

PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

GEORGES ABBOUD

5ª edição revista, atualizada e ampliada

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

Estagárias: Ana Amalia Strojnowski, Bruna Mestriner e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial

Coordenação

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 Azevedo, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Ivelhado Navarra e Vanessa Mafra

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

Designer Editorial: Lucas Kfoury

Estagárias: Bianca Satie Abduch, Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Paula Astiz

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 Araújo e Rodrigo Araújo

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)

Abboud, Georges

Processo constitucional brasileiro / Georges Abboud. --
5. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Bra-
sil, 2021.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5991-815-7

1. Direito constitucional 2. Direito constitucional - Brasil
3. Direito processual 4. Direito processual - Brasil I. Título.

21-74055

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

Agradecimentos da 5ª Edição	7
Nota a Paul Klee, pois a premissa segue a mesma	11
Nota do autor – Paul Klee e o Direito (4ª ed.)	15
Nota do autor – Bosch e o processo constitucional (3ª ed.)	19
Nota do autor – Kandinsky e o processo constitucional (2ª ed.) ...	21
Nota do autor – Escher e o processo constitucional (1ª ed.)	23
Nota para a 5ª edição	25
Introdução. Constitucionalismo e sua importância no processo civilizatório	53
I – O processo constitucional como elemento de consolidação da democracia e de proteção às distopias modernas	56
II – Processo constitucional como instrumento de contenção e racionalização do poder.....	58
III – O processo constitucional como instrumento para assegurar a normatividade constitucional: A Constituição e a Geni.....	60
IV – Por uma defesa permanente da jurisdição constitucional.....	63
1 – PÓS-POSITIVISMO E TEORIA DA DECISÃO	67
1.1. Norma e pós-positivismo.....	68
1.2. Elementos fundamentais para a compreensão do paradigma pós-positivista.....	70
1.3. O positivismo: aspectos introdutórios	72
1.4. O positivismo clássico de Augusto Comte	73

1.5.	O positivismo legalista	76
1.5.1.	Mitos sobre o positivismo	80
1.6.	O positivismo normativista	84
1.6.1.	O pensamento de Kelsen na perspectiva do positivismo normativista: causalidade e imputação	84
1.6.2.	A vontade no pensamento de Kelsen.....	87
1.6.3.	A função da ciência do direito e a responsabilidade jurídica em Kelsen	88
1.6.4.	Norma e decisão judicial no positivismo normativista: Kelsen e Hart	93
1.6.5.	O realismo jurídico	97
1.7.	Positivismo contemporâneo: exclusivista e inclusivista	102
1.8.	Positivistas inclusivistas	107
1.8.1.	Aleksander Peczenik	107
1.8.1.1.	Conceito de positivismo.....	107
1.8.1.2.	Princípios e regras	107
1.8.1.3.	A aplicação do direito	109
1.8.1.4.	Critérios de validade	110
1.8.2.	David Lyons.....	111
1.8.3.	Jeremy Waldron	112
1.8.4.	Waluchow	115
1.8.4.1.	Crítica aos argumentos de Hart.....	118
1.8.4.2.	Positivismo inclusivo <i>vs.</i> exclusivo: a análise crítica de Waluchow acerca dos argumentos de Raz.....	120
1.9.	Positivistas exclusivistas	126
1.9.1.	Joseph Raz.....	126
1.9.2.	Andrei Marmor	138
1.9.3.	Brian Bix	140
1.9.4.	Brian Leiter.....	141
1.9.4.1.	Conceito de Positivismo	141
1.9.4.2.	Formalismo	143
1.9.5.	Frederick Schauer	144
1.9.5.1.	O direito como um domínio limitado	144
1.9.5.2.	Positivismo e a hipótese do direito como domínio limitado	146

1.9.6.	Scott J. Shapiro.....	148
1.9.6.1.	O conceito de direito.....	148
1.9.6.2.	Positivismo Exclusivista na visão de Shapiro	159
1.9.6.3.	Positivismo Inclusivista na visão de Shapiro.....	160
1.10.	A relação entre direito e moral.....	164
1.11.	Teses da relação entre direito e moral.....	166
1.11.1.	Tese da vinculação	166
1.11.2.	Tese da separação	167
1.11.3.	Tese da complementaridade.....	171
1.11.3.1.	A relação entre direito e moral na perspectiva de Leslie Green.....	173
1.11.3.2.	A relação entre direito e moral na teoria de Jürgen Habermas	175
1.11.4.	Tese da interconexão.....	179
1.11.5.	As quatro reflexões de M. S. Moore sobre direito e moral.....	179
1.11.6.	Jeremy Waldron. Direito como ramo da moral preocupado com as decisões políticas do passado	189
1.11.7.	Ronald Dworkin. A independência e a objetividade do valor. Moral como empreendimento interpretativo	191
1.12.	O pós-positivismo	197
1.12.1.	Precisão terminológica: o pós, o anti e o além-positivismo.....	197
1.12.2.	O institucionalismo de Neil MacCormick	198
1.12.2.1.	Argumentação jurídica e Teoria do Direito.....	199
1.12.2.1.1.	A função justificatória da argumentação jurídica	201
1.12.2.1.2.	A justificação por dedução e suas limitações.....	202
1.12.2.1.3.	Justiça formal: um fator de coerção para o passado e para o futuro	204
1.12.2.1.4.	Justificação de segunda ordem	206
1.12.2.1.5.	Coerência, princípios e sua importância no momento decisório	208
1.12.2.2.	O direito como ordem normativa institucional	210
1.12.2.2.1.	Fatos institucionais (<i>hechos institucionales</i>).....	210
1.12.2.2.2.	O “normativo” e a “ordem normativa”	211

1.12.2.2.3.	Ordem normativa institucional	213
1.12.2.2.4.	Regras explícitas e implícitas.....	214
1.12.2.2.5.	Força prática das regras	215
1.12.2.2.6.	Valores e princípios.....	216
1.12.2.2.7.	Instituição e ordem	218
1.12.2.2.8.	Direito, instituições e agências institucionais	218
1.12.2.2.9.	O Estado e a Constituição	219
1.12.2.3.	A relação entre Direito e Moral na teoria de Neil MacCormick	221
1.12.3.	A teoria da integralidade do direito de Harold Berman.....	222
1.12.4.	O pós-positivismo: fundamentos filosóficos.....	227
1.12.4.1.	O giro linguístico e a alteração do conceito de verdade jurídica: a relação entre verdade e fundamento e as formas jurídicas	228
1.12.4.2.	O direito enquanto linguagem: a influência do giro linguístico sobre as teorias do direito	233
1.12.4.3.	O acesso hermenêutico ao direito.....	236
1.13.	Pós-positivismo e seus fundamentos teóricos e normativos	237
1.13.1.	Distinção entre texto normativo e norma.....	238
1.13.1.1.	A contribuição da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller para a distinção entre texto e norma...	239
1.13.2.	A interpretação é ato produtivo condicionado pela historicidade. As alterações introduzidas pela <i>applicatio</i> de Gadamer na interpretação jurídica.....	245
1.13.3.	A decisão é sempre ato interpretativo e não silogístico. A literatura borgiana como síntese literária do pós-positivismo...	253
1.13.3.1.	A concretização da norma jurídica: do texto normativo à decisão	256
1.13.3.2.	Da necessidade de se superar o paradigma em que a finalidade da interpretação jurídica limita-se ao descobrimento da vontade da lei ou do legislador	257
1.13.3.3.	A inexistência da dicotomia: “questão de fato” e “questão de direito”	259
1.13.3.4.	Crítica e superação da sentença como silogismo	261
1.13.3.5.	A concepção pós-positivista da sentença: o inexorável elemento interpretativo da sentença – a necessária opção por um paradigma hermenêutico adequado	267

1.13.3.6.	Os modelos do pensamento hermenêutico	269
1.13.3.7.	A norma como produto da linguagem e a oposicionalidade como elemento fundamental da norma jurídica: a contribuição Günther Figal	272
1.13.3.8.	A defasagem do modelo da instrumentalidade do processo para se desenvolver concepção hermenêutica da decisão judicial	275
1.13.3.9.	Os reflexos processuais oriundos da concepção pós- -positivista da norma: decisão a ser aplicada em casos futuros que se caracteriza como texto normativo.....	297
1.13.3.10.	A polêmica: direito material <i>vs.</i> direito processual ou dualismo <i>vs.</i> monismo. Superação da dicotomia diante do círculo hermenêutico	299
1.13.4.	A teoria do direito não é apenas descritiva; é também normativa	302
1.13.5.	O pós-positivismo não admite discricionariedade judicial.....	309
1.13.5.1.	A aleatoriedade e o caráter <i>extra legem</i> como elementos fundamentais do agir discricionário	313
1.13.5.2.	A necessária superação da discricionariedade: a releitura da legalidade à luz da constitucionalidade.....	317
1.13.5.3.	Discricionariedade judicial	332
1.13.5.4.	O necessário enfrentamento da discricionariedade no âmbito judicial	342
1.14.	Respostas legislativas e doutrinárias à discricionariedade judicial: o consequencialismo da LINDB e o sistema acusatória penal	345
1.14.1.	O contexto da alteração da LINDB	345
1.14.2.	Potenciais pontos positivos das alterações da LINDB	346
1.14.3.	O pacote “anticrime” e suas qualidades democráticas.....	348
1.14.4.	O julgamento pelo júri e o dever constitucional de motivação dos atos.....	351
1.14.5.	A necessária preservação cognitiva do julgador para manutenção do sistema acusatório.....	363
1.14.6.	Distinção necessária entre imparcialidade, neutralidade e imparcialidade. Mecanismos legais para assegurá-la	366
1.15.	Dissonância cognitiva e vieses cognitivos. A imparcialidade como elemento fundamental para o enfrentamento da discricionariedade	371
1.16.	A decisão judicial entre o passado e o futuro: o consequencialismo e uma necessária hermenêutica integrativa	377

1.16.1.	Elementos estruturantes de uma hermenêutica integrativa: o arquétipo normativo da decisão judicial	390
1.16.2.	A LINDB e o consequencialismo: premissas para uma sistematização	394
1.16.2.1.	O consequencialismo e suas consequências no processo	402
1.17.	Premissas para uma teoria da decisão	406
1.17.1.	Requisitos mínimos necessários para se decidir no paradigma pós-positivista	419
1.17.2.	Onde o direito termina, a discricionariedade começa, ou porque a discricionariedade é inimiga do direito.....	421
1.17.3.	Eliminação da discricionariedade e a resposta correta como metáfora.....	425
1.18.	Do equívoco em se comparar o neoconstitucionalismo ao pós-positivismo.....	433
1.18.1.	O neoconstitucionalismo	434
1.18.2.	O pós-positivismo	440
1.19.	Entre a superação do positivismo e o seu abandono: o que aprendemos com os positivistas	448
1.20.	Da importância do paradigma pós-positivista para a análise da decisão de inconstitucionalidade e seus respectivos efeitos	451
	Conclusões principais	452

2 – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO CONSTITUCIONAL

2.1.	Do absolutismo ao constitucionalismo. A mudança histórica para o surgimento da jurisdição constitucional	457
2.2.	Jurisdição constitucional e sua importância para reconstrução do Estado Democrático após a 2ª Guerra Mundial	461
2.3.	Fundamentos da jurisdição constitucional	467
2.4.	Funções da jurisdição constitucional	468
2.4.1.	Jurisdição constitucional e a função da limitação do Poder	469
2.4.2.	Função contramajoritária da jurisdição constitucional: proteção das minorias e dos direitos fundamentais	472
2.5.	Do processo constitucional.....	482
2.5.1.	Conceito de processo constitucional.....	482
2.5.2.	Processo constitucional e sua autonomia	483

2.5.3.	As vias do processo constitucional: controle de constitucionalidade e as ações constitucionais	485
2.6.	Teoria geral do controle de constitucionalidade	486
2.6.1.	Objeto e natureza jurídica dos meios de controle de constitucionalidade.....	486
2.6.2.	Os críticos do controle de constitucionalidade das leis pelos juízes (<i>against judicial review</i>)	490
2.6.3.	Defensores do controle judicial de constitucionalidade das leis pelos juízes (<i>strong judicial review</i>)	502
2.6.4.	A <i>judicial review</i> como direito fundamental	506
2.6.4.1.	A origem histórica da <i>judicial review</i>	506
2.6.4.1.1.	<i>Bonham's case</i> . A contribuição de Edward Coke para a estruturação da <i>judicial review</i>	506
2.6.4.1.2.	A influência do <i>Bonham's case</i> na formação da <i>judicial review</i>	509
2.6.5.	O caso <i>Marbury vs. Madison</i> . Aplicação da Constituição como regra jurídica	511
2.6.6.	A importância de se conferir natureza de direito fundamental à <i>judicial review</i>	515
2.6.7.	Hans Kelsen e o controle de constitucionalidade	517
2.6.7.1.	A necessidade de superação da acepção dos Tribunais Constitucionais como simples legisladores negativos...	522
2.6.7.2.	A incompatibilidade da fórmula do legislador negativo com as decisões que aplicam o efeito aditivo	526
2.7.	Requisitos para uma jurisdição constitucional autônoma	529
2.8.	Novos desafios da jurisdição constitucional: o modelo cognitivista, diálogo e autonomia	533
2.9.	A Jurisdição constitucional pós-moderna	536
	Conclusões principais	539
3	– CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	545
3.1.	Considerações gerais: o controle abstrato entre o passado e o futuro....	547
3.2.	O Supremo Tribunal Federal: composição e funções.....	550
3.2.1.	O debate acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal ao exercer função de Tribunal Constitucional	554
3.2.2.	Conclusões principais.....	557

3.3.	Ação direta de inconstitucionalidade	558
3.3.1.	Competência	558
3.3.2.	Objeto	560
3.3.3.	Legitimados.....	566
3.3.4.	Medida cautelar e participação do Advogado-Geral da União.....	573
3.3.5.	Rito abreviado	575
3.3.6.	ADIn estadual.....	578
3.4.	Ação declaratória de constitucionalidade	580
3.4.1.	Competência	581
3.4.2.	Objeto	581
3.4.3.	Legitimados.....	582
3.4.4.	Medida cautelar	582
3.4.5.	Da natureza jurídica da ADIn e da ADC. O risco em se atribuir caráter dúplice.....	582
3.4.6.	A possibilidade de cumulação de pedidos	585
3.5.	Arguição de descumprimento de preceito fundamental	585
3.5.1.	Preceito fundamental.....	586
3.5.2.	Objeto	586
3.5.3.	Formas.....	594
3.5.4.	Legitimados.....	595
3.5.5.	Medida cautelar em ADPF	597
3.6.	Crêterios para a concessão de medidas liminares pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADIn, ADC e ADPF.....	601
3.6.1.	A importância do estabelecimento de critérios como forma de legitimação da decisão liminar	602
3.6.2.	Criteriologia mínima para a concessão de liminares pelo Supremo Tribunal Federal	604
3.6.3.	Aplicação da LINDB na concessão de liminares	607
3.7.	Inconstitucionalidade por omissão.....	608
3.7.1.	Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão	612
3.7.2.	Participação do Congresso Nacional na análise de omissões normativas inconstitucionais	616
3.7.3.	Controle das omissões inconstitucionais não normativas.....	618
3.8.	Ação direta interventiva.....	620

3.8.1.	Noções fundamentais sobre federação e federalismo	620
3.8.2.	Aspectos processuais da ADIn interventiva	622
3.9.	Recepção de leis anteriores à CF	623
3.9.1.	A questão da não recepção das leis anteriores à Constituição Federal	623
3.9.1.1.	A questão da inconstitucionalidade superveniente	625
3.9.1.2.	O fenômeno da não recepção das leis inconstitucionais	625
3.9.1.3.	O controle concentrado de constitucionalidade de leis anteriores à Constituição. A utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental	627
3.10.	Controle prévio de constitucionalidade das leis	630
3.11.	Recepção de tratados	636
3.12.	Controle de convencionalidade	638
3.13.	Controle de comunitariedade	643
3.14.	A figura do <i>amicus curiae</i> no controle de constitucionalidade	646
3.14.1.	Requisitos para o ingresso do <i>amicus curiae</i>	652
3.14.2.	Audiências públicas e intervenção de <i>amici curiae</i> em casos complexos como condição de legitimidade da decisão judicial proferida em sede de controle abstrato	654
3.14.3.	Conclusões principais	655
3.15.	Conceito de sentença e coisa julgada no direito processual	658
3.16.	Sentença constitucional como categoria triádica. Sentença como atividade interpretativa e integradora do direito	660
3.17.	Princípios informadores da sentença constitucional	661
3.17.1.	Princípio da congruência	662
3.17.2.	Princípio da motivação	662
3.17.3.	Princípios da colegialidade e publicidade	665
3.17.4.	Princípio da igualdade	666
3.17.5.	Princípio da imparcialidade: impedimento em controle abstrato	666
3.18.	Coisa julgada e decisão de inconstitucionalidade	667
3.18.1.	Conceito de coisa julgada	667
3.18.2.	Coisa julgada no processo constitucional: a necessidade de novo paradigma	669
3.18.3.	Coisa julgada, efeito <i>erga omnes</i> e a força de lei (<i>Gesetzeskraft</i>)	671

3.19. Efeito vinculante. Conceito e limites	675
3.19.1. Controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva	679
3.19.1.1. Conclusões sobre a relação dos efeitos vinculante e <i>erga omnes</i> com o controle difuso de constitucionalidade das leis	689
3.19.2. Alcance do efeito vinculante.....	689
3.19.2.1. Impossibilidade de se estender o efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão.....	690
3.19.3. Posicionamento doutrinário favorável a se estender o efeito vinculante aos motivos determinantes.....	690
3.19.4. Nosso posicionamento contrário a se estender o efeito vinculante aos motivos determinantes.....	693
3.19.4.1. Controle de constitucionalidade de tema em vez de ato normativo. Há uma mudança de paradigma a caminho?.....	698
3.19.5. Na mesma linha, não se pode utilizar o sistema de precedentes do <i>common law</i> e o efeito vinculante alemão para justificar a ampliação do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão.....	706
3.19.6. O risco de engessamento do Sistema Jurídico. A ruptura do diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e os juízos ordinários ...	706
3.19.7. Usurpação de prerrogativa constitucional do Senado Federal. Violação da CF 52 X.....	709
3.19.8. Violação ao princípio da congruência	710
3.19.9. Usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça.....	710
3.19.10. O efeito vinculante e a vinculação do legislador	711
3.19.10.1. Corrente favorável.....	712
3.19.10.2. Corrente intermediária.....	712
3.19.10.3. Corrente contrária.....	713
3.19.10.4. Conclusão: da impossibilidade de se admitir a vinculação do legislador à decisão de inconstitucionalidade	714
3.19.10.5. Possibilidade de se responsabilizar o legislador por reeditar lei declarada inconstitucional	717
3.19.10.6. A possibilidade de vinculação do Executivo (Presidente da República)	717
3.19.11. Vinculação do próprio STF às suas decisões	719

3.19.11.1. A utilização da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> na jurisdição constitucional	722
3.19.11.2. A eficácia preclusiva da coisa julgada na jurisdição constitucional	723
3.19.11.3. Conclusão sobre a vinculação do STF às suas próprias decisões	726
3.19.12. Quadro comparativo com as similitudes e diferenças entre o efeito vinculante e a eficácia <i>erga omnes</i>	729
3.19.13. A crítica de Liebman à decisão declaratória de constitucionalidade	730
3.19.14. Conclusão sobre a (i) legitimidade da ampliação do efeito vinculante	732
3.19.14.1. Conclusões principais	733
3.20. A classificação das decisões de inconstitucionalidade	736
3.20.1. A contemporânea função da jurisdição constitucional	737
3.21. A decisão declaratória de constitucionalidade	738
3.21.1. A ilegitimidade do efeito vinculante agregado à decisão declaratória de constitucionalidade	739
3.21.2. A impossibilidade de formação da coisa julgada material na decisão declaratória de constitucionalidade	740
3.21.3. A inconstitucionalidade do efeito vinculante na decisão declaratória de constitucionalidade e o risco de supressão da independência decisória dos juízes	742
3.22. As sentenças interpretativas	744
3.22.1. A distinção entre interpretação conforme a Constituição e arguição de nulidade sem redução de texto	744
3.22.2. A sentença interpretativa de rejeição – interpretação conforme a Constituição	748
3.22.3. A sentença interpretativa de aceitação – arguição de nulidade sem redução de texto	757
3.23. As sentenças manipulativas	761
3.24. Sentenças aditivas	762
3.24.1. Conceito de sentença aditiva	762
3.24.2. Função do efeito aditivo	763
3.24.3. Classificação das sentenças aditivas	764
3.24.3.1. A sentença aditiva de princípio [Itália] e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (<i>Unvereinbarkeitserklärung</i>) [Alemanha]	764

3.24.3.2. A decisão de inconstitucionalidade com indireta produção da norma constitucional (sentenças redutoras)	766
3.24.3.3. As sentenças aditivas em sentido estrito.....	767
3.24.4. Requisitos autorizadores das decisões aditivas e substitutivas	776
3.24.4.1. Prévia decisão de inconstitucionalidade	776
3.24.4.2. O efeito aditivo deve ser oriundo diretamente do próprio texto constitucional. A hipótese constitucionalmente obrigatória (<i>rime obbligate</i>)	779
3.24.5. Efeito aditivo e direitos fundamentais	780
3.25. Análise crítica a respeito das sentenças manipulativas proferidas pelo STF	786
3.26. Conclusão sobre a utilização das sentenças manipulativas em nosso sistema: desmistificando as objeções colocadas à utilização do efeito aditivo	815
3.27. A decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de normatividade (Mandado de Injunção)	824
3.28. As sentenças limitativas. A modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade	828
3.28.1. Efeitos <i>ex nunc</i> . A constitucionalidade da modulação de efeitos	830
3.28.2. Modulação de efeitos como categoria consequencialista	831
3.28.3. A modulação de efeitos como instrumento para preservação de direitos fundamentais	834
3.28.3.1. Considerações gerais	834
3.28.3.2. O mito da supremacia do interesse público sobre os direitos fundamentais	835
3.28.3.3. A dimensão constitucional e histórica dos direitos fundamentais: a primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público	838
3.28.3.4. A modulação de efeitos fundada no interesse social. Impossibilidade de se equiparar interesse social ao interesse público.....	846
3.28.3.5. A modulação de efeitos não pode ser fundamentada na preservação do interesse público. Impossibilidade de se utilizar a modulação de efeitos para fins consequencialistas.....	848
3.28.3.6. Inexistência de discricionariedade na modulação de efeitos.....	850

3.28.3.7. A possibilidade da utilização da modulação de efeitos no controle difuso	853
3.28.4. Segurança jurídica. Decisões contrárias à jurisprudência e a inconstitucionalidade superveniente	856
3.28.5. Preservação da boa-fé objetiva e da confiança legítima. Hipóteses em que a modulação é vedada. Favorecimento do cidadão no âmbito penal e tributário	861
3.28.6. Efeitos <i>pro futuro</i> . Preservação do interesse social	867
3.28.7. Fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal sem aplicação no caso <i>sub iudice</i>	872
3.28.8. Função contemporânea da modulação de efeitos: o estabelecimento de regimes de transição	873
3.28.9. Modulação de efeitos para correção de reflexos colaterais da decisão de inconstitucionalidade	875
3.29. Quadro esquemático sobre as decisões interpretativas	876
3.29.1. Conclusões principais	876
3.30. A preservação de atos do Poder Público fundados em lei inconstitucional	883
3.30.1. O ato administrativo fundado em lei inconstitucional	884
3.30.2. A coisa julgada diante da declaração de inconstitucionalidade da lei	886
3.31. O efeito retroativo à intangibilidade da coisa julgada	886
3.31.1. A intangibilidade da coisa julgada. A doutrina portuguesa	886
3.32. A coisa julgada ainda não executada. A interpretação conforme a Constituição do CPC 525 §§ 12, 13, 14 e 15	889
3.32.1. Inaplicabilidade dos dispositivos legais, a partir de decisão de inconstitucionalidade, oriunda de controle difuso de constitucionalidade	899
3.32.2. Responsabilidade patrimonial do Estado em virtude da formação de coisa julgada com fundamento na lei, posteriormente, declarada inconstitucional	902
3.33. Risco proveniente da relativização da coisa julgada para o Estado Democrático de Direito. Teoria condutora ao Estado de Exceção	904
3.33.1. O posicionamento doutrinário de Nelson Nery Junior sobre o tema. A relativização da coisa julgada e o nazismo	904
3.33.2. A relação entre a relativização da coisa julgada e o Estado de Exceção de Giorgio Agamben	905

3.34. Acordos e negócios jurídicos processuais na jurisdição constitucional...	913
3.34.1. Negócios jurídicos processuais na jurisdição constitucional.....	914
3.34.2. Acordo em jurisdição constitucional: possibilidade, vantagens e limites	917
3.34.3. Possibilidades alternativas à solução de litígios em jurisdição constitucional	931
Conclusões principais	933

4 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS AÇÕES

CONSTITUCIONAIS.....	937
4.1. Considerações gerais.....	937
4.2. O modelo historicista.....	938
4.2.1. A intangibilidade dos direitos fundamentais no constitucionalismo inglês – Revolução Gloriosa e a <i>Petition of Right</i>	940
4.3. O modelo individualista	942
4.4. O modelo estatalista.....	945
4.5. O constitucionalismo elimina a dicotomia público <i>vs.</i> privado	948
4.6. Direitos fundamentais: conceito e função.....	950
4.7. Direitos fundamentais contra o Poder Público	953
4.8. O mito da supremacia do interesse público sobre direitos fundamentais.....	954
4.9. Direitos fundamentais contra outros particulares	958
4.10. Restrição a direitos fundamentais: requisitos	959
4.10.1. Restrição deve estar constitucionalmente autorizada	960
4.10.2. A restrição a direito fundamental deve ser proporcional (<i>Übermassverbot</i> e <i>Untermaßverbot</i>)	961
4.10.3. A restrição deve atender ao interesse social, e não pode se fundamentar na preservação do interesse público	962
4.10.4. A restrição deve estar exaustivamente fundamentada	962
4.10.5. O ato do Poder Público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário.....	966
4.11. As ações constitucionais	967
4.11.1. <i>Habeas Corpus</i>	967
4.11.1.1. Conceito	967
4.11.1.2. Legitimidade.....	969

4.11.1.3.	Cabimento e procedimento.....	971
4.11.1.4.	<i>Habeas Corpus</i> Coletivo.....	974
4.11.1.5.	Fixação de teses em sede de <i>habeas corpus</i>	981
4.11.2.	<i>Habeas Data</i>	983
4.11.2.1.	Conceito.....	983
4.11.2.2.	Legitimidade.....	983
4.11.2.3.	Cabimento e procedimento.....	985
4.11.3.	Mandado de segurança.....	986
4.11.3.1.	Conceito.....	986
4.11.3.2.	Legitimidade.....	987
4.11.3.3.	Cabimento e procedimento.....	990
4.11.3.4.	Mandado de segurança coletivo.....	999
4.11.4.	Mandado de injunção: individual e coletivo.....	1000
4.11.4.1.	Conceito.....	1000
4.11.4.2.	Legitimidade.....	1002
4.11.4.3.	Cabimento.....	1003
4.11.4.4.	A decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de normatividade (Mandado de Injunção).....	1006
4.11.5.	Ação popular.....	1010
4.11.5.1.	Conceito.....	1010
4.11.5.2.	Legitimidade.....	1011
4.11.5.3.	Cabimento.....	1012
4.11.6.	Ação Civil Pública.....	1014
4.11.6.1.	Conceito.....	1014
4.11.6.2.	Legitimidade.....	1014
4.11.6.3.	Cabimento.....	1015
4.11.7.	Reclamação.....	1025
4.11.7.1.	Breve notícia histórica.....	1025
4.11.7.2.	Conceito.....	1031
4.11.7.3.	Legitimados.....	1032
4.11.7.4.	Cabimento.....	1033
4.11.7.5.	Funções contemporâneas.....	1047
4.11.7.5.1	Função cognitiva: a reclamação como mecanismo de revisão de decisões vinculantes.....	1048

4.11.7.5.2	Função esclarecedora-integrativa	1052
4.11.7.5.3	Função preventiva	1054
4.11.7.5.4	Função extensiva.....	1055
Conclusões principais		1055
5 – O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A RESERVA DE PLENÁRIO.....		1059
5.1.	Considerações gerais.....	1060
5.2.	Controle de constitucionalidade pelo STJ	1061
5.3.	A regra da reserva de plenário.....	1063
5.3.1.	Conceito e considerações gerais.....	1063
5.3.2.	Reserva de plenário e a decisão que aplica interpretação conforme a Constituição e a Súmula Vinculante 10	1066
5.3.3.	Reserva de plenário e a decisão que efetua a arguição de nulidade sem redução de texto	1069
5.3.4.	Aspectos controvertidos acerca da interpretação da Súmula Vinculante 10.....	1071
5.3.5.	Dispensas à cláusula da reserva de plenário: a sistematização do CPC 949, par. ún.	1073
5.4.	Função dos Tribunais Superiores no julgamento de recursos	1077
5.5.	Recurso Extraordinário	1088
5.5.1.	A admissibilidade do Recurso Extraordinário	1090
5.5.2.	Conceito de repercussão geral. Impossibilidade de atribuir sua caracterização a critérios puramente discricionários do STF	1095
5.5.3.	Relação entre repercussão geral e direitos fundamentais.....	1097
5.5.4.	Repercussão geral, prescrição e suspensão dos processos.....	1100
5.5.5.	Crítérios para a resolução de antinomias entre entendimentos fixados em sede de repercussão geral e controle abstrato de constitucionalidade.....	1101
5.5.6.	Por uma ressignificação da ementa dos acórdãos de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e definida. Sucedâneo de uma forma de julgamento <i>per curiam</i>	1106
5.6.	Riscos da objetivação do controle difuso de constitucionalidade.....	1108
5.6.1.	A função do Senado: controle difuso de constitucionalidade e a releitura da CF 52 X	1117
Conclusões principais		1124

6 – O PRECEDENTE CONSTITUCIONAL, A SÚMULA VINCULANTE E OS JULGAMENTOS REPETITIVOS	1127
6.1. Considerações introdutórias.....	1128
6.2. Ontologia dos precedentes	1129
6.3. <i>Stare decisis</i> e o sistema de precedentes.....	1143
6.4. O precedente judicial e a <i>ratio decidendi</i>	1149
6.4.1. Julgamento <i>per curiam</i> e <i>seriatim</i>	1163
6.5. Precedente judicial: características e funções	1171
6.5.1. As <i>unpublished opinions</i> no direito estadunidense	1181
6.5.2. Funcionalização do precedente no <i>common law</i>	1184
6.6. O precedente judicial não pode ser equiparado à decisão dotada de efeito vinculante pela lei	1189
6.6.1. Fator histórico: ou as razões pelas quais um sistema de <i>stare decisis</i> não surge de um dia para o outro ou por determinação legislativa	1190
6.6.2. Fator hermenêutico: as razões pelas quais não há nenhum ganho para a democracia em se superar o juiz boca da lei pelo juiz boca da súmula ou de qualquer outro provimento vinculante.....	1192
6.6.3. Fator democrático: as razões pelas quais o genuíno precedente não nasce nunca com esse <i>status</i> . É a sua aceitação e aplicação pelas instâncias inferiores do Judiciário que o transformam em precedente.....	1195
6.7. Precedente <i>vs.</i> coisa julgada material e com efeito <i>erga omnes</i>	1198
6.8. Súmula vinculante	1201
6.8.1. Concepção equivocada sobre súmula vinculante: instrumento refratário ao acesso hermenêutico ao direito	1202
6.8.2. A súmula vinculante: distinção em relação aos precedentes do <i>common law</i>	1205
6.8.2.1. Distinção quanto ao modo de aplicação	1207
6.8.2.2. Distinção quanto ao alcance	1209
6.8.2.3. Distinção quanto à teleologia.....	1213
6.8.2.4. Distinção quanto ao âmbito de vinculação.....	1218
6.8.3. A súmula vinculante e sua similaridade com os assentos portugueses: ambas prescrições de natureza normativo-abstrata.....	1220

6.8.4.	Súmula vinculante: seu controle difuso de constitucionalidade e a leitura constitucionalmente adequada da CF 103-A § 3º	1222
6.8.4.1.	Precedente histórico <i>Le Tribunal de Cassation</i> da Revolução Francesa	1223
6.8.5.	A necessidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante enquanto instrumento de natureza normativo-abstrata, sua relação com o direito de ação (CF 5º XXXV)	1224
6.8.6.	A súmula e as decisões vinculantes não são um mal em si. O risco é a não compreensão hermenêutica desses institutos	1228
6.8.7.	Incidente de assunção de competência no STF: arguição de nulidade sem redução de texto do CPC 947	1232
6.9.	Da lei ao provimento vinculante: nunca o contrário	1234
6.9.1.	Para uma sistematização dos provimentos vinculantes.....	1237
6.9.2.	Necessária diferenciação entre a “superação” e a “revisão” da tese jurídica	1246
6.9.3.	Por uma sistematização da concepção de jurisprudência dominante à luz da hermenêutica integrativa.....	1248
6.9.4.	Modulação dos efeitos da viragem jurisprudencial: o CPC 927 § 3º e a LINDB 24.....	1252
6.9.5.	Os dois níveis de vinculação das decisões dos Tribunais Superiores	1253
6.10.	Ressalvas ao canto da sereia: ou um possível lado obscuro dos precedentes	1256
6.10.1.	Inexistência de qualquer pronunciamento judicial sem prévia interpretação jurídica.....	1260
6.10.2.	A discricionariedade judicial como principal elemento teórico para o agravamento da insegurança jurídica	1264
6.10.3.	O risco para a democracia constitucional na restrição de acesso ao STF e da diminuição de suas competências	1271
6.11.	Diálogos entre jurisdições constitucionais e o uso do precedente estrangeiro pelo STF	1274
6.11.1.	Precedente estrangeiro na jurisprudência do STF	1278
6.11.2.	Análise da jurisprudência do STF e as vantagens do uso do precedente internacional	1287
6.11.3.	Globalizando os aspectos positivos do constitucionalismo: possível saída para o trilema de Dani Rodrik	1289

6.11.4. Rumo a uma sociedade mundial (Niklas Luhmann): necessidade de compatibilização de regimes em um constitucionalismo global?	1291
Conclusões principais	1293
7 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ARBITRAGEM....	1299
7.1. Considerações gerais	1299
7.2. Natureza jurídica da atividade arbitral	1299
7.2.1. Processo civil romano: a “ <i>iurisdictio</i> ” romana	1300
7.2.2. Arbitragem: atividade de natureza jurisdicional	1303
7.3. Controle difuso de constitucionalidade e arbitragem	1308
7.3.1. Nota introdutória	1308
7.3.2. Processo arbitral e devido processo legal	1309
7.3.3. Decisão de inconstitucionalidade em sede arbitral.....	1311
7.3.4. Decisão de inconstitucionalidade <i>ex officio</i> e proibição de decisão surpresa	1314
7.3.5. Sentença arbitral <i>contra legem</i> e o juízo de equidade	1316
7.3.5.1. Juízo de equidade e jurisdição estatal.....	1319
7.3.5.2. Juízo de equidade e jurisdição arbitral	1321
7.4. O alcance do árbitro pelo efeito vinculante do controle abstrato de constitucionalidade das leis	1322
7.4.1. A decisão arbitral que deixa de aplicar provimento judicial vinculante.....	1328
7.5. O direito como integridade: a necessidade de o árbitro analisar precedentes, súmulas e decisões dos tribunais superiores	1336
Conclusões principais	1340
8 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	1343
8.1. Considerações gerais	1344
8.2. Controle de constitucionalidade pela Administração Pública – Posições doutrinárias	1345
8.2.1. Posição doutrinária contrária ao controle de constitucionalidade...	1345
8.2.2. Intermediários. Possibilidade de a Administração Pública realizar o controle de constitucionalidade em hipóteses restritas...	1345

8.2.2.1.	Controle de constitucionalidade da lei para garantir a preservação de direitos fundamentais.....	1346
8.2.2.2.	A posição de Paulo Otero	1347
8.2.3.	Os favoráveis ao controle de constitucionalidade pela Administração Pública.....	1348
8.2.3.1.	A posição de André Salgado Matos	1348
8.2.3.2.	A posição de Rui Medeiros.....	1349
8.3.	Desmistificação do princípio da legalidade estrita.....	1349
8.3.1.	A atuação da Administração Pública como atividade interpretativa	1352
8.3.2.	A Constituição como fundamento normativo direto da atuação administrativa.....	1354
8.4.	A realização do controle de constitucionalidade pela Administração Pública	1356
8.4.1.	Realização da interpretação conforme a Constituição pela Administração Pública.....	1357
8.4.2.	Controle administrativo de constitucionalidade. A desaplicação da lei pela Administração Pública.....	1358
8.4.2.1.	A admissibilidade do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento. Previsão constitucional – CF 66 § 1º.....	1360
8.4.2.2.	A revisão jurisdicional do ato administrativo que realizar controle de constitucionalidade	1361
8.4.2.3.	Inexistência de discricionariedade no ato administrativo que realizar controle de constitucionalidade	1362
8.4.2.4.	Controle de constitucionalidade e os Agentes da Administração Pública – Considerações gerais	1365
8.4.2.5.	Sujeitos da Administração Pública que podem realizar o controle de constitucionalidade.....	1365
8.4.2.6.	Órgãos administrativos hierarquicamente superiores...	1366
8.4.2.7.	Órgãos administrativos e agentes administrativos subordinados. Necessidade de medida judicial	1367
8.4.2.8.	Órgãos administrativos com função jurisdicional de solução de conflitos	1368
8.4.2.9.	Tribunal de Contas.....	1369
8.4.2.10.	CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência	1372

8.4.2.11.	Conselho Nacional de Justiça e controle difuso de constitucionalidade	1377
8.4.3.	Responsabilidade da Administração Pública e dever de fiscalizar a constitucionalidade das leis	1380
8.4.3.1.	A inconstitucionalidade como ilícito – a atuação administrativa contrária à Constituição Federal	1381
8.4.4.	Modulação de efeitos e consequencialismo no âmbito administrativo	1383
8.4.4.1.	Considerações gerais: a boa-fé objetiva e a tutela da confiança legítima	1384
8.4.4.2.	Modulação de efeitos na revisão de atos administrativos perfeitos.....	1386
8.4.4.3.	Consequencialismo e a importância da hermenêutica integrativa: considerações sobre a jurisprudência administrativa e a LINDB 24.....	1388
8.4.5.	Controle judicial dos atos do CNJ e CNMP pelo Supremo Tribunal Federal.....	1393
	Conclusões principais	1397
9	– DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DE PODERES	1401
9.1.	Introdução: O paradoxo da democracia constitucional.....	1401
9.2.	Democracia e seus elementos-chave	1402
9.2.1.	<i>Common ground</i> como elemento estruturante da democracia	1408
9.2.2.	Dignidade humana como elemento estruturante da democracia: as duas dimensões da dignidade	1409
9.2.3.	<i>Forbearance</i> e respeito mútuo: as regras implícitas necessárias a todo regime democrático.....	1412
9.3.	A <i>Bill of Rights</i> norte-americana como elemento de consolidação da democracia nos Estados Unidos da América	1419
9.3.1.	Considerações iniciais: a importância da <i>Bill of Rights</i> no direito norte-americano	1420
9.3.2.	A história da <i>Bill of Rights</i> entre a Inglaterra e o Novo Mundo: documentos, pensadores e juristas.....	1422
9.3.3.	As dimensões política e jurídica da <i>Bill of Rights</i> : federalismo, direitos fundamentais e democracia	1427
9.3.4.	Lições da experiência democrática dos EUA a partir da <i>Bill of Rights</i> ao constitucionalismo brasileiro.....	1432
9.4.	Dois modelos de democracia: a majoritária e a em parceria	1434

9.5.	Premissas para um <i>common ground</i> democrático no Brasil	1436
9.6.	A posição do Judiciário nas democracias não consolidadas: a delegativa e a frágil	1437
9.7.	<i>Accountability</i> e democracia.....	1439
9.8.	A democracia sob ataque	1444
9.8.1.	Inimigos antigos	1444
9.8.2.	Inimigos contemporâneos	1447
9.8.3.	O principal inimigo da democracia: a simplicidade	1459
9.9.	O porquê de uma nova constituinte ser golpe de Estado fica melhor	1466
9.10.	A nova separação de poderes.....	1470
9.10.1.	Separação de poderes e Estado Democrático de Direito: a visão de Jeremy Waldron	1470
9.10.2.	A nova separação de poderes: a visão de Bruce Ackerman	1475
9.10.3.	<i>Common ground</i> entre Waldron e Ackerman a respeito da separação de poderes.....	1478
10	– ATIVISMO JUDICIAL E JURISTOCRACIA	1481
10.1.	Ativismo judicial: apresentação da polêmica	1481
10.1.1.	Ativismo judicial no debate dos EUA e Canadá	1484
10.1.1.1.	Ativismo judicial como abandono da postura originalista na aplicação do direito.....	1484
10.1.1.2.	Ativismo como tensão constante entre <i>judicial review</i> e <i>self-restraint</i>	1490
10.1.1.3.	Ativismo judicial é fenômeno vazio de ideologia. Não há bom ou mau ativismo	1493
10.1.1.4.	Ativismo judicial consiste em postura discricionária do Judiciário.....	1497
10.1.1.5.	O que efetivamente é ativismo	1507
10.1.1.5.1.	Ativismo judicial é abandono do direito na formação da decisão judicial	1508
10.1.1.5.2.	Ativismo judicial é atuação insidiosa do Judiciário face demais poderes.....	1514
10.1.1.5.3.	Conceito de ativismo judicial	1520
10.1.1.5.4.	Juízes acrobatas	1527
10.1.1.5.5.	Judicialização da política, ativismo e protagonismo judicial: uma despoluição semântica.....	1528

10.2. Tipologia das Cicatrizes Ativistas.....	1531
10.2.1. Ativismo performático.....	1533
10.2.2. Ativismo contra os limites do texto.....	1542
10.2.3. Ativismo messiânico	1546
10.2.4. Ativismo ideológico-moralista	1548
10.2.5. Ativismo populista.....	1551
10.2.6. Ativismo puramente consequencialista	1564
10.2.7. Ativismo por inação	1568
10.2.8. Ativismo nas funções administrativas do STF	1569
10.3. Juristocracia.....	1571
10.3.1. Juristocracia delegativa e a infantilização da justiça	1574
10.4. De como o teorema dos dois corpos do rei nos possibilita compreender a correta função do Supremo Tribunal Federal	1582
10.5. Soluções para o enfrentamento do ativismo judicial: a autonomia do direito, a legitimidade da Suprema Corte e a integridade do julgador....	1586
10.5.1. Uma hermenêutica integrativa como chave-de-leitura das soluções ao enfrentamento do ativismo judicial.....	1586
10.5.2. Preservação da autonomia do direito.....	1590
10.5.3. Respeito à legislação democraticamente instituída	1592
10.5.4. As exigências da legitimidade	1601
10.5.5. A integridade do juiz.....	1603
10.5.6. Proceduralização	1606
10.5.6.1. Notas introdutórias para compreender a proceduralização no direito.....	1606
10.5.6.2. As bases teóricas da proceduralização.....	1608
10.5.7. O apelo por um diálogo constitucional entre Poderes: uma resposta às inquietudes do ativismo judicial e da juristocracia....	1625
10.6. Nota conclusiva: o que fazer com o processo constitucional quando não restar mais nada para vincular? Ou o imprescindível eterno- retorno ao caso concreto	1630
Conclusões principais	1634
Posfácio: a mente jurídica naufragada e a estupidez.....	1639
Bibliografia	1645
Índice Alfabético-Remissivo	1703
Abreviaturas	1731