

## SUMÁRIO

Prefácio – NELSON NERY JUNIOR .....	11
À guisa de Apresentação – LENIO LUIZ STRECK .....	23
Introdução .....	39
Lista de Abreviaturas .....	43
1. Pós-positivismo e direito: Teoria pós-positivista da norma e da sentença	45
1.1 Norma e pós-positivismo .....	45
1.1.1 Neoconstitucionalismo e pós-positivismo .....	46
1.2 O século XX e o giro linguístico-hermenêutico da filosofia: o problema do fundamento e sua influência no direito .....	53
1.2.1 O giro linguístico e a alteração do conceito de verdade jurídica. A relação entre verdade e fundamento e as formas jurídicas ....	53
1.2.2 O direito enquanto linguagem: a influência do giro linguístico sobre as teorias do direito .....	56
1.3 A sentença como ato interpretativo: para além do silogismo jurídico	60
1.3.1 O acesso hermenêutico ao direito .....	60
1.4 Distinção entre texto normativo e norma .....	61
1.4.1 A contribuição da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller para a distinção entre texto e norma .....	62
1.5 Interpretação jurídica como ato produtivo de normas .....	64
1.5.1 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 .....	64
1.5.2 As alterações introduzidas pela <i>aplicatio</i> de Gadamer na interpretação jurídica .....	65
1.6 Crítica e superação da sentença como silogismo .....	68
1.7 A concepção pós-positivista da sentença .....	73
1.7.1 O inexorável elemento interpretativo da sentença: a necessária opção por um paradigma hermenêutico adequado .....	73
1.7.2 Os modelos do pensamento hermenêutico .....	75
1.8 A norma como produto da linguagem: a <i>oposicionalidade</i> como elemento fundamental da norma jurídica, a contribuição Günther Figal .....	77

1.8.1	A defasagem do modelo da instrumentalidade do processo para se desenvolver concepção hermenêutica da sentença....	80
1.9	Os reflexos processuais oriundos da concepção pós-positivista da norma .....	85
1.9.1	A norma como conceito relacionado ao caso concreto: decisão a ser aplicada em casos futuros caracteriza-se como texto normativo .....	85
1.9.2	A polêmica: direito material vs direito processual ou dualismo vs monismo. Superação da dicotomia diante do círculo hermenêutico .....	87
1.10	Conclusão sobre a importância do paradigma pós-positivista para a análise da decisão de inconstitucionalidade e seus respectivos efeitos .....	90
2.	Processo constitucional e jurisdição constitucional.....	93
2.1	A decisão de inconstitucionalidade e seus efeitos: processo constitucional. Considerações gerais .....	93
2.1.1	Processo constitucional e sua autonomia.....	94
2.1.1.1	Processo constitucional. Conceito .....	96
2.1.2	Processo constitucional. Natureza jurídica. Processo objetivo.....	96
2.1.2.1	Riscos da objetivação do controle difuso de constitucionalidade .....	98
2.2	Jurisdição constitucional. Função: limitação do poder .....	101
2.2.1	Requisitos para uma jurisdição constitucional autônoma....	102
2.3	Conceito de sentença e coisa julgada no direito processual.....	105
2.4	Sentença constitucional como categoria triádica. Sentença como atividade interpretativa e integradora do direito .....	110
2.5	Princípios informadores da sentença constitucional.....	112
2.5.1	Princípio da congruência.....	112
2.5.2	Princípio da motivação .....	115
2.5.3	Princípio da colegialidade e publicidade.....	116
2.5.4	Princípio da igualdade .....	117
2.6	Coisa julgada e decisão de inconstitucionalidade .....	117
2.6.1	Conceito de coisa julgada .....	117
2.6.2	Coisa julgada no processo constitucional: a necessidade de novo paradigma .....	119
2.6.3	Coisa julgada, efeito <i>erga omnes</i> e a força de lei ( <i>Gesetzeskraft</i> )	121
2.7	Efeito vinculante. Conceito e limites .....	126

2.7.1	Controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva .....	129
2.7.1.1	Conclusões sobre a relação dos efeitos vinculante e <i>erga omnes</i> com o controle difuso de constitucionalidade das leis.....	135
2.7.2	Alcance do efeito vinculante .....	136
2.7.2.1	Impossibilidade de se estender o efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença .....	136
2.7.3	O efeito vinculante e a vinculação do legislador.....	143
2.7.3.1	Corrente favorável .....	143
2.7.3.2	Corrente intermediária .....	144
2.7.3.3	Corrente contrária .....	145
2.7.3.4	Conclusão: da impossibilidade de se admitir a vinculação do Legislador à decisão de inconstitucionalidade .....	146
2.7.3.5	Possibilidade de se responsabilizar o legislador por reeditar lei declarada inconstitucional .....	148
2.7.3.6	A possibilidade de vinculação do Executivo (Presidente da República) .....	148
2.7.4	Vinculação do próprio STF as suas decisões.....	151
2.7.4.1	A utilização da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> na jurisdição constitucional.....	153
2.7.4.2	A eficácia preclusiva da coisa julgada na jurisdição constitucional .....	154
2.7.4.3	Conclusão sobre a vinculação do STF as suas próprias decisões .....	157
2.7.5	Quadro comparativo com as similitudes e diferenças entre o efeito vinculante e a eficácia <i>erga omnes</i> .....	160
2.7.6	A crítica de Liebman à decisão declaratória de constitucionalidade .....	161
2.7.7	Conclusão sobre a (i)legitimidade da ampliação do efeito vinculante .....	163
3.	Tipologia das decisões de inconstitucionalidade.....	165
3.1	A classificação das decisões de inconstitucionalidade.....	165
3.2	A necessidade de superação da acepção dos Tribunais Constitucionais como simples legisladores negativos .....	167
3.2.1	Hans Kelsen e o controle de constitucionalidade .....	167

3.2.1.1	O conceito <i>kelseniano</i> de Tribunal Constitucional como legislador negativo .....	172
3.2.2	Da necessidade de superação do conceito de Tribunal Constitucional como legislador negativo. Riscos da aplicação descontextualizada do conceito formulado por Kelsen.....	173
3.2.2.1	A contemporânea função da jurisdição constitucional.....	175
3.2.2.2	A incompatibilidade da fórmula do legislador negativo com as decisões interpretativas e manipulativas. A eficácia como elemento preponderante na decisão de inconstitucionalidade.....	176
3.3	A decisão declaratória de constitucionalidade .....	179
3.3.1	A ilegitimidade do efeito vinculante agregado à decisão declaratória de constitucionalidade.....	180
3.3.2	A impossibilidade de formação da coisa julgada material na decisão declaratória de constitucionalidade.....	181
3.3.3	A inconstitucionalidade do efeito vinculante na decisão declaratória de constitucionalidade e o risco de supressão da independência decisória dos juízes.....	184
3.4	As sentenças interpretativas.....	185
3.4.1	A distinção entre interpretação conforme à Constituição e arguição de nulidade sem redução de texto.....	186
3.4.2	A sentença interpretativa de rejeição – interpretação conforme a Constituição.....	190
3.4.3	A sentença interpretativa de aceitação – arguição de nulidade sem redução de texto. ....	199
3.4.4	As sentenças interpretativas e a regra da reserva de plenário – art. 97 da CF/1988.....	203
3.4.4.1	Reserva de plenário e a decisão que aplica interpretação conforme a Constituição e a súmula vinculante 10 .....	203
3.4.4.2	Reserva de plenário e a decisão que efetua a arguição de nulidade sem redução de texto .....	207
3.4.4.3	A aplicação da regra da reserva de plenário e o controle de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça.....	209
3.4.4.4	Aspectos controvertidos acerca da interpretação da súmula vinculante 10.....	211



3.5	As sentenças manipulativas .....	213
3.5.1	Sentenças aditivas .....	215
3.5.1.1	Conceito de sentença aditiva.....	215
3.5.1.2	Função do efeito aditivo.....	216
3.5.1.3	Classificação das sentenças aditivas .....	217
3.5.1.4	Requisitos autorizadores das decisões aditivas e substitutivas .....	225
3.5.1.5	Efeito aditivo e direitos fundamentais.....	231
3.5.2	Análise crítica a respeito das sentenças manipulativas proferidas pelo STF .....	237
3.5.3	Conclusão sobre a utilização das sentenças manipulativas em nosso sistema: desmistificando as objeções colocadas à utilização do efeito aditivo .....	248
3.5.4	A decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de normatividade (Mandado de Injunção).....	257
3.6	As sentenças limitativas. A modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade .....	262
3.6.1	Efeitos <i>ex nunc</i> . A constitucionalidade da modulação de efeitos... ..	264
3.6.2	A modulação de efeitos como instrumento para preservação de direitos fundamentais.....	266
3.6.2.1	Considerações gerais .....	266
3.6.2.2	O mito da supremacia do interesse público sobre os direitos fundamentais .....	267
3.6.2.3	A dimensão constitucional e histórica dos direitos fundamentais: a primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público .....	269
3.6.2.4	A modulação de efeitos fundada no interesse social. Impossibilidade de se equiparar interesse social ao interesse público .....	274
3.6.2.5	A modulação de efeitos não pode ser fundamentada na preservação do interesse público. Impossibilidade de se utilizar a modulação de efeitos para fins consequencialistas .....	277
3.6.2.6	Inexistência de discricionariedade na modulação de efeitos .....	280
3.6.2.7	A possibilidade da utilização da modulação de efeitos no controle difuso .....	283

3.6.3	Segurança jurídica. Decisões contrárias à jurisprudência e a inconstitucionalidade superveniente.....	287
3.6.4	Preservação da boa-fé objetiva e da confiança legítima. Hipóteses em que a modulação é vedada. Favorecimento do cidadão no âmbito penal e tributário.....	291
3.6.5	Efeitos <i>pro futuro</i> . Preservação do interesse social.....	298
3.7	Quadro esquemático sobre as decisões interpretativas.....	302
4.	Coisa julgada e a declaração de inconstitucionalidade.....	303
4.1	A coisa julgada diante da declaração de inconstitucionalidade da lei.....	303
4.2	O efeito retroativo a intangibilidade da coisa julgada.....	303
4.2.1	A intangibilidade da coisa julgada. A doutrina portuguesa ...	303
4.3	A coisa julgada ainda não executada. A (in) constitucionalidade dos arts. 475-L, § 1.º, e 741, par. ún., do CPC.....	307
4.3.1	Considerações gerais sobre o tema.....	307
4.3.2	Posicionamentos doutrinários sobre o tema.....	307
4.3.3	Conclusão: apreciação crítica acerca dos posicionamentos doutrinários sobre o tema.....	309
4.3.4	Inaplicabilidade dos dispositivos legais, a partir de decisão de inconstitucionalidade, oriunda de controle difuso de constitucionalidade.....	314
4.3.5	Responsabilidade patrimonial do Estado em virtude da formação de coisa julgada com fundamento na lei, posteriormente, declarada inconstitucional.....	317
4.4	Risco proveniente da relativização da coisa julgada para o Estado Democrático de Direito. Teoria condutora ao Estado de Exceção ...	318
4.4.1	O posicionamento doutrinário de Nelson Nery Junior sobre o tema. A relativização da coisa julgada e o nazismo.....	318
4.4.2	A relação entre a relativização da coisa julgada e o Estado de Exceção de Giorgio Agamben.....	319
5.	O controle difuso de constitucionalidade enquanto direito fundamental ...	327
5.1	Considerações gerais.....	327
5.2	A posição e a normatividade dos direitos fundamentais no Estado Constitucional.....	328
5.2.1	Conceito de direitos fundamentais.....	328
5.2.2	Direitos fundamentais e a limitação e vinculação do Poder Público.....	328

5.3	Os modelos de fundamentação dos direitos fundamentais e sua relação com o desenvolvimento do constitucionalismo .....	329
5.3.1	O modelo historicista.....	330
5.3.1.1	A jurisprudência como elemento fundamental do <i>common law</i> .....	330
5.3.1.2	A intangibilidade dos direitos fundamentais no constitucionalismo inglês – Revolução Gloriosa e a <i>Petition of Right</i> .....	332
5.3.2	O modelo individualista .....	335
5.3.2.1	Revolução Francesa e a Declaração de Direitos .....	335
5.3.2.2	A posição da sociedade civil e do Poder Constituinte no modelo individualista .....	336
5.3.3	O modelo estatalista: contextualização .....	338
5.3.3.1	O modelo estatalista e sua confrontação com o modelo individualista.....	339
5.3.3.2	A posição do indivíduo e da sociedade civil no modelo estatalista .....	340
5.3.3.3	Conclusão sobre o modelo estatalista e a posição da jurisprudência .....	341
5.4	A dimensão histórica dos direitos fundamentais.....	341
5.4.1	Direitos fundamentais e Constituição Federal .....	341
5.4.2	A importância do elemento historicista para a proteção dos direitos fundamentais .....	342
5.4.3	A <i>judicial review</i> como direito fundamental .....	343
5.4.3.1	A origem histórica da <i>judicial review</i> .....	343
5.4.3.2	O caso <i>Marbury vs Madison</i> . Aplicação da Constituição como regra jurídica .....	349
5.4.3.3	A importância de se conferir natureza de direito fundamental à <i>judicial review</i> .....	351
6.	Súmula vinculante e controle de constitucionalidade.....	355
6.1	Concepção dominante sobre súmula vinculante: instrumento refratário ao acesso hermenêutico ao direito .....	356
6.2	A súmula vinculante: distinção em relação aos precedentes do <i>common law</i> .....	359
6.2.1	Distinção quanto ao modo de aplicação .....	362
6.2.2	Distinção quanto ao alcance .....	364
6.2.3	Distinção quanto à teleologia.....	368

6.2.4	Distinção quanto ao âmbito de vinculação.....	371
6.3	As súmula vinculante e sua similaridade com os assentos portugueses: ambos prescrições de natureza legislativa .....	373
6.4	Súmula vinculante: seu controle difuso de constitucionalidade e a leitura constitucionalmente adequada do art. 103-A, § 3.º, da CF/1988...	375
6.4.1	Precedente histórico <i>Le Tribunal de Cassation</i> da Revolução Francesa .....	375
6.5	A necessidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante enquanto instrumento de natureza legislativa, sua relação com o direito de ação (art. 5.º, XXXV, da CF/1988) .....	377
6.6	A leitura constitucionalmente adequada do art. 103-A, § 3.º, da CF/1988 por meio da interpretação sistemática dos princípios constitucionais da razoabilidade, primazia da lei e independência decisória dos juízes ...	381
7.	Controle de constitucionalidade e arbitragem .....	387
7.1	Considerações gerais .....	387
7.2	Natureza jurídica da atividade arbitral .....	387
7.2.1	Processo civil romano: a “ <i>iurisdictio</i> ” romana .....	387
7.2.2	Arbitragem: atividade de natureza jurisdicional .....	391
7.3	Controle difuso de constitucionalidade e arbitragem.....	394
7.3.1	Processo arbitral e devido processo legal.....	394
7.3.2	Decisão de inconstitucionalidade em sede arbitral.....	396
7.3.3	Decisão de inconstitucionalidade <i>ex officio</i> e proibição de decisão surpresa.....	397
7.3.4	Sentença <i>contra legem</i> e o juízo de equidade.....	397
7.3.4.1	Juízo de equidade e jurisdição estatal.....	400
7.3.4.2	Juízo de equidade e jurisdição arbitral .....	402
8.	Administração Pública e controle de constitucionalidade.....	405
8.1	Considerações gerais .....	405
8.2	Controle de constitucionalidade pela Administração Pública – posições doutrinárias.....	406
8.2.1	Posição doutrinária contrária ao controle de constitucionalidade .....	406
8.2.2	Intermediários. Possibilidade de a Administração Pública realizar o controle de constitucionalidade em hipóteses restritas .....	407
8.2.2.1	Controle de constitucionalidade da lei para garantir a preservação de direitos fundamentais.....	408



8.2.2.2	A posição de Paulo Otero .....	408
8.2.3	Os favoráveis ao controle de constitucionalidade pela Administração Pública.....	409
8.2.3.1	A posição de André Salgado Matos.....	409
8.2.3.2	A posição de Rui Medeiros .....	410
8.3	Desmistificação do princípio da legalidade estrita .....	411
8.3.1	A atuação da Administração Pública como atividade interpretativa .....	411
8.3.2	A Constituição como fundamento normativo direto da atuação administrativa.....	413
8.4	A realização do controle de constitucionalidade pela Administração Pública.....	415
8.4.1	Realização da interpretação conforme à Constituição pela Administração Pública.....	415
8.4.2	Controle administrativo de constitucionalidade. A desaplicação da lei pela Administração Pública.....	417
8.4.2.1	A admissibilidade do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento. Previsão constitucional – art. 66, § 1.º, da CF/1988.....	419
8.4.2.2	A revisão jurisdicional do ato administrativo que realizar controle de constitucionalidade .....	420
8.4.2.3	Inexistência de discricionariedade no ato administrativo que realizar controle de constitucionalidade .....	421
8.4.2.4	Controle de constitucionalidade e os Agentes da Administração Pública.....	424
8.4.3	Responsabilidade da Administração Pública e dever de fiscalizar a constitucionalidade das leis.....	440
8.4.3.1	A inconstitucionalidade como ilícito – a atuação administrativa contrária à Constituição Federal .....	441
9.	A relação entre efeito vinculante e a quantidade de processos.....	445
9.1	Recrudescimento do efeito vinculante e diminuição da quantidade de processo – Considerações gerais .....	445
9.2	Inexistência de qualquer pronunciamento judicial sem prévia interpretação jurídica.....	446
9.3	O ativismo judicial e deficiência de fundamentação: pontos que formentam a insegurança jurídica no cenário brasileiro .....	449
9.3.1	A discricionariedade judicial como principal elemento teórico para o agravamento da insegurança jurídica .....	450

9.4 Breve análise do direito comparado acerca da relação efeito vinculante e diminuição de processos .....	460
9.4.1 Alemanha .....	460
9.4.2 Portugal .....	461
9.4.3 Brasil.....	463
9.5 Conclusão acerca do efeito vinculante e da redução do número de processo: da imprescindibilidade de se analisar a prestação jurisdicional qualitativamente .....	467
9.6 A relação entre repercussão geral e direitos fundamentais .....	468
9.6.1 Conceito de repercussão geral.....	468
9.6.2 A impossibilidade de o STF decidir de forma meramente discricionária sobre a existência da repercussão geral.....	469
9.6.3 A necessária leitura constitucionalmente adequada da repercussão geral para assegurar a preservação dos direitos fundamentais .....	470
10. Controle de constitucionalidade e Estado Democrático.....	473
11. Considerações finais .....	477
Bibliografia .....	499
Índice alfabético-remissivo .....	519