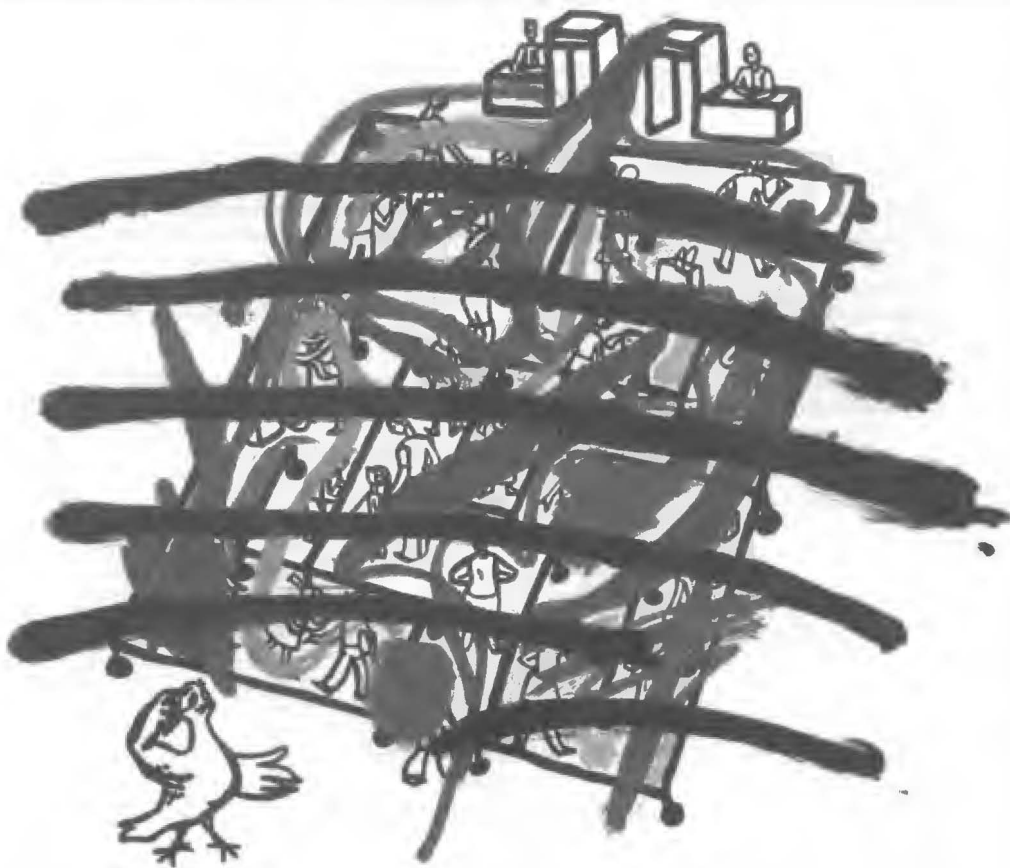


L. G. MARINONI

PROCESSO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

2.^a EDIÇÃO
REVISIA, ATUALIZADA E AMPLIADA



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?

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS



Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Emanuel Silva, 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 Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários: Ana Carolina Francisco e Francisco Prado

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

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

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patricia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

Estagiários: Beatriz Hammond e Caroline Dubovicki

Capa: Linotec

Lider 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. -- 2. ed.
revista, atualizada e ampliada -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.

Bibliografia.

ISBN 978-65-260-0578-1

1. Democracia 2. Direito constitucional - Brasil 3. Direito processual - Brasil
I. Título.

22-130659

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. Introdução.....	81
2. O direito de participar da criação dos direitos: a sua sobreposição em face do direito ao reconhecimento judicial dos direitos morais	83
3. 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”	87

4.	Sobre o problema da objetividade moral: a incompatibilidade entre resposta correta e questão moral	89
5.	Ainda sobre a objetividade moral: há como reconhecer judicialmente um consenso sobre uma questão moral?.....	94
6.	Quando o desacordo constitui resistência moralmente desrazoável	96
7.	O que há por trás da expressão “tirania da maioria”? A sua inaplicabilidade diante dos desacordos morais razoáveis	99
8.	As minorias isoladas e impotentes em face dos desacordos morais razoáveis.....	106
9.	O controle da decisão parlamentar sobre desacordo moral razoável.....	115
10.	As questões morais enquanto fundamentos das decisões constitucionais	119
11.	Os desacordos morais e a busca da verdade no Estado Constitucional	121
12.	Os fatos como forma de controle das decisões das instituições públicas e argumento para a implementação do diálogo institucional	126
13.	O diálogo diante dos fatos morais.....	128
IV.	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIÁLOGO CONSTITUCIONAL	137
1.	Teoria constitucional, democracia e decisão.....	137
2.	Interpretação constitucional e democracia deliberativa.....	139
3.	A ideologia da supremacia judicial em prejuízo da participação e do diálogo na formação do sentido da Constituição.....	156
4.	<i>O backlash</i> em diferentes perspectivas: entre a última palavra e o diálogo constitucional	169
5.	A não decisão enquanto opção democrática: a virtude passiva	177
5.1.	Decidir o recurso sem decidir para todos (eficácia vinculante) para favorecer o diálogo constitucional.....	177
5.2.	O uso virtuoso do poder de não decidir	182
5.3.	O poder de não decidir do Supremo Tribunal Federal: repercussão geral, suspensão do processo e gestão da pauta.....	209
6.	O minimalismo como forma de abertura ao diálogo	214
6.1.	Quando decidir o necessário constitui uma escolha democrática ...	214

6.2.	Afirmar a (in)constitucionalidade, ainda que de forma minimalista	228
6.3.	Alguns casos de decisões que pecaram ao ser maximalistas e de boas decisões deferentes ao diálogo nos Estados Unidos	229
7.	A técnica do “ <i>second look</i> ” como meio de salvaguarda da participação popular e da atuação do Parlamento	236
7.1.	A construção dogmática do “ <i>second look</i> ” diante da preocupação com a supremacia judicial	236
7.2.	A <i>opinion</i> de Calabresi em <i>Quill v. Vacco</i> : a decisão de inconstitucionalidade provisória como impulso ao diálogo	247
8.	Bases para a elaboração teórica de uma decisão constitucional dialógica	257
8.1.	Primeiras palavras	257
8.2.	Quando a lei impugnada não contempla a questão constitucional que se pretende ver solucionada	257
8.3.	A decisão dialógica enquanto técnica processual: decisões provisórias e parciais e o domínio sobre o tempo do diálogo	263
V.	AS CORTES À LUZ DO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL.....	267
1.	As técnicas em prol do diálogo empregadas em <i>Quill v. Vacco</i> (Corte do Segundo Circuito) e em <i>Vacco v. Quill</i> (Suprema Corte dos Estados Unidos): entre o “ <i>second look</i> ” e o minimalismo	267
2.	A criminalização do suicídio assistido diante da Corte Constitucional italiana: a suspensão do julgamento com previsão de retomada	272
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	280
3.1.	O <i>Human Rights Act</i> e o controle de compatibilidade da lei no Reino Unido	280
3.2.	Os <i>Lords</i> diante de <i>R (Nicklinson) v. Ministry of Justice</i>	284
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	291
5.	O Supremo Tribunal Federal e a necessidade do diálogo institucional: o caso da descriminalização do uso das drogas para uso pessoal	298

VI. TÉCNICAS DECISÓRIAS ENDEREÇADAS AO DIÁLOGO E À COOPERACÃO	317
1. Considerações iniciais	317
2. Suspensão do julgamento com anúncio de retomada	318
3. Decisão de constitucionalidade com reserva	321
4. Decisão de constitucionalidade deferente.....	325
5. Decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação	328
6. Decisão de inconstitucionalidade provisória	329
7. Decisão de inconstitucionalidade com solicitação.....	334
8. Decisão de inconstitucionalidade com adiamento dos seus efeitos.....	335
9. Decisão de (in)constitucionalidade sem eficácia vinculante.....	335
VII. A REAÇÃO DO PARLAMENTO DIANTE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	339
1. Considerações prévias	339
2. O que significa afirmar que as decisões da Corte não têm eficácia vinculante em relação ao Legislador?	340
3. A decisão de inconstitucionalidade, especialmente nos casos de desacordo moral razoável, é essencialmente provisória.....	346
4. Precedente constitucional e decisão de inconstitucionalidade: diferentes formas de impacto sobre o Legislador.....	347
5. Situações em que o Parlamento pode editar lei sem necessidade de tentar superar a interpretação da Corte.....	350
5.1. Modificação dos fatos e valores sociais	350
5.2. A edição da lei mediante <i>distinguishing</i>	353
5.3. Quando o <i>overruling</i> da Corte é provável	355
6. Reflexos da necessidade de modificar a Constituição e de apenas apresentar razões contrárias à Corte: duas diferentes formas de reação parlamentar	358
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	364
8. A edição de lei em confronto com a decisão da Corte: provisoriedade e consensualidade.....	367

9. A reação do Parlamento com base nos fatos: do grave e silencioso problema dos fatos constitucionais na Corte a um diálogo institucional consistente	369
10. A omissão em face das decisões da Corte: a responsabilidade do Legislativo perante a população num sistema aberto ao diálogo	374
11. As razões da Corte e do Parlamento no diálogo	375
12. O controle judicial da emenda constitucional	379

PARTE II
TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DO
DIREITO CONSTITUCIONAL

I. INTRODUÇÃO	385
II. A AÇÃO EM QUE SE ARGUI A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI E A AÇÃO EM QUE SE INVOCA DIRETAMENTE A CONSTITUIÇÃO	393
1. Primeiros esclarecimentos.....	393
2. A interpretação da lei nos termos da Constituição diante do controle de constitucionalidade.....	394
2.1. A importância da teoria da norma no processo constitucional.....	394
2.2. A lei e os limites do Juiz	399
2.3. A inconstitucionalidade branca	403
2.4. Interpretação conforme à Constituição	407
2.5. Interpretação e alteração da norma incompatível com a Constituição: interpretação conforme e decisões reconstitutivas	411
3. A invocação direta da Constituição	413
3.1. Eficácia dos direitos fundamentais sobre o Estado e sobre os particulares	413
3.2. Tutela judicial e eficácia horizontal (mediata e imediata) dos direitos fundamentais.....	416
3.3. Os termos da eficácia horizontal mediata	420
3.4. As normas de proteção e as tutelas jurisdicionais dos direitos fundamentais	421
3.5. Eficácia horizontal mediante a decisão judicial e eficácia vertical com repercussão lateral sobre as partes.....	431

3.6.	Controle incidental da omissão inconstitucional.....	434
3.7.	Legitimidade do controle incidental de omissão.....	436
III.	A QUESTÃO CONSTITUCIONAL ENQUANTO QUESTÃO PREJUDICIAL: ENTRE A EFICÁCIA DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E A EFICÁCIA VINCULANTE.....	439
1.	O significado de questão prejudicial no Código de Processo Civil de 2015.....	439
2.	Eficácia <i>ultra partes</i> da coisa julgada sobre questão	448
3.	Questão constitucional como questão prejudicial: a coisa julgada sobre questão diante da decisão proferida no incidente de inconstitucionalidade.....	451
4.	O falso problema da eficácia da coisa julgada sobre questão constitucional em benefício de terceiros	456
5.	Questão constitucional e incidente de resolução de demandas repetitivas....	467
6.	Ação coletiva e questão constitucional	469
IV.	INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE: LIMITES E CONSISTÊNCIA DO CONTROLE DIFUSO NOS TRIBUNAIS E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	473
1.	Primeiras considerações.....	473
2.	Limites do órgão fracionário e necessidade de envio da arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial	474
3.	A súmula vinculante n. 10: reprovação do escamoteamento da inconstitucionalidade	475
4.	O procedimento no órgão especial ou no plenário.....	476
5.	O julgamento, no órgão especial ou no plenário, não se encerra enquanto houver possibilidade de alcançar maioria absoluta dos votos dos seus membros	478
6.	Tipos de decisão no incidente de inconstitucionalidade.....	478
7.	Efeito vinculante das decisões proferidas em incidente de inconstitucionalidade.....	480
8.	Incidente de inconstitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça.....	482

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	489
1. Palavras iniciais	489
2. Novamente a confusão acerca do significado de interpretação conforme à Constituição	492
3. O Superior Tribunal de Justiça é a Corte incumbida de definir a interpretação da lei nos termos da Constituição	494
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	495
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>	497
6. A instituição de precedente pressupõe amplo debate entre os Tribunais do país sobre a interpretação da lei	500
7. A admissão de recurso extraordinário contra decisão de Tribunal que interpreta a lei é incompatível com o sistema constitucional de distribuição de justiça	503
8. A falta de percepção de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não são Cortes de revisão	505
9. O Supremo Tribunal Federal não é uma Corte revisora das decisões do Superior Tribunal de Justiça	508
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	509
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	511
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	512
VI. DA REPERCUSSÃO GERAL: O USO VIRTUOSO DO PODER DE NÃO DECIDIR	517
1. Quadro inicial	517

1.1.	Objetivo da repercussão geral	517
1.2.	Elementos da repercussão geral	521
1.3.	Em particular a transcendência	525
1.4.	O recurso extraordinário não é um direito subjetivo do litigante....	530
1.5.	A repercussão geral e o poder de não decidir do Supremo Tribunal Federal	533
2.	Fatores que contribuíram para a má compreensão da repercussão geral ...	538
2.1.	A indevida relação da repercussão geral com os recursos repetitivos....	538
2.2.	A distorção do significado de precedente constitucional	544
2.3.	A falta de atenção aos significados de violação direta e de violação indireta da Constituição	552
3.	As verdadeiras razões da repercussão geral	557
3.1.	A não decisão enquanto uso virtuoso do poder da Corte	557
3.2.	Não decidir para poder bem decidir.....	558
3.3.	Não decidir em respeito ao diálogo constitucional	560
3.4.	Questões morais não discutidas.....	564
3.5.	Fatos ainda inesclarecíveis.....	566
3.6.	Fatos que devem ser mais bem esclarecidos.....	567
4.	Releitura da repercussão geral	568
4.1.	Do plenário virtual	568
4.1.1.	Do silêncio do julgador enquanto reconhecimento tácito para a necessidade de expressamente afirmar a repercussão geral	568
4.1.2.	A decisão acerca da natureza (constitucional ou infraconstitucional) da questão por maioria absoluta	570
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	571
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 ...	574
4.2.	As ditas presunções de repercussão geral.....	576
4.2.1.	Observações gerais	576

4.2.2.	Do recurso que impugna decisão que “contraria súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”	577
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”	580
4.3.	A fundamentação da decisão sobre a repercussão geral e a questão constitucional diante dos fundamentos do recurso extraordinário	583
4.3.1.	O problema da fundamentação da decisão.....	583
4.3.2.	O delineamento da questão constitucional.....	589
4.4.	A rejeição da repercussão geral	597
4.4.1.	A natureza provisória da decisão que rejeita a repercussão geral	597
4.4.2.	Não decidir para quem?.....	599
4.4.3.	Uma decisão que não decide pode ser um precedente vinculante?.....	600
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”	600
4.5.1.	Explicação inicial	600
4.5.2.	Da necessidade de submeter a decisão do relator ao plenário	601
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.....	602
4.6.1.	Acerca da eventual preclusão da decisão que reconhece a repercussão geral.....	602
4.6.2.	A revisão da repercussão geral no art. 323-B, RISTF	604
4.6.3.	A eficácia vinculante não é consequência necessária da repercussão geral.....	605
4.6.4.	Eficácia inter partes da decisão que julga o recurso extraordinário: em proveito do diálogo constitucional	610
4.7.	O problema da suspensão dos processos.....	615
4.7.1.	A estratégia e os seus equívocos.....	615
4.7.2.	O excesso: violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional	616

4.7.3.	O caso constitucional visto como mola propulsora do desenvolvimento da Constituição e não como um “problema”	619
4.7.4.	A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal regular a suspensão dos processos de acordo com as particularidades da questão constitucional enfrentada	620
4.7.5.	A suspensão dos processos não é obstáculo para a Corte negar eficácia vinculante à sua decisão	622
VII.	DA DELIBERAÇÃO EM PLENÁRIO: DISCUSSÃO, DECISÃO E JUSTIFICATIVA	623
1.	Observações iniciais	623
2.	Fases do julgamento	626
3.	Da discussão	627
3.1.	A importância do relatório e da delimitação do objeto da discussão ...	627
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	630
3.3.	A necessidade de abrir oportunidade para as partes e os <i>amici curiae</i> discutirem o fundamento constitucional não expreso no recurso....	639
3.4.	A importância de o Advogado poder sustentar depois do voto do relator	641
3.5.	A formulação de perguntas aos Advogados	646
3.6.	Ainda o voto do relator	647
3.7.	Seria oportuno ter uma fase unicamente voltada às sustentações orais, precedendo a fase de votação?	649
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.....	650
3.9.	O problema do pedido de vista	651
3.10.	A importância de o Advogado poder falar antes da proclamação do resultado.....	653
4.	Da decisão	654
4.1.	A decisão do recurso diante do precedente	654
4.2.	Decisão por maioria e decisão plural	655

4.3.	Fundamentos majoritário, concorrente e dissidente.....	656
4.4.	A decisão plural e a <i>ratio decidendi</i> no Supremo Tribunal Federal ...	659
4.5.	Decisão do caso e do fundamento em separado	666
4.6.	Necessidade de votação em separado: normas distintas e particularidade e autonomia das alegações de inconstitucionalidade em face de uma mesma lei	670
4.7.	A importância da identificação da decisão sobre os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade.....	671
4.8.	A decisão sobre o modo de decidir: a metadecisão	672
4.9.	Fundamentos contraditórios e emprego da técnica da decisão em separado	673
4.10.	Todos os fundamentos devem ser discutidos na forma individualizada.....	674
5.	Da proclamação do resultado	675
5.1.	Proclamação da decisão do recurso e da <i>ratio decidendi</i>	675
5.2.	Proclamação da <i>ratio decidendi</i> ou dos fundamentos majoritário, dissidente e concorrente.....	676
5.3.	Significado da elaboração da <i>ratio decidendi</i> pela Corte	678
5.4.	Discussão e decisão sobre o resultado	679
5.5.	O Advogado diante da proclamação do resultado	680
6.	Da justificativa.....	683
6.1.	A justificativa dos fundamentos.....	683
6.2.	A impropriedade dos votos individuais escritos diante da necessidade de justificativa dos fundamentos.....	685
6.3.	A <i>ratio decidendi</i> em face da justificativa	686
6.4.	A justificativa como garantia da formação democrática do precedente constitucional	687
6.5.	A justificativa enquanto modelo escrito dirigido ao diálogo constitucional	688
VIII.	OS FATOS NA CORTE: A IMPORTÂNCIA DA BUSCA DA VERDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL, ESPECIALMENTE PARA UM DIÁLOGO VÁLIDO, DIGNO E POSSÍVEL	693
1.	O problema e a proposta	693

2.	Os dogmas.....	696
2.1.	O controle de constitucionalidade não abre oportunidade à aferição de fatos	696
2.2.	O recurso extraordinário diz respeito às normas e não aos fatos	699
2.3.	A súmula 279 do Supremo Tribunal Federal: a inadmissibilidade do recurso extraordinário quando necessária a valoração das provas... ..	702
3.	A abertura para os fatos	704
3.1.	A lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade	704
3.2.	O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal	708
3.3.	Decisões do Supremo Tribunal Federal atentas à importância dos fatos: os casos dos botijões de gás, do amianto e do feto anencéfalo	710
4.	Dos fatos que interessam à Corte	716
4.1.	Primeiras palavras	716
4.2.	Fatos legislativos e prognoses	717
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	720
4.4.	As normas constitucionais enquanto reveladoras dos fatos que integram a disputa constitucional: o caso exemplar do princípio da igualdade	728
4.5.	A concretização da Constituição com base nos fatos.....	731
5.	Fatos constitucionais, incerteza e (incorreto) uso da prova.....	734
5.1.	Considerações iniciais	734
5.2.	A diferença entre investigar ou descobrir um fato e esclarecer a respeito de um juízo já formado pela comunidade.....	735
5.3.	Fatos científicos ainda discutidos na comunidade.....	736
5.4.	Fatos inesclarecíveis	739
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	744
5.6.	O caso da pílula do câncer: falta de prova para a negação de fato pressuposto pelo Legislador	748

5.7.	O caso dos botijões de gás: discussão sobre fatos na Corte à distância dos especialistas e do perito	751
5.8.	Quando os fatos que necessitam ser discutidos pela população são analisados na Corte.....	753
6.	Os fatos constitucionais diante da teoria da prova	755
6.1.	Fatos litigiosos e fatos constitucionais.....	755
6.2.	Fatos constitucionais individuais e fatos constitucionais gerais	757
6.3.	A teoria da prova e a prática judicial da Corte (ainda) não respondem aos fatos constitucionais.....	762
6.4.	Fatos constitucionais e regras de experiência	766
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.....	775
6.6.	Ônus da prova do fato constitucional?.....	780
6.7.	Fatos insuscetíveis de pleno esclarecimento: a provisoriedade da decisão constitucional como resposta.....	786
6.8.	Prova e fato notório	789
6.9.	Fatos ignorados e desconsideração dos fatos na justificativa: violação ao dever de decidir e violação ao dever de justificar	791
6.10.	Para decidir não basta optar pelas provas no sentido da (in)constitucionalidade, mas é preciso negar as provas que lhe são contrárias	794
6.11.	A necessidade de uma decisão em destaque sobre a admissibilidade das provas.....	796
6.12.	O equívoco em ver o <i>amicus curiae</i> como “meio de prova”.....	802
6.13.	O esclarecimento dos fatos pode prejudicar as partes no recurso extraordinário?.....	804
7.	Prova, participação e justificativa	805
7.1.	Participação e legitimidade do resultado da prova	805
7.2.	Participação e raciocínios probatório, decisório e justificativo	806
7.2.1.	Raciocínio probatório.....	807
7.2.2.	Raciocínio decisório	811
7.2.3.	Raciocínio justificativo.....	813
7.3.	Participação adequada das partes e dos <i>amici curiae</i>	816
7.4.	A justificativa diante do problema da discussão parlamentar sobre os fatos.....	817

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.....	818
7.6.	Justificativa, presunção de constitucionalidade e grau de convicção	819
IX.	O AMICUS CURIAE: LIMITES E IDONEIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CORTE	821
1.	Palavras iniciais.....	821
2.	Entre a assistência às partes, a assistência à Corte e a representação dos grupos	823
3.	O <i>amicus</i> enquanto representante da população no processo de decisão sobre o sentido da Constituição.....	825
4.	O <i>amicus</i> não se presta apenas a esclarecer fatos	826
5.	O <i>amicus</i> no recurso extraordinário e na fase de admissão da repercussão geral	829
6.	Critérios para a admissão do <i>amicus curiae</i>	830
7.	Controle do <i>amicus curiae</i> pela Corte e pelos grupos	837
8.	A participação dos <i>amici</i> deve obedecer à lógica da representação das posições conflitantes: o problema da paridade	838
9.	A Corte pode convocar <i>amici</i> a participar	838
10.	<i>Amici</i> , enquanto representantes de grupos, e especialistas dotados de capacidade de esclarecer fatos enquanto terceiros desinteressados.....	840
11.	Poderes processuais do <i>amicus</i> : a efetividade da participação	842
12.	A justificativa enquanto contrapartida da participação popular na discussão perante a Corte	847
X.	INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A INTRODUÇÃO DOS FATOS NAS DECISÕES INTERPRETATIVAS	849
1.	Interpretação e democracia	849
2.	Interpretação constitucional e mutação da Constituição.....	851
3.	A mutação da Constituição é um problema de interpretação?	854

4.	Limites entre a interpretação e a mutação da Constituição	856
4.1.	Interpretação mediante cláusulas abertas, conceitos vagos e conceitos que remetem expressamente a circunstâncias extrajurídicas.....	857
4.2.	Interpretação e atualização dos pressupostos de fato da norma constitucional.....	860
4.3.	A interpretação constitucional em face do espaço de liberdade do legislador.....	862
4.4.	Interpretação e desenvolvimento da Constituição.....	864
5.	Quando se pensa em mutação, mas há interpretação.....	865
6.	A interpretação constitucional concretizadora: necessidade de respeito ao texto e ao programa normativo	869
7.	A racionalidade da interpretação	875
7.1.	A importância da fundamentação.....	875
7.2.	Interpretação e devida aferição, valoração e justificativa dos fatos constitucionais: o nexó entre a teoria da interpretação e a teoria da prova	878
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	885
9.	Interpretação constitucional diante de argumentos que espelham desacordos morais razoáveis	889
XI.	TIPOS DE DECISÃO CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO E RECONSTRUÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO.....	891
1.	A decisão constitucional, no recurso extraordinário, também pode ser classificada em vários tipos.....	891
2.	Tentativa de aproximação das decisões em controle incidental e direto....	891
3.	Decisões que reconhecem e reprovam interpretações, sem negar a constitucionalidade do texto: interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução de texto	892
4.	A declaração parcial de nulidade diante da ilegitimidade da aplicação da norma-interpretação	896
5.	Da interpretação conforme e dos seus limites.....	897

6. Diferença entre interpretar e tornar uma norma (inconstitucional) constitucional: as decisões reconstitutivas ou manipulativas	900
7. Decisões reconstitutivas	906
7.1. Decisões reductivas	906
7.2. Decisões aditivas	909
7.3. Decisões substitutivas.....	912
8. Justificativa da instituição de norma compatível com a Constituição mediante o controle incidental.....	913
9. Limites do juiz diante da reelaboração da norma incompatível com a Constituição.....	915
10. Outras decisões tomadas no controle concentrado que, mediante reelaboração teórica, podem se ajustar ao controle incidental.....	927
10.1. Decisão de inconstitucionalidade por arrastamento	927
10.2. Decisão de inconstitucionalidade com postergação de efeitos	933
10.3. Decisão de constitucionalidade com advertência de inconstitucionalidade.....	938
11. Reenvio às decisões constitucionais deferentes ao Parlamento e que favorecem o diálogo constitucional.....	945
XII. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL	947
1. O problema do controle difuso destituído de precedentes obrigatórios....	947
2. A nova dimensão da interpretação constitucional e a consequente relevância das decisões proferidas no controle difuso.....	951
3. O precedente no controle concentrado: da decisão com eficácia <i>erga omnes</i> à eficácia vinculante do seu fundamento determinante	953
4. A eficácia vinculante não é um atributo exclusivo do controle concentrado...	960
5. A natureza das decisões constitucionais, a incrementação da ordem jurídica e os precedentes constitucionais.....	963
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.....	964
7. A confusão derivada da regra que confere ao Senado poder para “suspender a execução” da lei declarada inconstitucional.....	966
8. A solução fácil da “tese” do recurso extraordinário e o problema da porção da fundamentação da decisão que se reveste de eficácia vinculante	970

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	976
10. Quando o recurso afirma a inconstitucionalidade de duas leis ou condutas diferentes: as decisões paradoxais.....	979
11. A decisão incidental de inconstitucionalidade e o seu fundamento no espaço da <i>ratio decidendi</i> e da eficácia vinculante.....	981
12. Para que pode servir o trabalho de delinear uma “tese” ao se julgar o recurso extraordinário?.....	985
13. O <i>distinguishing</i> em face dos precedentes constitucionais	989
14. Quando o precedente pode ser revogado? O que justifica o <i>overruling</i> ?....	1000
15. O precedente desgastado	1015
16. Além da segurança jurídica: o precedente enquanto garantia da racionalidade e da coerência da interpretação constitucional.....	1017

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	1025
1. Os efeitos temporais das decisões que invalidam lei e revogam precedente: uma diferença de substância.....	1025
2. A modulação de efeitos não é atributo exclusivo das decisões de inconstitucionalidade do controle concentrado.....	1028
3. Da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade....	1035
4. Modulação de efeitos em caso de não recepção de norma pré-constitucional	1047
5. Decisão de constitucionalidade em ação direta e possibilidade de ação de inconstitucionalidade: entre as eficácias de coisa julgada e de precedente...	1049
6. Decisão de constitucionalidade em ação direta, alteração dos fatos sociais e controle difuso	1055
7. Os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade que nega decisão de constitucionalidade proferida em ação direta.....	1058
8. A declaração de inconstitucionalidade em face de precedente do Superior Tribunal de Justiça.....	1059
9. Modos de operar com os efeitos temporais da decisão que revoga precedente	1063

9.1.	O efeito retroativo, em regra	1063
9.2.	A limitação da retroatividade diante das situações jurídicas formadas com base em precedente que gozava de confiança justificada	1064
9.3.	Quando a Corte institui novo precedente, mas, com suporte na confiança justificada, aplica o precedente revogado ao caso	1064
9.4.	Efeitos a partir da decisão ou de data ou evento futuros: também a decisão de inconstitucionalidade sob condição	1072
9.5.	Outras formas de modulação	1076
9.5.1.	Irretroatividade sobre os processos em andamento	1076
9.5.2.	A modulação dos efeitos temporais com base na sinalização do desgaste do precedente pela própria Corte.....	1077

XIV. FORMAS DE REAÇÃO À DECISÃO QUE VIOLA PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.....	1079
1. Breve alusão ao Código de Processo Civil.....	1079
2. Precedente como norma jurídica.....	1080
3. Violação de precedente do Supremo Tribunal Federal: o problema da identificação da <i>ratio decidendi</i>	1085
4. A impugnação como meio para obstaculizar a execução de sentença que não observou precedente constitucional	1087
5. Ação rescisória e violação de precedente	1089
5.1. A ação rescisória com base no art. 966, V, do Código de Processo Civil.....	1089
5.2. Sobre a não percepção da “existência de distinção” e também acerca da não aplicação de precedente manifestamente aplicável.....	1090
5.3. Técnica da distinção e equívoco manifesto na aplicação de precedente	1092
5.4. O ônus daquele que pretende a rescisão com base em manifesto equívoco na aplicação (ou não) de precedente	1094
6. Reclamação	1095
6.1. Da tutela da decisão <i>inter partes</i> para a proteção da decisão e do precedente constitucional	1095
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...	1097

6.3.	A reclamação como consequência lógica da eficácia vinculante que recai sobre precedente firmado em recurso extraordinário	1098
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	1100
6.5.	A tutela do precedente como forma de garantia da competência da Corte	1101
6.6.	As particularidades da decisão e do precedente constitucional	1102
6.7.	A reclamação como reflexo e consequência dos enunciados constitucionais vinculantes	1106
6.8.	A reclamação como forma de tutela destinada à reafirmação do que a Corte declarou: ação de cognição limitada e de natureza documental	1109
6.9.	Na reclamação não se decide caso constitucional, mas se pode realizar <i>distinguishing</i>	1110
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	1114
6.11.	A reclamação e o recurso extraordinário como meios para a tutela do precedente constitucional.....	1117
XV.	DA IRRETROATIVIDADE DA DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA	1121
1.	Fundamentos da salvaguarda da coisa julgada em face da decisão de (in)constitucionalidade.....	1121
1.1.	Discurso jurídico e coisa julgada	1121
1.2.	Coisa julgada e afirmação do poder do Estado	1122
1.3.	Coisa julgada e segurança jurídica.....	1125
1.4.	A coisa julgada e o conteúdo da decisão judicial no Estado Constitucional	1128
1.5.	A eficácia da decisão qualificada pela coisa julgada diante da falta de eficácia da lei que lhe serviu de suporte.....	1134
1.6.	O reflexo da distinção entre os sistemas difuso e concentrado sobre a questão da coisa julgada sucedida por decisão de inconstitucionalidade.....	1139
1.7.	A coisa julgada na Constituição brasileira	1146

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	1147
2.	Ação rescisória e decisão de (in)constitucionalidade.....	1148
2.1.	Introdução.....	1148
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”	1149
2.3.	Nenhuma decisão de (in)constitucionalidade, proferida em controle difuso ou em controle concentrado, constitui fundamento suficiente para a desconstituição da coisa julgada.....	1157
2.4.	O verdadeiro fundamento que se tenta atribuir à ação rescisória: a retroatividade do <i>ius superveniens</i> sobre a coisa julgada	1158
2.5.	Sobre os §§ 14 e 15 do art. 525 do Código de Processo Civil	1159
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.....	1161
2.7.	Hipóteses em que a ação rescisória com base em violação de norma constitucional é admissível.....	1164
3.	O problema da “modulação” dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada.....	1166
XVI.	DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE, COISA JULGADA E RE- LAÇÕES CONTINUATIVAS	1169
1.	A coisa julgada no tempo.....	1169
2.	A alteração das circunstâncias de fato ou de direito e o surgimento de outra ação e nova coisa julgada	1170
3.	Fato e direito novos	1171
4.	Relação continuativa: elementos temporários e estáveis.....	1173
5.	Novamente uma alusão ao direito tributário	1174
6.	Declaração de inconstitucionalidade como circunstância nova.....	1177
7.	Declaração de constitucionalidade como circunstância nova.....	1178
8.	O precedente e a decisão de (in)constitucionalidade enquanto fundamentos da cessação da eficácia da coisa julgada.....	1180

9. A decisão e o precedente são suficientes para fazer cessar a eficácia da coisa julgada?	1182
XVII. DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: NOVAS PERSPECTIVAS	1185
1. Introdução	1185
2. Abstratização ou racionalização do controle incidental de inconstitucionalidade?	1187
3. A repercussão geral e a eficácia vinculante são capazes de eliminar o caso concreto do cogito que informa a formação do precedente constitucional?	1198
4. A concretização do controle abstrato de constitucionalidade	1202
5. A aproximação entre os sistemas de controle abstrato e concreto no direito brasileiro	1209
6. O sistema dual brasileiro: incidental e principal	1211
7. Ações voltadas ao controle de constitucionalidade? Em busca da ação “constitucional” conformada com base em cláusulas processuais abertas	1220
8. Ação, formas de tutela do direito constitucional e técnica processual.....	1222
9. Racionalidade e controle das decisões e do uso das técnicas processuais no controle abstrato.....	1226
9.1. As cláusulas processuais abertas a serviço da jurisdição constitucional: a expansão do poder da Corte	1226
9.2. O problema das decisões interpretativas e reconstitutivas: quando o menos pode ser mais	1230
9.3. A modulação de efeitos: a Constituição em risco	1234
9.4. Decidir de forma maximalista ou minimalista é algo que está à discricção da Corte?	1238
9.5. A negação dos fatos, os problemas daí decorrentes e alguns critérios capazes de viabilizar decisões adequadas à verdade do Estado Constitucional.....	1244
9.6. Decisões monocráticas e liminares: a constitucionalidade em estado de espera.....	1251
10. Controle abstrato, fatos e diálogo constitucional.....	1261
10.1. A aferição da omissão na ação de inconstitucionalidade	1261

- 10.2. A identificação da “controvérsia judicial relevante” e a legitimidade do uso da ação de constitucionalidade..... 1268
- 10.3. A arguição de descumprimento de preceito fundamental diante de um estado de fato inconstitucional: o problema e os limites das decisões estruturais 1277

XVIII. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONVENÇÃO E DIÁLOGO ENTRE CORTES 1293

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos enquanto parâmetro para o controle da legitimidade da lei 1293
2. Supraconstitucionalidade da Convenção?..... 1295
3. Controle difuso da convencionalidade 1298
4. Recurso contra a decisão interpretativa (des)conforme à Convenção..... 1299
5. Interpretação conforme à Convenção..... 1300
6. A função de definir a interpretação da lei conforme à Convenção 1300
7. Controle da convencionalidade da definição da interpretação da lei 1301
8. O controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos..... 1302
9. Os efeitos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: efeitos sobre partes e efeitos vinculantes..... 1304
10. O diálogo entre as Cortes nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos..... 1307

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 1315

TABELA DE CASOS..... 1371

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 1379

ESPAÇO RESERVADO PARA O AUTOR.....

