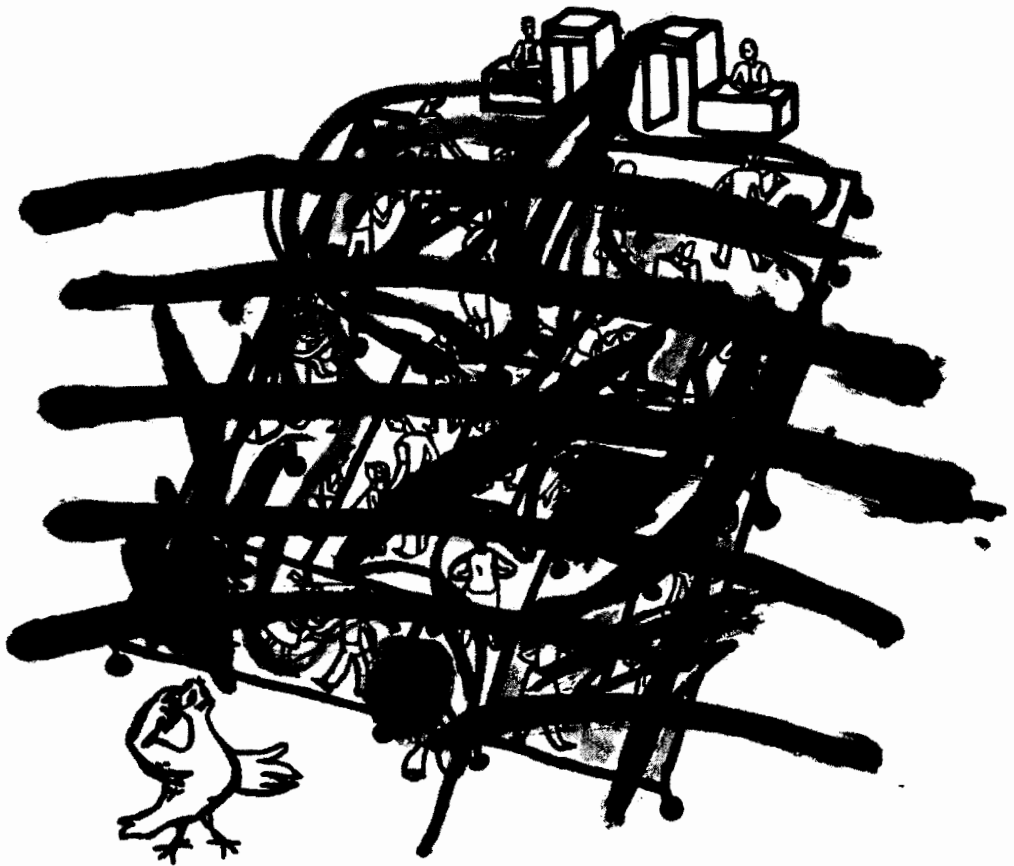


L. G. MARINONI

PROCESSO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA



Pat flies across the street and gets in line with all of the families.

Inside, everyone is waiting to go through the arches, called metal detectors.

Court officers, who dress all in blue, use the metal detectors to make sure everyone inside the court is safe.

Can you help Pat to the metal detector?

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Meihado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Gabrielly N. C. Saraiva, Maria Carolina Ferreira e Sofia Mattos

Capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Marinoni, Luiz Guilherme
Processo Constitucional e Democracia / Luiz Guilherme Marinoni. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5991-651-1

1. Democracia 2. Direito constitucional - Brasil 3. Direito processual - Brasil
I. Título.
21-84227 CDU-342:347.9(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Processo constitucional : Direito 342:347.9(81)
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	29
-----------------	----

PARTE I PROCESSO, DEMOCRACIA E DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

I. PRIMEIRAS PALAVRAS	39
1. A tensão entre a tutela dos direitos fundamentais e a democracia.....	39
2. A Constituição não afirma a supremacia do Judiciário	43
II. TENTATIVAS DE ACOMODAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM A DEMOCRACIA	47
1. Por meio da busca do que está escrito na Constituição e da história das suas normas: originalismo.....	47
2. A Constituição modesta	54
3. A leitura moral da Constituição e a busca da decisão correta pela Suprema Corte	66
4. Síntese crítica	71
III. DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS, DEMOCRACIA E VERDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL	81
1. O direito de participar da criação dos direitos: a sua sobreposição em face do direito ao reconhecimento judicial dos direitos morais	81
2. Teoria da autoridade <i>versus</i> teoria da justiça: o equívoco em tentar resolver um problema de autoridade mediante a procura de uma decisão justa	86
3. Sobre o problema da objetividade moral: a incompatibilidade entre resposta correta e questão moral	89

4.	Ainda sobre a objetividade moral: há como reconhecer judicialmente um consenso sobre uma questão moral?.....	94
5.	Quando o desacordo constitui resistência moralmente desrazoável.....	96
6.	O que há por trás da expressão “tirania da maioria”? A sua inaplicabilidade diante dos desacordos morais razoáveis	99
7.	As minorias isoladas e impotentes em face dos desacordos morais razoáveis	106
8.	O controle da decisão parlamentar sobre desacordo moral razoável	115
9.	As questões morais enquanto fundamentos das decisões constitucionais	119
10.	Os desacordos morais e a busca da verdade no Estado Constitucional	121
11.	Os fatos como forma de controle das decisões das instituições públicas e argumento para a implementação do diálogo institucional	126
12.	O diálogo diante dos fatos morais.....	129
IV.	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIÁLOGO CONSTITUCIONAL	139
1.	Teoria constitucional, democracia e decisão	139
2.	Interpretação constitucional e democracia deliberativa.....	141
3.	A ideologia da supremacia judicial em prejuízo da participação e do diálogo na formação do sentido da Constituição	158
4.	O <i>backlash</i> em diferentes perspectivas: entre a última palavra e o diálogo constitucional	171
5.	A não decisão enquanto opção democrática: a virtude passiva	179
5.1.	Decidir o recurso sem decidir para todos (eficácia vinculante) para favorecer o diálogo constitucional	179
5.2.	O uso virtuoso do poder de não decidir	184
5.3.	O poder de não decidir do Supremo Tribunal Federal: repercussão geral, suspensão do processo e gestão da pauta.....	211
6.	O minimalismo como forma de abertura ao diálogo	216
6.1.	Quando decidir o necessário constitui uma escolha democrática ...	216
6.2.	Afirmar a (in)constitucionalidade, ainda que de forma minimalista...	230
6.3.	Alguns casos de decisões que pecaram ao ser maximalistas e de boas decisões deferentes ao diálogo nos Estados Unidos	231

7.	A técnica do “ <i>second look</i> ” como meio de salvaguarda da participação popular e da atuação do Parlamento	238
7.1.	A construção dogmática do “ <i>second look</i> ” diante da preocupação com a supremacia judicial	238
7.2.	A <i>opinion</i> de Calabresi em Quill v. Vacco: a decisão de inconstitucionalidade provisória como impulso ao diálogo	248
V.	AS CORTES À LUZ DO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL.....	259
1.	As técnicas em prol do diálogo empregadas em Quill v. Vacco (Corte do Segundo Circuito) e em Vacco v. Quill (Suprema Corte dos Estados Unidos): entre o “ <i>second look</i> ” e o minimalismo	259
2.	A criminalização do suicídio assistido diante da Corte Constitucional italiana: a suspensão do julgamento com previsão de retomada	264
3.	A Suprema Corte do Reino Unido, a criminalização do suicídio assistido e a análise da sua compatibilidade diante da Convenção Europeia de Direitos Humanos: a relevância do respeito à vontade da população e do Parlamento	272
3.1.	O <i>Human Rights Act</i> e o controle de compatibilidade da lei no Reino Unido	272
3.2.	Os <i>Lords</i> diante de R (Nicklinson) v. Ministry of Justice	276
4.	Uma comparação entre as decisões da Corte do Segundo Circuito, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Corte Constitucional italiana e da Suprema Corte do Reino Unido em face da criminalização do suicídio assistido. Com uma aproximação às virtudes passivas e ao minimalismo ...	283
5.	O Supremo Tribunal Federal e a necessidade do diálogo institucional: o caso da descriminalização do uso das drogas para uso pessoal	290
VI.	TÉCNICAS DECISÓRIAS ENDEREÇADAS AO DIÁLOGO E À COOPERAÇÃO.....	309
1.	Considerações iniciais.....	309
2.	Suspensão do julgamento com anúncio de retomada	310
3.	Decisão de constitucionalidade com reserva	313
4.	Decisão de constitucionalidade deferente	317
5.	Decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação	320
6.	Decisão de inconstitucionalidade provisória	321
7.	Decisão de inconstitucionalidade com solicitação	326

8.	Decisão de inconstitucionalidade com adiamento dos seus efeitos	327
9.	Decisão de (in)constitucionalidade sem eficácia vinculante	327
VII.	A REAÇÃO DO PARLAMENTO DIANTE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	331
1.	Considerações prévias	331
2.	O que significa afirmar que as decisões da Corte não têm eficácia vinculante em relação ao Legislador?	332
3.	A decisão de inconstitucionalidade, especialmente nos casos de desacordo moral razoável, é essencialmente provisória	338
4.	Precedente constitucional e decisão de inconstitucionalidade: diferentes formas de impacto sobre o Legislador.....	339
5.	Situações em que o Parlamento pode editar lei sem necessidade de tentar superar a interpretação da Corte.....	342
5.1.	Modificação dos fatos e valores sociais	342
5.2.	A edição da lei mediante <i>distinguishing</i>	345
5.3.	Quando o <i>overruling</i> da Corte é provável.....	347
6.	Reflexos da necessidade de modificar a Constituição e de apenas apresentar razões contrárias à Corte: duas diferentes formas de reação parlamentar	350
7.	A relação entre a imutabilidade do objeto da interpretação e o diálogo como fator determinante da suficiência da lei como meio de reação à decisão da Corte	356
8.	A edição de lei em confronto com a decisão da Corte: provisoriedade e consensualidade.....	359
9.	A reação do Parlamento com base nos fatos: do grave e silencioso problema dos fatos constitucionais na Corte a um diálogo institucional consistente....	361
10.	A omissão em face das decisões da Corte: a responsabilidade do Legislativo perante a população num sistema aberto ao diálogo	366
11.	As razões da Corte e do Parlamento no diálogo	367
12.	O controle judicial da emenda constitucional	370
PARTE II		
TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DO		
DIREITO CONSTITUCIONAL		
I.	INTRODUÇÃO	377

II. A AÇÃO EM QUE SE ARGUI A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI E A AÇÃO EM QUE SE INVOCA DIRETAMENTE A CONSTITUIÇÃO	385
1. Primeiros esclarecimentos.....	385
2. A interpretação da lei nos termos da Constituição diante do controle de constitucionalidade.....	386
2.1. A importância da teoria da norma no processo constitucional.....	386
2.2. A lei e os limites do Juiz	391
2.3. A inconstitucionalidade branca	395
2.4. Interpretação conforme à Constituição	399
2.5. Interpretação e alteração da norma incompatível com a Constituição: interpretação conforme e decisões reconstrutivas	403
3. A invocação direta da Constituição	405
3.1. Eficácia dos direitos fundamentais sobre o Estado e sobre os particulares	405
3.2. Tutela judicial e eficácia horizontal (mediata e imediata) dos direitos fundamentais.....	408
3.3. Os termos da eficácia horizontal mediata	412
3.4. As normas de proteção e as tutelas jurisdicionais dos direitos fundamentais	413
3.5. Eficácia horizontal mediante a decisão judicial e eficácia vertical com repercussão lateral sobre as partes.....	423
3.6. Controle incidental da omissão inconstitucional.....	426
3.7. Legitimidade do controle incidental de omissão.....	428
 III. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL ENQUANTO QUESTÃO PREJUDICIAL: ENTRE A EFICÁCIA DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E A EFICÁCIA VINCULANTE.....	 431
1. O significado de questão prejudicial no Código de Processo Civil de 2015.....	431
2. Eficácia <i>ultra partes</i> da coisa julgada sobre questão	440
3. Questão constitucional como questão prejudicial: a coisa julgada sobre questão diante da decisão proferida no incidente de inconstitucionalidade	443
4. O falso problema da eficácia da coisa julgada sobre questão constitucional em benefício de terceiros	449

5.	Questão constitucional e incidente de resolução de demandas repetitivas	459
6.	Ação coletiva e questão constitucional	462
IV.	INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE: LIMITES E CONSISTÊNCIA DO CONTROLE DIFUSO NOS TRIBUNAIS E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	465
1.	Primeiras considerações	465
2.	Limites do órgão fracionário e necessidade de envio da arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial	466
3.	A súmula vinculante n. 10: reprovação do escamoteamento da inconstitucionalidade	467
4.	O procedimento no órgão especial ou no plenário	468
5.	O julgamento, no órgão especial ou no plenário, não se encerra enquanto houver possibilidade de alcançar maioria absoluta dos votos dos seus membros	470
6.	Tipos de decisão no incidente de inconstitucionalidade	470
7.	Efeito vinculante das decisões proferidas em incidente de inconstitucionalidade	472
8.	Incidente de inconstitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça	474
V.	OS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CAMINHO DA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: O PROBLEMA DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDIR A PARTIR DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREMATURO ...	481
1.	Palavras iniciais	481
2.	Novamente a confusão acerca do significado de interpretação conforme à Constituição	484
3.	O Superior Tribunal de Justiça é a Corte incumbida de definir a interpretação da lei nos termos da Constituição	486
4.	A equivocada suposição de que o recurso extraordinário é cabível contra a decisão de Tribunal que interpreta a lei em desacordo com a Constituição ...	487
5.	Rápido aceno à relação entre a Corte de Cassação e a Corte Constitucional italianas: a admissão do controle de constitucionalidade do <i>diritto vivente</i>	489

6. A instituição de precedente pressupõe amplo debate entre os Tribunais do país sobre a interpretação da lei	492
7. A admissão de recurso extraordinário contra decisão de Tribunal que interpreta a lei é incompatível com o sistema constitucional de distribuição de justiça	495
8. A falta de percepção de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não são Cortes de revisão.....	497
9. O Supremo Tribunal Federal não é uma Corte revisora das decisões do Superior Tribunal de Justiça	500
10. A função do Supremo Tribunal Federal deve se limitar ao controle da constitucionalidade da interpretação atribuída à lei pelo Superior Tribunal de Justiça mediante precedente	501
11. A repercussão geral como critério legitimador da limitação da função do Supremo Tribunal Federal ao controle de constitucionalidade da interpretação delineada pelo Superior Tribunal de Justiça	503
12. Do recurso extraordinário diante de precedente interpretativo do Superior Tribunal de Justiça e das decisões de Tribunal que violam diretamente a Constituição e reconhecem a inconstitucionalidade da lei	504
VI. DA REPERCUSSÃO GERAL: O USO VIRTUOSO DO PODER DE NÃO DECIDIR.....	509
1. Quadro inicial	509
1.1. Objetivo da repercussão geral	509
1.2. Elementos da repercussão geral	513
1.3. Em particular a transcendência	517
1.4. O recurso extraordinário não é um direito subjetivo do litigante ...	522
1.5. A repercussão geral e o poder de não decidir do Supremo Tribunal Federal	525
2. Fatores que contribuíram para a má compreensão da repercussão geral ...	530
2.1. A indevida relação da repercussão geral com os recursos repetitivos ...	530
2.2. A distorção do significado de precedente constitucional	536
2.3. A falta de atenção aos significados de violação direta e de violação indireta da Constituição	544
3. As verdadeiras razões da repercussão geral.....	549
3.1. A não decisão enquanto uso virtuoso do poder da Corte	549

3.2.	Não decidir para poder bem decidir.....	550
3.3.	Não decidir em respeito ao diálogo constitucional	552
3.4.	Questões morais não discutidas.....	556
3.5.	Fatos ainda inesclarecíveis	558
3.6.	Fatos que devem ser mais bem esclarecidos	559
4.	Releitura da repercussão geral	560
4.1.	Do plenário virtual	560
4.1.1.	Do silêncio do julgador enquanto reconhecimento tácito para a necessidade de expressamente afirmar a repercussão geral	560
4.1.2.	A decisão acerca da natureza (constitucional ou infraconstitucional) da questão por maioria absoluta	562
4.1.3.	A reafirmação do entendimento da Corte diante da função da repercussão geral: a invocação de “jurisprudência dominante” após a proposta do relator	563
4.1.4.	O quórum para reafirmar a jurisprudência dominante em face dos novos quóruns estabelecidos para decidir sobre a questão constitucional e reconhecer a repercussão geral ...	566
4.2.	As ditas presunções de repercussão geral	568
4.2.1.	Observações gerais	568
4.2.2.	Do recurso que impugna decisão que “contraria súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” ...	569
4.2.3.	Do recurso que impugna decisão que “reconheceu a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”	572
4.3.	A fundamentação da decisão sobre a repercussão geral e a questão constitucional diante dos fundamentos do recurso extraordinário ...	575
4.3.1.	O problema da fundamentação da decisão	575
4.3.2.	O delineamento da questão constitucional.....	581
4.4.	A rejeição da repercussão geral	589
4.4.1.	A natureza provisória da decisão que rejeita a repercussão geral	589
4.4.2.	Não decidir para quem?	591
4.4.3.	Uma decisão que não decide pode ser um precedente vinculante?	592

4.5.	O art. 326 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: o relator pode negar a repercussão geral “com eficácia apenas para o caso concreto”	592
4.5.1.	Explicação inicial	592
4.5.2.	Da necessidade de submeter a decisão do relator ao plenário.....	593
4.6.	A respeito de preclusão quanto ao reconhecimento da repercussão geral e sobre a possibilidade de negar eficácia vinculante à decisão que julga o recurso extraordinário	594
4.6.1.	Acerca da eventual preclusão da decisão que reconhece a repercussão geral	594
4.6.2.	A revisão da repercussão geral no art. 323-B, RISTF	596
4.6.3.	A eficácia vinculante não é consequência necessária da repercussão geral	597
4.6.4.	Eficácia <i>inter partes</i> da decisão que julga o recurso extraordinário: em proveito do diálogo constitucional	602
4.7.	O problema da suspensão dos processos	607
4.7.1.	A estratégia e os seus equívocos	607
4.7.2.	O excesso: violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional	608
4.7.3.	O caso constitucional visto como mola propulsora do desenvolvimento da Constituição e não como um “problema”	611
4.7.4.	A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal regular a suspensão dos processos de acordo com as particularidades da questão constitucional enfrentada	612
4.7.5.	A suspensão dos processos não é obstáculo para a Corte negar eficácia vinculante à sua decisão	614
VII.	DA DELIBERAÇÃO EM PLENÁRIO: DISCUSSÃO, DECISÃO E JUSTIFICATIVA	615
1.	Observações iniciais	615
2.	Fases do julgamento	618
3.	Da discussão	619
3.1.	A importância do relatório e da delimitação do objeto da discussão	619

3.2.	Entre a decisão que reconhece a repercussão geral e a necessidade de fixar o objeto da discussão: os termos em que a discussão está vinculada ao recurso extraordinário	622
3.3.	A necessidade de abrir oportunidade para as partes e os <i>amici curiae</i> discutirem o fundamento constitucional não expresso no recurso....	631
3.4.	A importância de o Advogado poder sustentar depois do voto do relator	633
3.5.	A formulação de perguntas aos Advogados	638
3.6.	Ainda o voto do relator	639
3.7.	Seria oportuno ter uma fase unicamente voltada às sustentações orais, precedendo a fase de votação?	641
3.8.	Sobre a importância de ter um momento, seguido do relatório e do projeto de voto do relator, para que todos reflitam sobre o caso a ser decidido.....	642
3.9.	O problema do pedido de vista	643
3.10.	A importância de o Advogado poder falar antes da proclamação do resultado.....	645
4.	Da decisão	646
4.1.	A decisão do recurso diante do precedente	646
4.2.	Decisão por maioria e decisão plural	647
4.3.	Fundamentos majoritário, concorrente e dissidente.....	648
4.4.	A decisão plural e a <i>ratio decidendi</i> no Supremo Tribunal Federal ...	651
4.5.	Decisão do caso e do fundamento em separado	658
4.6.	Necessidade de votação em separado: normas distintas e particularidade e autonomia das alegações de inconstitucionalidade em face de uma mesma lei	662
4.7.	A importância da identificação da decisão sobre os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade.....	663
4.8.	A decisão sobre o modo de decidir: a metadecisão	664
4.9.	Fundamentos contraditórios e emprego da técnica da decisão em separado	665
4.10.	Todos os fundamentos devem ser discutidos na forma individualizada.....	666
5.	Da proclamação do resultado	667

5.1.	Proclamação da decisão do recurso e da <i>ratio decidendi</i>	667
5.2.	Proclamação da <i>ratio decidendi</i> ou dos fundamentos majoritário, dissidente e concorrente	668
5.3.	Significado da elaboração da <i>ratio decidendi</i> pela Corte	670
5.4.	Discussão e decisão sobre o resultado	671
5.5.	O Advogado diante da proclamação do resultado	672
6.	Da justificativa	675
6.1.	A justificativa dos fundamentos	675
6.2.	A impropriedade dos votos individuais escritos diante da necessidade de justificativa dos fundamentos	677
6.3.	A <i>ratio decidendi</i> em face da justificativa	678
6.4.	A justificativa como garantia da formação democrática do precedente constitucional	679
6.5.	A justificativa enquanto modelo escrito dirigido ao diálogo constitucional	680
VIII. OS FATOS NA CORTE: A IMPORTÂNCIA DA BUSCA DA VERDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL, ESPECIALMENTE PARA UM DIÁLOGO VÁLIDO, DIGNO E POSSÍVEL		685
1.	O problema e a proposta	685
2.	Os dogmas	688
2.1.	O controle de constitucionalidade não abre oportunidade à aferição de fatos	688
2.2.	O recurso extraordinário diz respeito às normas e não aos fatos	691
2.3.	A súmula 279 do Supremo Tribunal Federal: a inadmissibilidade do recurso extraordinário quando necessária a valoração das provas	694
3.	A abertura para os fatos	696
3.1.	A lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade	696
3.2.	O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal	700
3.3.	Decisões do Supremo Tribunal Federal atentas à importância dos fatos: os casos dos botijões de gás, do amianto e do feto anencéfalo	702
4.	Dos fatos que interessam à Corte	708
4.1.	Primeiras palavras	708

4.2.	Fatos legislativos e prognoses	709
4.3.	Fatos pressupostos pela lei, fatos equivocadamente valorados e indevidamente ignorados pelo Legislador, fatos não discutidos pelas pessoas e no Parlamento, fatos desconhecidos quando da elaboração da lei e fatos que passaram a ter outro significado com o passar do tempo	712
4.4.	As normas constitucionais enquanto reveladoras dos fatos que integram a disputa constitucional: o caso exemplar do princípio da igualdade	720
4.5.	A concretização da Constituição com base nos fatos	723
5.	Fatos constitucionais, incerteza e (incorreto) uso da prova	726
5.1.	Considerações iniciais	726
5.2.	A diferença entre investigar ou descobrir um fato e esclarecer a respeito de um juízo já formado pela comunidade	727
5.3.	Fatos científicos ainda discutidos na comunidade.....	728
5.4.	Fatos inesclarecíveis	731
5.5.	Os fatos no curso do tempo e a questão do desenvolvimento da ciência: a decisão constitucional provisória como resposta à transitoriedade do significado dos fatos	736
5.6.	O caso da pílula do câncer: falta de prova para a negação de fato pressuposto pelo Legislador	740
5.7.	O caso dos botijões de gás: discussão sobre fatos na Corte à distância dos especialistas e do perito	743
5.8.	Quando os fatos que necessitam ser discutidos pela população são analisados na Corte.....	745
6.	Os fatos constitucionais diante da teoria da prova	747
6.1.	Fatos litigiosos e fatos constitucionais.....	747
6.2.	Fatos constitucionais individuais e fatos constitucionais gerais	749
6.3.	A teoria da prova e a prática judicial da Corte (ainda) não respondem aos fatos constitucionais.....	754
6.4.	Fatos constitucionais e regras de experiência	758
6.5.	A prova pericial e o depoimento de “pessoas com experiência e autoridade na matéria” enquanto provas indiretas: questões prévias ao juízo entre a prova e o fato	767
6.6.	Ônus da prova do fato constitucional?.....	772

6.7.	Fatos insuscetíveis de pleno esclarecimento: a provisoriedade da decisão constitucional como resposta.....	778
6.8.	Prova e fato notório	781
6.9.	Fatos ignorados e desconsideração dos fatos na justificativa: violação ao dever de decidir e violação ao dever de justificar	783
6.10.	Para decidir não basta optar pelas provas no sentido da (in)constitucionalidade, mas é preciso negar as provas que lhe são contrárias.....	786
6.11.	A necessidade de uma decisão em destaque sobre a admissibilidade das provas.....	788
6.12.	O equívoco em ver o <i>amicus curiae</i> como “meio de prova”	794
6.13.	O esclarecimento dos fatos pode prejudicar as partes no recurso extraordinário?	796
7.	Prova, participação e justificativa	797
7.1.	Participação e legitimidade do resultado da prova	797
7.2.	Participação e raciocínios probatório, decisório e justificativo	798
7.2.1.	Raciocínio probatório.....	799
7.2.2.	Raciocínio decisório	803
7.2.3.	Raciocínio justificativo.....	805
7.3.	Participação adequada das partes e dos <i>amici curiae</i>	808
7.4.	A justificativa diante do problema da discussão parlamentar sobre os fatos	809
7.5.	Quando há desacordo entre os depoentes e especialistas na Corte: a imprescindibilidade de a justificativa demonstrar o motivo pelo qual prefere o depoimento de um especialista, ou mesmo uma estatística ou pesquisa, em detrimento de outro.....	810
7.6.	Justificativa, presunção de constitucionalidade e grau de convicção.....	811
IX.	O AMICUS CURIAE: LIMITES E IDONEIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CORTE.....	813
1.	Palavras iniciais.....	813
2.	Entre a assistência às partes, a assistência à Corte e a representação dos grupos	815
3.	O <i>amicus</i> enquanto representante da população no processo de decisão sobre o sentido da Constituição.....	817

4.	O <i>amicus</i> não se presta apenas a esclarecer fatos	818
5.	O <i>amicus</i> no recurso extraordinário e na fase de admissão da repercussão geral	821
6.	Critérios para a admissão do <i>amicus curiae</i>	822
7.	Controle do <i>amicus curiae</i> pela Corte e pelos grupos	829
8.	A participação dos <i>amici</i> deve obedecer à lógica da representação das posições conflitantes: o problema da paridade	830
9.	A Corte pode convocar <i>amici</i> a participar	830
10.	<i>Amici</i> , enquanto representantes de grupos, e especialistas dotados de capacidade de esclarecer fatos enquanto terceiros desinteressados.....	832
11.	Poderes processuais do <i>amicus</i> : a efetividade da participação	834
12.	A justificativa enquanto contrapartida da participação popular na discussão perante a Corte	839
X.	INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A INTRODUÇÃO DOS FATOS NAS DECISÕES INTERPRETATIVAS	841
1.	Interpretação e democracia	841
2.	Interpretação constitucional e mutação da Constituição.....	843
3.	A mutação da Constituição é um problema de interpretação?	846
4.	Limites entre a interpretação e a mutação da Constituição	848
4.1.	Interpretação mediante cláusulas abertas, conceitos vagos e conceitos que remetem expressamente a circunstâncias extrajurídicas	849
4.2.	Interpretação e atualização dos pressupostos de fato da norma constitucional.....	852
4.3.	A interpretação constitucional em face do espaço de liberdade do legislador.....	854
4.4.	Interpretação e desenvolvimento da Constituição	856
5.	Quando se pensa em mutação, mas há interpretação	857
6.	A interpretação constitucional concretizadora: necessidade de respeito ao texto e ao programa normativo	861
7.	A racionalidade da interpretação	867
7.1.	A importância da fundamentação	867

7.2. Interpretação e devida aferição, valoração e justificativa dos fatos constitucionais: o nexa entre a teoria da interpretação e a teoria da prova	870
8. Interpretação concretizadora em face de fatos compreendidos a partir de diferentes perspectivas morais: entre a impossibilidade de decidir uma questão moral e a possibilidade de discutir um argumento moral para decidir uma questão jurídica	877
9. Interpretação constitucional diante de argumentos que espelham desacordos morais razoáveis	881
XI. TIPOS DE DECISÃO CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO E RECONSTRUÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO	883
1. A decisão constitucional, no recurso extraordinário, também pode ser classificada em vários tipos.....	883
2. Tentativa de aproximação das decisões em controle incidental e direto ...	883
3. Decisões que reconhecem e reprovam interpretações, sem negar a constitucionalidade do texto: interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução de texto	884
4. A declaração parcial de nulidade diante da ilegitimidade da aplicação da norma-interpretação	888
5. Da interpretação conforme e dos seus limites.....	889
6. Diferença entre interpretar e tornar uma norma (inconstitucional) constitucional: as decisões reconstitutivas ou manipulativas	892
7. Decisões reconstitutivas	898
7.1. Decisões redutivas	898
7.2. Decisões aditivas	901
7.3. Decisões substitutivas.....	904
8. Justificativa da instituição de norma compatível com a Constituição mediante o controle incidental	905
9. Limites do juiz diante da reelaboração da norma incompatível com a Constituição.....	907
10. Outras decisões tomadas no controle concentrado que, mediante reelaboração teórica, podem se ajustar ao controle incidental.....	919
10.1. Decisão de inconstitucionalidade por arrastamento	919
10.2. Decisão de inconstitucionalidade com postergação de efeitos	925

10.3. Decisão de constitucionalidade com advertência de inconstitucionalidade	930
11. Reenvio às decisões constitucionais deferentes ao Parlamento e que favorecem o diálogo constitucional	937
XII. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL	939
1. O problema do controle difuso destituído de precedentes obrigatórios ...	939
2. A nova dimensão da interpretação constitucional e a conseqüente relevância das decisões proferidas no controle difuso.....	943
3. O precedente no controle concentrado: da decisão com eficácia <i>erga omnes</i> à eficácia vinculante do seu fundamento determinante	945
4. A eficácia vinculante não é um atributo exclusivo do controle concentrado...	952
5. A natureza das decisões constitucionais, a incrementação da ordem jurídica e os precedentes constitucionais.....	955
6. A tradição de <i>civil law</i> e a dificuldade de perceber que, no recurso extraordinário, está em jogo mais do que saber qual das partes tem razão	956
7. A confusão derivada da regra que confere ao Senado poder para “suspender a execução” da lei declarada inconstitucional	958
8. A solução fácil da “tese” do recurso extraordinário e o problema da porção da fundamentação da decisão que se reveste de eficácia vinculante	962
9. Decidir os fundamentos em separado ou contar os votos que sustentam os fundamentos? Entre a decisão do recurso, a decisão incidental de (in)constitucionalidade e o fundamento de (in)constitucionalidade	968
10. Quando o recurso afirma a inconstitucionalidade de duas leis ou condutas diferentes: as decisões paradoxais.....	971
11. A decisão incidental de inconstitucionalidade e o seu fundamento no espaço da <i>ratio decidendi</i> e da eficácia vinculante.....	973
12. Para que pode servir o trabalho de delinear uma “tese” ao se julgar o recurso extraordinário?	977
13. O <i>distinguishing</i> em face dos precedentes constitucionais	981
14. Quando o precedente pode ser revogado? O que justifica o <i>overruling</i> ?....	992
15. O precedente desgastado	1007
16. Além da segurança jurídica: o precedente enquanto garantia da racionalidade e da coerência da interpretação constitucional.....	1009

XIII. DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA DECISÃO QUE REVOGA PRECEDENTE: ENTRE A EFICÁCIA DA LEI INCONSTITUCIONAL E A EFICÁCIA DO PRECEDENTE REVOGADO.....	1017
1. Os efeitos temporais das decisões que invalidam lei e revogam precedente: uma diferença de substância	1017
2. A modulação de efeitos não é atributo exclusivo das decisões de inconstitucionalidade do controle concentrado.....	1020
3. Da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade....	1027
4. Modulação de efeitos em caso de não recepção de norma pré-constitucional	1039
5. Decisão de constitucionalidade em ação direta e possibilidade de ação de inconstitucionalidade: entre as eficácias de coisa julgada e de precedente	1041
6. Decisão de constitucionalidade em ação direta, alteração dos fatos sociais e controle difuso	1047
7. Os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade que nega decisão de constitucionalidade proferida em ação direta.....	1050
8. A declaração de inconstitucionalidade em face de precedente do Superior Tribunal de Justiça.....	1051
9. Modos de operar com os efeitos temporais da decisão que revoga precedente	1055
9.1. O efeito retroativo, em regra	1055
9.2. A limitação da retroatividade diante das situações jurídicas formadas com base em precedente que gozava de confiança justificada	1056
9.3. Quando a Corte institui novo precedente, mas, com suporte na confiança justificada, aplica o precedente revogado ao caso	1056
9.4. Efeitos a partir da decisão ou de data ou evento futuros: também a decisão de inconstitucionalidade sob condição	1064
9.5. Outras formas de modulação	1068
9.5.1. Irretroatividade sobre os processos em andamento	1068
9.5.2. A modulação dos efeitos temporais com base na sinalização do desgaste do precedente pela própria Corte.....	1069
XIV. FORMAS DE REAÇÃO À DECISÃO QUE VIOLA PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.....	1071
1. Breve alusão ao Código de Processo Civil	1071

2.	Precedente como norma jurídica	1072
3.	Violação de precedente do Supremo Tribunal Federal: o problema da identificação da <i>ratio decidendi</i>	1077
4.	A impugnação como meio para obstaculizar a execução de sentença que não observou precedente constitucional	1079
5.	Ação rescisória e violação de precedente	1081
5.1.	A ação rescisória com base no art. 966, V, do Código de Processo Civil.....	1081
5.2.	Sobre a não percepção da “existência de distinção” e também acerca da não aplicação de precedente manifestamente aplicável	1082
5.3.	Técnica da distinção e equívoco manifesto na aplicação de precedente	1084
5.4.	O ônus daquele que pretende a rescisão com base em manifesto equívoco na aplicação (ou não) de precedente	1086
6.	Reclamação	1087
6.1.	Da tutela da decisão <i>inter partes</i> para a proteção da decisão e do precedente constitucional	1087
6.2.	Sobre a eficácia da <i>ratio decidendi</i> e a eficácia do dispositivo da decisão proferida em ação direta: o uso da reclamação para a tutela da <i>ratio decidendi</i> ou dos fundamentos determinantes da decisão	1089
6.3.	A reclamação como consequência lógica da eficácia vinculante que recai sobre precedente firmado em recurso extraordinário	1090
6.4.	A reclamação como meio de tutela da autoridade do precedente constitucional: entre a correção das decisões e a reafirmação do sentido da Constituição	1092
6.5.	A tutela do precedente como forma de garantia da competência da Corte	1093
6.6.	As particularidades da decisão e do precedente constitucional	1094
6.7.	A reclamação como reflexo e consequência dos enunciados constitucionais vinculantes	1098
6.8.	A reclamação como forma de tutela destinada à reafirmação do que a Corte declarou: ação de cognição limitada e de natureza documental	1101
6.9.	Na reclamação não se decide caso constitucional, mas se pode realizar <i>distinguishing</i>	1102

6.10. Sobre o argumento de que a reclamação pode prejudicar o trabalho do Supremo Tribunal Federal: a falta de percepção de que a Corte tem dever de garantir a observância dos seus precedentes	1106
6.11. A reclamação e o recurso extraordinário como meios para a tutela do precedente constitucional	1109
XV. DA IRRETROATIVIDADE DA DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA.....	1113
1. Fundamentos da salvaguarda da coisa julgada em face da decisão de (in)constitucionalidade.....	1113
1.1. Discurso jurídico e coisa julgada	1113
1.2. Coisa julgada e afirmação do poder do Estado	1114
1.3. Coisa julgada e segurança jurídica.....	1117
1.4. A coisa julgada e o conteúdo da decisão judicial no Estado Constitucional	1120
1.5. A eficácia da decisão qualificada pela coisa julgada diante da falta de eficácia da lei que lhe serviu de suporte.....	1126
1.6. O reflexo da distinção entre os sistemas difuso e concentrado sobre a questão da coisa julgada sucedida por decisão de inconstitucionalidade	1131
1.7. A coisa julgada na Constituição brasileira	1138
1.8. A decisão de constitucionalidade igualmente não pode retroagir sobre a coisa julgada que reveste decisão que não aplicou lei ao reconhecê-la inconstitucional	1139
2. Ação rescisória e decisão de (in)constitucionalidade.....	1140
2.1. Introdução.....	1140
2.2. A sustentação da inaplicabilidade da súmula 343-STF diante da interpretação constitucional: especialmente o falso argumento de que a Constituição sempre oportuniza uma única interpretação ou uma “interpretação correta”	1141
2.3. Nenhuma decisão de (in)constitucionalidade, proferida em controle difuso ou em controle concentrado, constitui fundamento suficiente para a desconstituição da coisa julgada.....	1149
2.4. O verdadeiro fundamento que se tenta atribuir à ação rescisória: a retroatividade do <i>ius superveniens</i> sobre a coisa julgada	1150
2.5. Sobre os §§ 14 e 15 do art. 525 do Código de Processo Civil	1151

2.6.	O caso <i>Metabel v. União Federal</i> : a não admissão de ação rescisória baseada em ulterior precedente do Supremo Tribunal Federal mediante a afirmação da súmula 343 e do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.....	1153
2.7.	Hipóteses em que a ação rescisória com base em violação de norma constitucional é admissível.....	1156
3.	O problema da “modulação” dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada.....	1158
XVI.	DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE, COISA JULGADA E RELAÇÕES CONTINUATIVAS	1161
1.	A coisa julgada no tempo.....	1161
2.	A alteração das circunstâncias de fato ou de direito e o surgimento de outra ação e nova coisa julgada	1162
3.	Fato e direito novos	1163
4.	Relação continuativa: elementos temporários e estáveis.....	1165
5.	Novamente uma alusão ao direito tributário	1166
6.	Declaração de inconstitucionalidade como circunstância nova.....	1169
7.	Declaração de constitucionalidade como circunstância nova	1170
8.	O precedente e a decisão de (in)constitucionalidade enquanto fundamentos da cessação da eficácia da coisa julgada.....	1172
9.	A decisão e o precedente são suficientes para fazer cessar a eficácia da coisa julgada?	1174
XVII.	DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: NOVAS PERSPECTIVAS	1177
1.	Introdução.....	1177
2.	Abstratização ou racionalização do controle incidental de inconstitucionalidade?	1179
3.	A repercussão geral e a eficácia vinculante são capazes de eliminar o caso concreto do cogito que informa a formação do precedente constitucional?.....	1190
4.	A concretização do controle abstrato de constitucionalidade	1194
5.	A aproximação entre os sistemas de controle abstrato e concreto no direito brasileiro	1201

6. O sistema dual brasileiro: incidental e principal	1203
7. Ações voltadas ao controle de constitucionalidade? Em busca da ação “constitucional” conformada com base em cláusulas processuais abertas	1212
8. Ação, formas de tutela do direito constitucional e técnica processual.....	1214
9. Racionalidade e controle das decisões e do uso das técnicas processuais no controle abstrato.....	1218
9.1. As cláusulas processuais abertas a serviço da jurisdição constitucional: a expansão do poder da Corte	1218
9.2. O problema das decisões interpretativas e reconstrutivas: quando o menos pode ser mais.....	1222
9.3. A modulação de efeitos: a Constituição em risco	1226
9.4. Decidir de forma maximalista ou minimalista é algo que está à discrição da Corte?	1230
9.5. A negação dos fatos, os problemas daí decorrentes e alguns critérios capazes de viabilizar decisões adequadas à verdade do Estado Constitucional.....	1236
9.6. Decisões monocráticas e liminares: a constitucionalidade em estado de espera.....	1243
10. Controle abstrato, fatos e diálogo constitucional.....	1253
10.1. A aferição da omissão na ação de inconstitucionalidade	1253
10.2. A identificação da “controvérsia judicial relevante” e a legitimidade do uso da ação de constitucionalidade.....	1260
10.3. A arguição de descumprimento de preceito fundamental diante de um estado de fato inconstitucional: o problema e os limites das decisões estruturais	1269
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	1285
TABELA DE CASOS.....	1339
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....	1345