748 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 30/11/2020

Publicação: 10/12/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

15) ADI 6600

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 27/04/2021

Publicação: 05/05/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 13

16) ADI 6341 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 15/04/2020

Publicação: 13/11/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

17) RE 658312 2ºJULG

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
 Julgamento: 15/09/2021
 Publicação: 06/12/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

18) ADPF 572

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. EDSON FACHIN
 Julgamento: 18/06/2020
 Publicação: 07/05/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

19) ADPF 706

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 18/11/2021

Publicação: 29/03/2022

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 13

20) ADPF 467

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 29/05/2020

Publicação: 07/07/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

21) ADI 6672

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 15/09/2021

Publicação: 22/09/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

22) ADPF 722 MC

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 20/08/2020

Publicação: 22/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

23) ADPF 635 MC

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. EDSON FACHIN
 Julgamento: 18/08/2020
 Publicação: 21/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

24) ADPF 690

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 15/03/2021

Publicação: 15/04/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 13

25) RE 1307334

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 09/03/2022

Publicação: 26/05/2022

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

26) ADPF 811

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 08/04/2021

Publicação: 25/06/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

27) ADI 6581

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 09/03/2022

Publicação: 03/05/2022

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

28) ADI 4878

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 08/06/2021

Publicação: 06/08/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

29) RE 806339

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 15/12/2020

Publicação: 19/03/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

30) ADPF 754 TPI-décima sexta-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 21/03/2022

Publicação: 26/05/2022

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

31) ADPF 828 TPI-segunda-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 07/04/2022

Publicação: 26/05/2022

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

32) ADI 5258

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 13/04/2021

Publicação: 27/04/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 8

33) ADPF 756 TPI-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 22/03/2021

Publicação: 30/03/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 8

34) ADI 5418

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
 Julgamento: 11/03/2021
 Publicação: 25/05/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

35) ADPF 671 AgR

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 16/06/2020

Publicação: 06/07/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

36) ADPF 749

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 14/12/2021

Publicação: 10/01/2022

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

37) ADPF 640 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 20/09/2021

Publicação: 17/12/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 10

38) ADPF 854 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 11/11/2021

Publicação: 23/02/2022

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

39) ADPF 850 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 11/11/2021

Publicação: 22/03/2022

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

40) ADI 5543

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. EDSON FACHIN
 Julgamento: 11/05/2020
 Publicação: 26/08/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

41) ACO 3121

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 13/10/2020

Publicação: 27/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

42) ADI 6347 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 30/04/2020

Publicação: 14/08/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 7

43) RE 626946

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Julgamento: 13/10/2020
 Publicação: 17/12/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

44) ADI 3355

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. EDSON FACHIN
 Julgamento: 18/08/2020
 Publicação: 16/12/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

45) MI 73005

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 27/04/2021

Publicação: 23/08/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

46) ADPF 779 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
 Julgamento: 15/03/2021
 Publicação: 20/05/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

47) ACO 3473 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 08/04/2021

Publicação: 24/05/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

48) ADI 4388

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 03/03/2020

Publicação: 12/03/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 14

49) RE 776823

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. EDSON FACHIN
 Julgamento: 07/12/2020
 Publicação: 23/02/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (Democratic Courts Index), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

50) ADO 30

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
 Julgamento: 24/08/2020
 Publicação: 06/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (Democratic Courts Index), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 19

51) RE 828040

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 12/03/2020

Publicação: 26/06/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

52) ADPF 567

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 01/03/2021

Publicação: 29/03/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 14

53) ADI 5996

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 15/04/2020

Publicação: 30/04/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (Democratic Courts Index), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

54) RE 685493

Repercussão Geral – Mérito (Tema 562) Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 22/05/2020

Publicação: 17/08/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

55) ADPF 874 MC

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
 Julgamento: 04/09/2021
 Publicação: 02/12/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

56) ACO 3427 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. EDSON FACHIN
 Julgamento: 24/09/2020
 Publicação: 14/12/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 10

57) ADI 2341

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 05/10/2020

Publicação: 19/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

58) RE 608898

Repercussão Geral – Mérito (Tema 373)

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 25/06/2020

Publicação: 07/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

59) ADPF 770 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 24/02/2021

Publicação: 10/03/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 7

60) ADPF 672 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 13/10/2020

Publicação: 29/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

61) ADI 3092

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Julgamento: 22/06/2020
 Publicação: 17/08/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

62) ADI 5631

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. EDSON FACHIN
 Julgamento: 25/03/2021
 Publicação: 27/05/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

63) MS 34250 AgR

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 05/10/2020

Publicação: 19/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

64) RE 858075

Repercussão Geral – Mérito (Tema 818)

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 17/05/2021

Publicação: 25/08/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

65) ADI 5580

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 24/08/2020

Publicação: 27/11/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

66) ADI 6342 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 29/04/2020

Publicação: 11/11/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 8

67) ADPF 509

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Julgamento: 16/09/2020
 Publicação: 05/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

68) ADI 5685

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 16/06/2020

Publicação: 21/08/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

69) ADI 6421 MC

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 21/05/2020

Publicação: 12/11/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12

70) ADI 6363 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 17/04/2020

Publicação: 24/11/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

71) ADPF 714 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 31/08/2020

Publicação: 22/09/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

72) ADPF 759 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 08/02/2021

Publicação: 15/04/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 9

73) ACO 3113

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 13/10/2020

Publicação: 16/12/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

74) ADPF 661

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 08/09/2021

Publicação: 15/09/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 11

75) ADPF 548

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 15/05/2020

Publicação: 09/06/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

76) Rcl 42358 AgR

Órgão julgador: Tribunal Pleno
 Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES
 Julgamento: 16/11/2020
 Publicação: 18/01/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

77) ADPF 738 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 05/10/2020

Publicação: 29/10/2020

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 15

78) ADPF 405

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 21/06/2021

Publicação: 30/06/2021

Após a apresentação das variáveis do Índice de Qualidade do Discurso (DQI) proposto, o qual passa a ser denominado Index Cortes Democráticas (*Democratic Courts Index*), as variáveis e a codificação podem ser representadas na seguinte tabela:

<i>Frequência na participação</i>	(0) Sem participação (1) Com participação
<i>Nível de justificação jurídica</i>	(0) Sem justificativa (1) Justificativa inferior (2) Justificativa qualificada (3) Justificativa sofisticada
<i>Conteúdo das justificativas jurídicas</i>	(0) Declaração explícita de interesse do grupo (1) Declaração neutra (2) Declaração explícita do bem comum em termos utilitários (3) Declaração explícita do bem comum em termos do princípio da diferença
<i>Respeito ao grupo</i>	(0) Sem respeito (1) Respeito implícito (2) Respeito explícito
<i>Respeito ao Contra-argumentos (reciprocidade/interatividade/abertura ao argumento do outro)</i>	(0) Contra-argumentos ignorados (1) Contra-argumentos incluídos, mas degradados (2) Contra-argumentos incluídos (3) Contra-argumentos incluídos e avaliados (4) Contra-argumentos integrados à decisão
<i>Questionamento (questioning)</i>	(0) Não contém uma pergunta informativa ou crítica (1) Contém uma pergunta informativa ou crítica
<i>Consenso construtivo</i>	(0) Posicional (1) Proposta alternativa (2) Recurso ao consenso (3) Proposta de mediação
<i>Tipos de discursos</i>	(0) protodiscurso (1) discurso convencional (2) discurso competitivo (3) discurso cooperativo (4) discurso colaborativo (ou racional)

DQI: 12