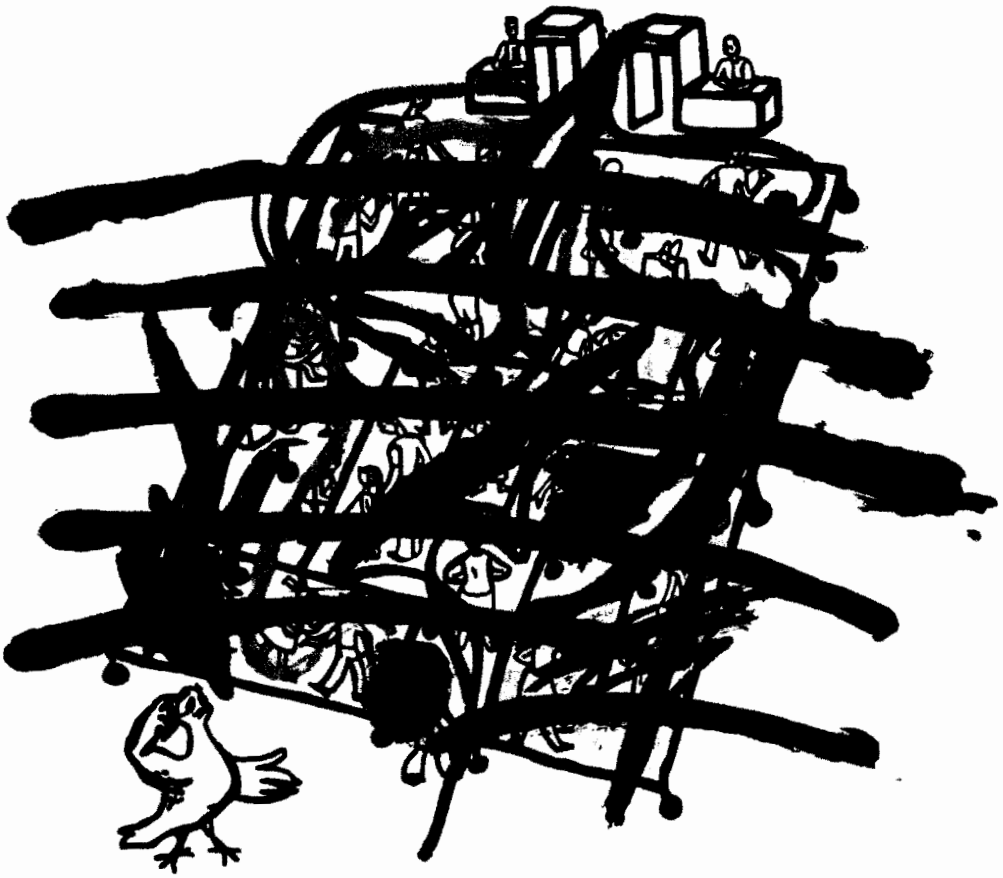
STJ00122057

L. G. MARINONI

PROCESSO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

3.ª EDIÇÃO
REVISTA, 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™

STJ00122057

Diretor de Conteúdo e Operações Editoriais
Alexandre Ferreira Mattiolu

Gerente de Conteúdo
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Editorial: Aline Marchesi da Silva Soto, Camilla Sampaio e Quenia Becker

Analista Editorial: Emilly Costa Silva

Estagiárias: Ana Beatriz Duarte e Thainá Belloto

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital
Gerente *de Conteúdo*
Milisa Cristine Romera

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

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

Analistas de Operações Editoriais: Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Bezerra Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Carolina Ferreira, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Estagiárias: Beatriz Parise Jatene Castello Branco e Mariana Cardoso Candido

Capa: Linotec

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Jéssica Maria Ferreira Bueno e Victória Menezes Pereira

1540739

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

Marinoni, Luiz Guilherme
Processo constitucional e democracia / Luiz Guilherme Marinoni. -- 3. ed. rev., atual e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2025.

Bibliografia.
ISBN 978-65-260-2629-8

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

25-282093 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

STJ00122057

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 42

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 65
4. Síntese crítica 70

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 *versus* 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

STJ00122057

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 ... 118

11. Os desacordos morais e a busca da verdade no Estado Constitucional..... 120

12. Os fatos como forma de controle das decisões das instituições públicas e argumento para a implementação do diálogo institucional 125

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 155

4. O *backlash* em diferentes perspectivas: entre a última palavra e o diálogo constitucional 168

5. A não decisão enquanto opção democrática: a virtude passiva 176

5.1. Decidir o recurso sem decidir para todos (eficácia vinculante) para favorecer o diálogo constitucional..... 176

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..... 208

6. O minimalismo como forma de abertura ao diálogo 213

6.1. Quando decidir o necessário constitui uma escolha democrática..... 213

6.2. Afirmar a (in)constitucionalidade, ainda que de forma minimalista ... 226

6.3. Alguns casos de decisões que pecaram ao ser maximalistas e de boas decisões deferentes ao diálogo nos Estados Unidos 228

7. A técnica do "*second look*" como meio de salvaguarda da participação popular e da atuação do Parlamento..... 235

7.1. A construção dogmática do "*second look*" diante da preocupação com a supremacia judicial..... 235

STJ00122057

7.2. A opinion de Calabresi em Quill *v*. Vacco: a decisão de inconstitucionalidade provisória como impulso ao diálogo 245

8. Bases para a elaboração teórica de uma decisão constitucional dialógica 255

8.1. Primeiras palavras 255

8.2. Quando a lei impugnada não contempla a questão constitucional que se pretende ver solucionada 255

8.3. A decisão dialógica enquanto técnica processual: decisões provisórias e parciais e o domínio sobre o tempo do diálogo 260

V. AS CORTES À LUZ DO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL 265

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 "second look" e o minimalismo 265

2. A criminalização do suicídio assistido diante da Corte Constitucional italiana: a suspensão do julgamento com previsão de retomada 269

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 ... 278

3.1. O *Human Rights Act* e o controle de compatibilidade da lei no Reino Unido 278

3.2. Os *Lords* diante de R (Nicklinson) *v*. *Ministry of Justice* 282

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 289

5. O Supremo Tribunal Federal e a necessidade do diálogo institucional: o caso da descriminalização do uso das drogas para uso pessoal 295

VI. TÉCNICAS DECISÓRIAS ENDEREÇADAS AO DIÁLOGO E À COOPERAÇÃO 315

1. Considerações iniciais 315

2. Suspensão do julgamento com anúncio de retomada 316

3. Decisão de constitucionalidade com reserva 319

4. Decisão de constitucionalidade deferente 323

5. Decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação ... 325

STJ00122057

6. Decisão de inconstitucionalidade provisória 326
7. Decisão de inconstitucionalidade com solicitação 332
8. Decisão de inconstitucionalidade com adiamento dos seus efeitos 332
9. Decisão de (in)constitucionalidade sem eficácia vinculante 333

VII. A REAÇÃO DO PARLAMENTO DIANTE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 337

1. Considerações prévias 337
2. O que significa afirmar que as decisões da Corte não têm eficácia vinculante em relação ao Legislador? 338
3. A decisão de inconstitucionalidade, especialmente nos casos de desacordo moral razoável, é essencialmente provisória 344
4. Precedente constitucional e decisão de inconstitucionalidade: diferentes formas de impacto sobre o Legislador 345
5. Situações em que o Parlamento pode editar lei sem necessidade de tentar superar a interpretação da Corte 348
   5.1. Modificação dos fatos e valores sociais 348
   5.2. A edição da lei mediante *distinguishing* 351
   5.3. Quando o *overruling* da Corte é provável 353
6. Reflexos da necessidade de modificar a Constituição e de apenas apresentar razões contrárias à Corte: duas diferentes formas de reação parlamentar 356
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 361
8. A edição de lei em confronto com a decisão da Corte: provisoriedade e consensualidade 364
9. A reação do Parlamento com base nos fatos: do grave e silencioso problema dos fatos constitucionais na Corte a um diálogo institucional consistente 366
10. A omissão em face das decisões da Corte: a responsabilidade do Legislativo perante a população num sistema aberto ao diálogo 371
11. As razões da Corte e do Parlamento no diálogo 372
12. O controle judicial da emenda constitucional 375

STJ00122057

PARTE II
TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

I. INTRODUÇÃO 381

II. A AÇÃO EM QUE SE ARGUI A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI E A AÇÃO EM QUE SE INVOCA DIRETAMENTE A CONSTITUIÇÃO ... 389

1. Primeiros esclarecimentos 389
2. A interpretação da lei nos termos da Constituição diante do controle de constitucionalidade 390
   - 2.1. A importância da teoria da norma no processo constitucional 390
   - 2.2. A lei e os limites do Juiz 396
   - 2.3. A inconstitucionalidade branca 399
   - 2.4. Interpretação conforme à Constituição 403
   - 2.5. Interpretação e alteração da norma incompatível com a Constituição: interpretação conforme e decisões reconstrutivas 407
3. A invocação direta da Constituição 409
   - 3.1. Eficácia dos direitos fundamentais sobre o Estado e sobre os particulares 409
   - 3.2. Tutela judicial e eficácia horizontal (mediata e imediata) dos direitos fundamentais 412
   - 3.3. Os termos da eficácia horizontal mediata 415
   - 3.4. As normas de proteção e as tutelas jurisdicionais dos direitos fundamentais 417
   - 3.5. Eficácia horizontal mediante a decisão judicial e eficácia vertical com repercussão lateral sobre as partes 426
   - 3.6. Controle incidental da omissão inconstitucional 429
   - 3.7. Legitimidade do controle incidental de omissão 431

III. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL ENQUANTO QUESTÃO PREJUDICIAL: ENTRE A EFICÁCIA DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E A EFICÁCIA VINCULANTE 433

1. O significado de questão prejudicial no Código de Processo Civil de 2015 ... 433

STJ00122057

2. Eficácia *ultra partes* da coisa julgada sobre questão 442

3. Questão constitucional como questão prejudicial: a coisa julgada sobre questão diante da decisão proferida no incidente de inconstitucionalidade 444

4. O falso problema da eficácia da coisa julgada sobre questão constitucional em benefício de terceiros 450

5. Questão constitucional e incidente de resolução de demandas repetitivas 460

6. Ação coletiva e questão constitucional 463

IV. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE: LIMITES E CONSISTÊNCIA DO CONTROLE DIFUSO NOS TRIBUNAIS E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 467

1. Primeiras considerações 467

2. Limites do órgão fracionário e necessidade de envio da arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial 468

3. A Súmula Vinculante n. 10: reprovação do escamoteamento da inconstitucionalidade 469

4. O procedimento no órgão especial ou no plenário 470

5. O julgamento, no órgão especial ou no plenário, não se encerra enquanto houver possibilidade de alcançar maioria absoluta dos votos dos seus membros 471

6. Tipos de decisão no incidente de inconstitucionalidade 472

7. Efeito vinculante das decisões proferidas em incidente de inconstitucionalidade 474

8. Incidente de inconstitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça 476

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 483

3. O Superior Tribunal de Justiça é a Corte incumbida de definir a interpretação da lei nos termos da Constituição 486

STJ00122057

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 *diritto vivente*... 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..... 499

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 500

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..... 502

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 503

VI. DA REPERCUSSÃO GERAL: O USO VIRTUOSO DO PODER DE NÃO DECIDIR..... 507

1. Quadro inicial..... 507

1.1. Objetivo da repercussão geral..... 507

1.2. Elementos da repercussão geral..... 511

1.3. Em particular a transcendência..... 515

1.4. O recurso extraordinário não é um direito subjetivo do litigante..... 520

1.5. A repercussão geral e o poder de não decidir do Supremo Tribunal Federal..... 522

2. Fatores que contribuíram para a má compreensão da repercussão geral..... 527

2.1. A indevida relação da repercussão geral com os recursos repetitivos... 527

2.2. A distorção do significado de precedente constitucional 533

STJ00122057

2.3. A falta de atenção aos significados de violação direta e de violação indireta da Constituição 541

3. As verdadeiras razões da repercussão geral 546

3.1. A não decisão enquanto uso virtuoso do poder da Corte 546

3.2. Não decidir para poder bem decidir 547

3.3. Não decidir em respeito ao diálogo constitucional 550

3.4. Questões morais não discutidas 553

3.5. Fatos ainda inesclarecíveis 555

3.6. Fatos que devem ser mais bem esclarecidos 556

4. Releitura da repercussão geral 558

4.1. Do plenário virtual 558

4.1.1. Do silêncio do julgador enquanto reconhecimento tácito para a necessidade de expressamente afirmar a repercussão geral 558

4.1.2. A decisão acerca da natureza (constitucional ou infraconstitucional) da questão por maioria absoluta 560

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 560

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 563

4.2. As ditas presunções de repercussão geral 565

4.2.1. Observações gerais 565

4.2.2. Do recurso que impugna decisão que "contraria súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal" 566

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" 569

4.3. A fundamentação da decisão sobre a repercussão geral e a questão constitucional diante dos fundamentos do recurso extraordinário 572

4.3.1. O problema da fundamentação da decisão 572

4.3.2. O delineamento da questão constitucional 578

4.4. A rejeição da repercussão geral 586

4.4.1. A natureza provisória da decisão que rejeita a repercussão geral 586

STJ00122057

4.4.2. Não decidir para quem? 587

4.4.3. Uma decisão que não decide pode ser um precedente vinculante? 588

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" 589

4.5.1. Explicação inicial 589

4.5.2. Da necessidade de submeter a decisão do relator ao plenário ... 590

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 590

4.6.1. Acerca da eventual preclusão da decisão que reconhece a repercussão geral 590

4.6.2. A revisão da repercussão geral no art. 323-B, RISTF 592

4.6.3. A eficácia vinculante não é consequência necessária da repercussão geral 593

4.6.4. Eficácia *inter partes* da decisão que julga o recurso extraordinário: em proveito do diálogo constitucional 598

4.7. O problema da suspensão dos processos 603

4.7.1. A estratégia e os seus equívocos 603

4.7.2. O excesso: violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional 605

4.7.3. O caso constitucional visto como mola propulsora do desenvolvimento da Constituição e não como um "problema" 607

4.7.4. A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal regular a suspensão dos processos de acordo com as particularidades da questão constitucional enfrentada 608

4.7.5. A suspensão dos processos não é obstáculo para a Corte negar eficácia vinculante à sua decisão 610

VII. DA DELIBERAÇÃO EM PLENÁRIO: DISCUSSÃO, DECISÃO E JUSTIFICATIVA 611

1. Observações iniciais 611

2. Fases do julgamento 614

3. Da discussão 615

STJ00122057

3.1. A importância do relatório e da delimitação do objeto da discussão 615
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 618
3.3. A necessidade de abrir oportunidade para as partes e os *amici curiae* discutirem o fundamento constitucional não expresso no recurso 626
3.4. A importância de o Advogado poder sustentar depois do voto do relator 629
3.5. A formulação de perguntas aos Advogados 634
3.6. Ainda o voto do relator 635
3.7. Seria oportuno ter uma fase unicamente voltada às sustentações orais, precedendo a fase de votação? 637
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 638
3.9. O problema do pedido de vista 639
3.10. A importância de o Advogado poder falar antes da proclamação do resultado 640
4. Da decisão 641
4.1. A decisão do recurso diante do precedente 641
4.2. Decisão por maioria e decisão plural 643
4.3. Fundamentos majoritário, concorrente e dissidente 644
4.4. A decisão plural e a *ratio decidendi* no Supremo Tribunal Federal 647
4.5. Decisão do caso e do fundamento em separado 653
4.6. Necessidade de votação em separado: normas distintas e particularidade e autonomia das alegações de inconstitucionalidade em face de uma mesma lei 657
4.7. A importância da identificação da decisão sobre os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade 658
4.8. A decisão sobre o modo de decidir: a metadecisão 659
4.9. Fundamentos contraditórios e emprego da técnica da decisão em separado 660
4.10. Todos os fundamentos devem ser discutidos na forma individualizada 662

STJ00122057

5. Da proclamação do resultado 662
5.1. Proclamação da decisão do recurso e da *ratio decidendi* 662
5.2. Proclamação da *ratio decidendi* ou dos fundamentos majoritário, dissidente e concorrente 663
5.3. Significado da elaboração da *ratio decidendi* pela Corte 665
5.4. Discussão e decisão sobre o resultado 666
5.5. O Advogado diante da proclamação do resultado 667
6. Da justificativa 670
6.1. A justificativa dos fundamentos 670
6.2. A impropriedade dos votos individuais escritos diante da necessidade de justificativa dos fundamentos 672
6.3. A *ratio decidendi* em face da justificativa 673
6.4. A justificativa como garantia da formação democrática do precedente constitucional 674
6.5. A justificativa enquanto modelo escrito dirigido ao diálogo constitucional 675

VIII. OS FATOS NA CORTE: A IMPORTÂNCIA DA BUSCA DA VERDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL, ESPECIALMENTE PARA UM DIÁLOGO VÁLIDO, DIGNO E POSSÍVEL 679

1. O problema e a proposta 679
2. Os dogmas 682
2.1. O controle de constitucionalidade não abre oportunidade à aferição de fatos 682
2.2. O recurso extraordinário diz respeito às normas e não aos fatos 685
2.3. A Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal: a inadmissibilidade do recurso extraordinário quando necessária a valoração das provas 688
3. A abertura para os fatos 690
3.1. A lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade 690
3.2. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal 694
3.3. Decisões do Supremo Tribunal Federal atentas à importância dos fatos: os casos dos botijões de gás, do amianto e do feto anencéfalo 695

STJ00122057

4. Dos fatos que interessam à Corte 701
4.1. Primeiras palavras 701
4.2. Fatos legislativos e prognoses 703
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 706
4.4. As normas constitucionais enquanto reveladoras dos fatos que integram a disputa constitucional: o caso exemplar do princípio da igualdade 713
4.5. A concretização da Constituição com base nos fatos 716
5. Fatos constitucionais, incerteza e (incorreto) uso da prova 719
5.1. Considerações iniciais 719
5.2. A diferença entre investigar ou descobrir um fato e esclarecer a respeito de um juízo já formado pela comunidade 720
5.3. Fatos científicos ainda discutidos na comunidade 722
5.4. Fatos inesclarecíveis 724
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 729
5.6. O caso da pílula do câncer: falta de prova para a negação de fato pressuposto pelo Legislador 733
5.7. O caso dos botijões de gás: discussão sobre fatos na Corte à distância dos especialistas e do perito 736
5.8. Quando os fatos que necessitam ser discutidos pela população são analisados na Corte 738
6. Os fatos constitucionais diante da teoria da prova 740
6.1. Fatos litigiosos e fatos constitucionais 740
6.2. Fatos constitucionais individuais e fatos constitucionais gerais 742
6.3. A teoria da prova e a prática judicial da Corte (ainda) não respondem aos fatos constitucionais 747
6.4. Fatos constitucionais e regras de experiência 751
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 760

STJ00122057

6.6. Ônus da prova do fato constitucional? 764
6.7. Fatos insuscetíveis de pleno esclarecimento: a provisoriedade da decisão constitucional como resposta 771
6.8. Prova e fato notório 773
6.9. Fatos ignorados e desconsideração dos fatos na justificativa: violação ao dever de decidir e violação ao dever de justificar 776
6.10. Para decidir não basta optar pelas provas no sentido da (in)constitucionalidade, mas é preciso negar as provas que lhe são contrárias 779
6.11. A necessidade de uma decisão em destacado sobre a admissibilidade das provas 780
6.12. O equívoco em ver o *amicus curiae* como "meio de prova" 786
6.13. O esclarecimento dos fatos pode prejudicar as partes no recurso extraordinário? 788
7. Prova, participação e justificativa 789
7.1. Participação e legitimidade do resultado da prova 789
7.2. Participação e raciocínios probatório, decisório e justificativo 790
7.2.1. Raciocínio probatório 791
7.2.2. Raciocínio decisório 795
7.2.3. Raciocínio justificativo 796
7.3. Participação adequada das partes e dos *amici curiae* 799
7.4. A justificativa diante do problema da discussão parlamentar sobre os fatos 801
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 801
7.6. Justificativa, presunção de constitucionalidade e grau de convicção 802

IX. O *AMICUS CURIAE*: LIMITES E IDONEIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CORTE 805
1. Palavras iniciais 805
2. Entre a assistência às partes, a assistência à Corte e a representação dos grupos 807
3. O *amicus* enquanto representante da população no processo de decisão sobre o sentido da Constituição 809

STJ00122057

4. O *amicus* não se presta apenas a esclarecer fatos 810
5. O *amicus* no recurso extraordinário e na fase de admissão da repercussão geral 813
6. Critérios para a admissão do *amicus curiae* 814
7. Controle do *amicus curiae* pela Corte e pelos grupos 820
8. A participação dos *amici* deve obedecer à lógica da representação das posições conflitantes: o problema da paridade 821
9. A Corte pode convocar *amici* a participar 822
10. *Amici*, enquanto representantes de grupos, e especialistas dotados de capacidade de esclarecer fatos enquanto terceiros desinteressados 823
11. Poderes processuais do *amicus*: a efetividade da participação 825
12. A justificativa enquanto contrapartida da participação popular na discussão perante a Corte 830

X. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A INTRODUÇÃO DOS FATOS NAS DECISÕES INTERPRETATIVAS 833

1. Interpretação e democracia 833
2. Interpretação constitucional e mutação da Constituição 835
3. A mutação da Constituição é um problema de interpretação? 838
4. Limites entre a interpretação e a mutação da Constituição 840
   4.1. Interpretação mediante cláusulas abertas, conceitos vagos e conceitos que remetem expressamente a circunstâncias extrajurídicas 841
   4.2. Interpretação e atualização dos pressupostos de fato da norma constitucional 843
   4.3. A interpretação constitucional em face do espaço de liberdade do legislador 845
   4.4. Interpretação e desenvolvimento da Constituição 847
5. Quando se pensa em mutação, mas há interpretação 849
6. A interpretação constitucional concretizadora: necessidade de respeito ao texto e ao programa normativo 852
7. A racionalidade da interpretação 858
   7.1. A importância da fundamentação 858

STJ00122057

7.2. Interpretação e devida aferição, valoração e justificativa dos fatos constitucionais: o nexo entre a teoria da interpretação e a teoria da prova 861

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 868

9. Interpretação constitucional diante de argumentos que espelham desacordos morais razoáveis 872

XI. TIPOS DE DECISÃO CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO E RECONSTRUÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO 873

1. A decisão constitucional, no recurso extraordinário, também pode ser classificada em vários tipos 873

2. Tentativa de aproximação das decisões em controle incidental e direto 874

3. Decisões que reconhecem e reprovam interpretações, sem negar a constitucionalidade do texto: interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução de texto 874

4. A declaração parcial de nulidade diante da ilegitimidade da aplicação da norma-interpretação 877

5. Da interpretação conforme e dos seus limites 879

6. Diferença entre interpretar e tornar uma norma (inconstitucional) constitucional: as decisões reconstrutivas ou manipulativas 882

7. Decisões reconstrutivas 888

7.1. Decisões redutivas 888

7.2. Decisões aditivas 891

7.3. Decisões substitutivas 894

8. Justificativa da instituição de norma compatível com a Constituição mediante o controle incidental 895

9. Limites do juiz diante da reelaboração da norma incompatível com a Constituição 897

10. Outras decisões tomadas no controle concentrado que, mediante reelaboração teórica, podem se ajustar ao controle incidental 908

10.1. Decisão de inconstitucionalidade por arrastamento 908

STJ00122057

10.2. Decisão de inconstitucionalidade com postergação de efeitos 914

10.3. Decisão de constitucionalidade com advertência de inconstitucionalidade 919

11. Reenvio às decisões constitucionais deferentes ao Parlamento e que favorecem o diálogo constitucional 926

XII. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL 927

1. O problema do controle difuso destituído de precedentes obrigatórios 927

2. A nova dimensão da interpretação constitucional e a consequente relevância das decisões proferidas no controle difuso 931

3. O precedente no controle concentrado: da decisão com eficácia *erga omnes* à eficácia vinculante do seu fundamento determinante 933

4. A eficácia vinculante não é um atributo exclusivo do controle concentrado 940

5. A natureza das decisões constitucionais, a incrementação da ordem jurídica e os precedentes constitucionais 942

6. A tradição de *civil law* e a dificuldade de perceber que, no recurso extraordinário, está em jogo mais do que saber qual das partes tem razão 944

7. A confusão derivada da regra que confere ao Senado poder para "suspender a execução" da lei declarada inconstitucional 946

8. A solução fácil da "tese" do recurso extraordinário e o problema da porção da fundamentação da decisão que se reveste de eficácia vinculante 949

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 955

10. Quando o recurso afirma a inconstitucionalidade de duas leis ou condutas diferentes: as decisões paradoxais 959

11. A decisão incidental de inconstitucionalidade e o seu fundamento no espaço da *ratio decidendi* e da eficácia vinculante 960

12. Para que pode servir o trabalho de delinear uma "tese" ao se julgar o recurso extraordinário? 964

13. O *distinguishing* em face dos precedentes constitucionais 968

14. Quando o precedente pode ser revogado? O que justifica o *overruling*? 979

15. O precedente desgastado 993

16. Além da segurança jurídica: o precedente enquanto garantia da racionalidade e da coerência da interpretação constitucional 995

STJ00122057

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 1003

1. Os efeitos temporais das decisões que invalidam lei e revogam precedente: uma diferença de substância 1003
2. A modulação de efeitos não é atributo exclusivo das decisões de inconstitucionalidade do controle concentrado 1006
3. Da modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade ... 1013
4. Modulação de efeitos em caso de não recepção de norma pré-constitucional 1024
5. Decisão de constitucionalidade em ação direta e possibilidade de ação de inconstitucionalidade: entre as eficácias de coisa julgada e de precedente ... 1027
6. Decisão de constitucionalidade em ação direta, alteração dos fatos sociais e controle difuso 1033
7. Os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade que nega decisão de constitucionalidade proferida em ação direta 1035
8. A declaração de inconstitucionalidade em face de precedente do Superior Tribunal de Justiça 1036
9. Modos de operar com os efeitos temporais da decisão que revoga precedente 1040
   - 9.1. O efeito retroativo, em regra 1040
   - 9.2. A limitação da retroatividade diante das situações jurídicas formadas com base em precedente que gozava de confiança justificada 1041
   - 9.3. Quando a Corte institui novo precedente, mas, com suporte na confiança justificada, aplica o precedente revogado ao caso 1042
   - 9.4. Efeitos a partir da decisão ou de data ou evento futuros: também a decisão de inconstitucionalidade sob condição 1049
   - 9.5. Outras formas de modulação 1053
     - 9.5.1. Irretroatividade sobre os processos em andamento 1053
     - 9.5.2. A modulação dos efeitos temporais com base na sinalização do desgaste do precedente pela própria Corte 1053

XIV. FORMAS DE REAÇÃO À DECISÃO QUE VIOLA PRECEDENTE CONSTITUCIONAL 1055

1. Breve alusão ao Código de Processo Civil 1055

STJ00122057

2. Precedente como norma jurídica 1056

3. Violação de precedente do Supremo Tribunal Federal: o problema da identificação da *ratio decidendi* 1061

4. A impugnação como meio para obstaculizar a execução de sentença que não observou precedente constitucional 1063

5. Ação rescisória e violação de precedente 1065

5.1. A ação rescisória com base no art. 966, V, do Código de Processo Civil 1065

5.2. Sobre a não percepção da "existência de distinção" e também acerca da não aplicação de precedente manifestamente aplicável 1066

5.3. Técnica da distinção e equívoco manifesto na aplicação de precedente 1068

5.4. O ônus daquele que pretende a rescisão com base em manifesto equívoco na aplicação (ou não) de precedente 1070

6. Reclamação 1071

6.1. Da tutela da decisão *inter partes* para a proteção da decisão e do precedente constitucional 1071

6.2. Sobre a eficácia da *ratio decidendi* e a eficácia do dispositivo da decisão proferida em ação direta: o uso da reclamação para a tutela da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão 1072

6.3. A reclamação como consequência lógica da eficácia vinculante que recai sobre precedente firmado em recurso extraordinário 1073

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 1075

6.5. A tutela do precedente como forma de garantia da competência da Corte 1076

6.6. As particularidades da decisão e do precedente constitucional 1077

6.7. A reclamação como reflexo e consequência dos enunciados constitucionais vinculantes 1081

6.8. A reclamação como forma de tutela destinada à reafirmação do que a Corte declarou: ação de cognição limitada e de natureza documental 1084

6.9. Na reclamação não se decide caso constitucional, mas se pode realizar *distinguishing* 1085

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 1089

STJ00122057

6.11. A reclamação e o recurso extraordinário como meios para a tutela do precedente constitucional 1092

XV. DA IRRETROATIVIDADE DA DECISÃO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA 1095

1. Fundamentos da salvaguarda da coisa julgada em face da decisão de (in)constitucionalidade 1095

1.1. Discurso jurídico e coisa julgada 1095

1.2. Coisa julgada e afirmação do poder do Estado 1097

1.3. Coisa julgada e segurança jurídica 1099

1.4. A coisa julgada e o conteúdo da decisão judicial no Estado Constitucional 1102

1.5. A eficácia da decisão qualificada pela coisa julgada diante da falta de eficácia da lei que lhe serviu de suporte 1108

1.6. O reflexo da distinção entre os sistemas difuso e concentrado sobre a questão da coisa julgada sucedida por decisão de inconstitucionalidade 1113

1.7. A coisa julgada na Constituição brasileira 1119

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 1121

2. Ação rescisória e decisão de (in)constitucionalidade 1122

2.1. Introdução 1122

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" 1122

2.3. Nenhuma decisão de (in)constitucionalidade, proferida em controle difuso ou em controle concentrado, constitui fundamento suficiente para a desconstituição da coisa julgada 1130

2.4. O verdadeiro fundamento que se tenta atribuir à ação rescisória: a retroatividade do *ius superveniens* sobre a coisa julgada 1131

2.5. Sobre os §§ 14 e 15 do art. 525 do Código de Processo Civil 1132

2.6. O caso Metabel *v.* União Federal: 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 1134

STJ00122057

2.7. Hipóteses em que a ação rescisória com base em violação de norma constitucional é admissível 1137

3. O problema da "modulação" dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada 1139

XVI. DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE, COISA JULGADA E RELAÇÕES CONTINUATIVAS 1141

1. A coisa julgada no tempo 1141
2. A alteração das circunstâncias de fato ou de direito e o surgimento de outra ação e nova coisa julgada 1142
3. Fato e direito novos 1143
4. Relação continuativa: elementos temporários e estáveis 1145
5. Novamente uma alusão ao direito tributário 1146
6. Declaração de inconstitucionalidade como circunstância nova 1149
7. Declaração de constitucionalidade como circunstância nova 1149
8. O precedente e a decisão de (in)constitucionalidade enquanto fundamentos da cessação da eficácia da coisa julgada 1152
9. A decisão e o precedente são suficientes para fazer cessar a eficácia da coisa julgada? 1154
10. A cessação da eficácia da coisa julgada tributária no Supremo Tribunal Federal (temas 881 e 885) 1155

XVII. DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: NOVAS PERSPECTIVAS 1161

1. Introdução 1161
2. Abstratização ou racionalização do controle incidental de inconstitucionalidade? 1163
3. A repercussão geral e a eficácia vinculante são capazes de eliminar o caso concreto do cogito que informa a formação do precedente constitucional? ... 1174
4. A concretização do controle abstrato de constitucionalidade 1178
5. A aproximação entre os sistemas de controle abstrato e concreto no direito brasileiro 1184
6. O sistema dual brasileiro: incidental e principal 1187
7. Ações voltadas ao controle de constitucionalidade? Em busca da ação "constitucional" conformada com base em cláusulas processuais abertas 1195

STJ00122057

8. Ação, formas de tutela do direito constitucional e técnica processual..... 1197

9. Racionalidade e controle das decisões e do uso das técnicas processuais no controle abstrato..... 1201

9.1. As cláusulas processuais abertas a serviço da jurisdição constitucional: a expansão do poder da Corte..... 1201

9.2. O problema das decisões interpretativas e reconstrutivas: quando o menos pode ser mais..... 1205

9.3. A modulação de efeitos: a Constituição em risco..... 1208

9.4. Decidir de forma maximalista ou minimalista é algo que está à discrição da Corte?..... 1213

9.5. A negação dos fatos, os problemas daí decorrentes e alguns critérios capazes de viabilizar decisões adequadas à verdade do Estado Constitucional..... 1218

9.6. Decisões monocráticas e liminares: a constitucionalidade em estado de espera..... 1226

10. Controle abstrato, fatos e diálogo constitucional..... 1236

10.1. A aferição da omissão na ação de inconstitucionalidade..... 1236

10.2. A identificação da "controvérsia judicial relevante" e a legitimidade do uso da ação de constitucionalidade..... 1243

10.3. A arguição de descumprimento de preceito fundamental diante de um estado de fato inconstitucional: o problema e os limites das decisões estruturais..... 1251

XVIII. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONVENÇÃO E DIÁLOGO ENTRE CORTES..... 1265

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos enquanto parâmetro para o controle da legitimidade da lei..... 1265

2. Supraconstitucionalidade da Convenção?..... 1267

3. Controle difuso da convencionalidade..... 1270

4. Recurso contra a decisão interpretativa (des)conforme à Convenção..... 1271

5. Interpretação conforme à Convenção..... 1272

6. A função de definir a interpretação da lei conforme à Convenção..... 1272

7. Controle da convencionalidade da definição da interpretação da lei..... 1273

8. O controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos..... 1274

STJ00122057

9. Os efeitos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: efeitos sobre partes e efeitos vinculantes..... 1276

10. O diálogo entre as Cortes nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos..... 1279

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 1287

TABELA DE CASOS 1341

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO..... 1349