

# O ESVAZIAMENTO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA: AS INFLUÊNCIAS DAS RECENTES REFORMAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS E DO POSITIVISMO JURÍDICO

*THE EXHAUSTION OF THE JUDICIAL REVIEW AND THE DEMOCRACY WEAKNESS: THE INFLUENCES OF THE PROCEDURAL AND CONSTITUTIONALISTS REFORMS AND OF THE JURIDICAL POSITIVISM*

**Guilherme Cardoso Antunes da Cunha<sup>1</sup>**

Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos/RS

**RESUMO:** Este ensaio pretende demonstrar que as reformas processuais e constitucionais ocorridas nos últimos quinze anos diminuíram sobremaneira a possibilidade de utilização do controle difuso de constitucionalidade no sistema judicial brasileiro. Ademais, apresentará as influências da doutrina do positivismo jurídico para que tais reformas fossem lançadas. Por fim, discutirá sobre o afastamento do cidadão da jurisdição constitucional e o conseqüente enfraquecimento da democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle difuso de constitucionalidade; reformas processuais e constitucionais; positivismo jurídico; democracia.

**ABSTRACT:** *The following research intends to demonstrate that the procedural and constitutionalists reforms occurred in the last fifteen years reduced excessively the application of the judicial review in the brasilian judiciary sistem. Besides, it will present the influences of the juridical positivism doctrine for the accomplishment of the reported reforms. At last, it will*

---

<sup>1</sup> Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre. Advogado na Área do Direito Privado.

*discuss about the removal of the citizens from the constitutionalist jurisdiction and the democracy weakness.*

**KEYWORDS:** *Judicial review; procedural and constitutionalists reforms; juridical positivism; democracy.*

**SUMÁRIO:** Considerações iniciais; 1 O esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade e o enfraquecimento da democracia: as influências das recentes reformas constitucionais e processuais e do positivismo jurídico; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Initial considerations; 1 The exhaustion of the judicial review and the democracy weakness: the influences of the procedural and constitutionalists reforms and of the juridical positivism; Final considerations; References.*

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado Liberal construiu-se a partir das irresignações que os cidadãos, especialmente a burguesia, estavam nutrindo em relação à monarquia absolutista, forma de governo que concentrava as decisões nas mãos do monarca e que, conseqüentemente, beneficiava poucos e abusava de seu poder em desfavor de muitos, tendo característica interventiva. Esta nova forma de conceber o Estado tinha como princípio maior a liberdade plena do indivíduo em relação ao Estado, que deveria ser o menos interventor possível, permitindo que os cidadãos pudessem, livremente, dar regras a si mesmos. A não intervenção estatal era a base fundamental para que os indivíduos pudessem exercer livremente a sua liberdade e gozar de suas propriedades.

O Direito, nesta época, para que a economia não sofresse entraves, também teve de ter caráter liberal, não distinguindo as diferenças materiais entre os administrados, apenas tutelando uma igualdade formal entre eles. Assim, o Estado não poderia influir nos negócios individuais, tendo os direitos, então, roupagem individualista e conotação mercadológica, já que o interesse da classe ascendente era em um mercado livre e em uma liberdade contra os abusos estatais.

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais, na concepção liberal-burguesa, eram compreendidos como direitos de defesa do particular contra as interferências do Estado em sua propriedade e liberdade. E nada mais. Eram, assim, concebidos apenas como um não agir do Estado, ou seja, direitos de proteção negativos. É o processo civil, por sua vez, que começou a ser teorizado no século XIX, sofreu influência direta do paradigma liberal.

Entretanto, com a vinda da sociedade de massas e, especialmente após as Guerras Mundiais, tomou-se consciência de que não bastava garantir as liberdades diante do Estado, pois era necessário exigir prestações positivas, prestações sociais capazes de efetivamente possibilitar que a liberdade pudesse ser usufruída, ou seja, eram imperativas prestações idôneas a viabilizar a participação dos particulares na reivindicação de proteção dos direitos sociais e nos próprios procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos, a serem organizados e adequados.

Diante dessas circunstâncias, foi necessário que o Estado passasse a ter um caráter social, preocupando-se com o desenvolvimento dos indivíduos que formavam a sociedade. Para tanto, o Estado aumentou sensivelmente o seu âmbito de atuação, procurando tutelar as desigualdades materiais existentes, visando à justiça social. E isso modificou a forma de se conceber o direito e o processo, para atender às exigências da contemporaneidade.

O direito de ação deixou de ter um aspecto meramente formal de simples acesso ao Judiciário em busca de uma cada vez maior tutela jurisdicional adequada e efetiva do direito material posto em causa. Diversas modificações constitucionais e processuais vieram nesse sentido, sem falar nas inúmeras alterações que todos os âmbitos do direito material sofreram com a mudança de paradigma estatal.

Entretanto, nas duas últimas décadas, o direito constitucional e processual brasileiro sofreu com uma onda de normas visando, exclusivamente, à efetividade do processo, esquecendo as garantias de segurança e afastando, cada vez mais, o cidadão da prestação jurisdicional, impondo dificuldades, interposição de recursos, entre outras.

Nessa senda, o controle difuso de constitucionalidade, que aproxima o cidadão da democracia, especialmente pelo fato de interferir, por meio do processo, na interpretação das questões constitucionais e cada um deles atinentes, também foi ficando cada vez mais distante do jurisdicionado pelas reformas processuais e constitucionais havidas nas duas últimas décadas.

Essa situação é sobremaneira preocupante, na medida em que o controle difuso de constitucionalidade é, quiçá, o instrumento mais importante que o cidadão do Estado Democrático de Direito brasileiro tem em mãos, notadamente em face da legitimidade ativa do controle concentrado e da falta de um Tribunal (efetivamente) constitucional.

Assim, o presente ensaio tentará demonstrar, mesmo que de forma breve, as causas e consequências que esse tolhimento do direito do cidadão de participação no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos traz na prestação jurisdicional e na cidadania.

Para tanto, iniciar-se-á apontando a mudança de roupagem ocorrida na jurisdição após o Estado Liberal Clássico, apresentando e analisando, em seguida, algumas das mudanças constitucionais e legais que influíram diretamente no controle difuso de constitucionalidade, e, ao final, demonstrar-se-á a influência que o positivismo jurídico, ainda presente no imaginário dos juristas brasileiros, tem em relação à prestação jurisdicional e seus reflexos na democracia.

## **1 O ESVAZIAMENTO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA: AS INFLUÊNCIAS DAS RECENTES REFORMAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS E DO POSITIVISMO JURÍDICO**

### **1.1 PRELIMINARMENTE**

A nova ordem constitucional e a nova concepção de Estado trouxeram novas necessidades para o direito processual, surgindo ondas de renovação para o sistema processual concebido no Estado Liberal Clássico<sup>2</sup>, na medida em que é natural que o instrumento se altere para adaptar-se às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais que a sociedade de massa persegue e precisa. Para tanto, fizeram-se (e, mais: ainda se fazem!) necessárias mudanças no sistema processual<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> No Estado Liberal Clássico, os parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do parlamento, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação: o Executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus limites, enquanto o Judiciário somente poderia aplicá-la sem poder interpretá-la. Logo, a lei foi concebida como norma necessariamente geral e abstrata, a fim de defender os cidadãos dos privilégios e abusos típicos do Estado Absolutista, tendo tal concepção o fim de garantir a imparcialidade do Estado e a estabilidade da ordem jurídica (Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 29). Portanto, no Estado Liberal Clássico o Poder Judiciário era concebido apenas como um poder subordinado, que teria a missão exclusiva de reproduzir e revelar as palavras da lei. E como seria impensável pensar que a lei tivesse duas vontades, toda a norma jurídica deveria ter sentido unívoco (Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 92-93).

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.

Por isso, a efetividade do processo constitui um direito fundamental, devendo os textos normativos infraconstitucionais processuais ser revistos e reinterpretados em conformidade com o Estado Contemporâneo, não podendo mais o processo ser um obstáculo à realização do direito material, sendo a instrumentalidade do processo condição mínima de possibilidade para a realização dos direitos previstos na ordem jurídica<sup>4</sup>.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>5</sup>, também chamado de princípio do direito de ação, atualmente – na ótica do Estado Contemporâneo – tem um alcance bem maior do que aquele princípio do direito de ação anteriormente concebido no Estado Liberal Clássico e pelas teorias da ação, na medida em que todos passam a ter o direito de obter do Poder Judiciário uma tutela jurisdicional adequada e efetiva<sup>6</sup>.

As discussões envolvendo o direito de ação, no tocante às teorias que buscam identificar a sua natureza, têm, hoje, reduzida importância para o processo. A preocupação fundamental do processualista de hoje deve ser a efetividade do processo e da necessidade de se desenvolverem mecanismos aptos a alcançar esse objetivo. Esta revisão conceitual mostra-se adequada à realidade que o sistema processual encara frente aos novos paradigmas do Estado Contemporâneo, sendo melhor identificar a relevância constitucional da ação como direito de obter concretamente os meios necessários à satisfação de um interesse protegido pelo legislador material<sup>7</sup>.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, que representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a maior aproximação possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 258.

<sup>5</sup> Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>6</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. Revista, ampliada e atualizada com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, 2004. p. 132.

<sup>7</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 61-63.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 248.

O direito de ação deve ser visto, nesse andar, como garantia de efetividade, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil. Logo, às situações substanciais apresentadas devem corresponder formas de tutela idôneas a assegurar a realização do direito delas emergente. Por isso, efetividade do processo, devido processo legal e direito à adequada tutela jurisdicional são fenômenos indissociáveis<sup>9</sup>.

Assim sendo, as garantias constitucionais processuais, encaradas no Estado Liberal Clássico como defesas do cidadão contra o Estado, passam a ser encaradas, no Estado Contemporâneo, como direitos fundamentais, com eficácia plena e aplicação imediata, possibilitando ao cidadão o direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, haja vista a obrigação deste Estado em realizar os direitos fundamentais, tudo com vistas a obter a justiça no caso concreto<sup>10</sup>.

Nota-se, pois, o Estado Contemporâneo está preocupado em prestar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva do direito material posto em causa, mas, como se verá a seguir, essa preocupação, nos últimos quinze anos, foi apenas com a efetividade, esquecendo, pois, da tutela adequada e da segurança, especialmente no que tange a questões influentes no controle de constitucionalidade difuso.

## 1.2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade consagra um atributo do Poder Judiciário, de grande importância quando se tem em conta a relação entre os poderes, especialmente entre Judiciário e Legislativo, a efetividade da distribuição da justiça nos casos concretos e a adequada defesa dos direitos do cidadão. O controle difuso baseia-se na ideia de que (todo) o juiz tem o dever de recusar aplicação à lei que estiver em desconformidade com a Constituição<sup>11</sup>.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade pela via difusa pressupõe a existência de um caso concreto, e a sua decisão terá efeito apenas entre as partes litigantes no processo, não atingindo terceiros estranhos à lide. A declaração de inconstitucionalidade pode ocorrer em qualquer forma processual

<sup>9</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 75-76.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84 e 136.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade sobre a coisa julgada. A questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 17-18.

e ser requerida tanto pelo autor quanto pelo réu e qualquer juiz, desde que competente, poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo diante do caso concreto<sup>12</sup>.

Observa-se, nesse andar, que o controle difuso de constitucionalidade é um instrumento que todo cidadão detém para levar ao Judiciário qualquer discussão acerca da constitucionalidade ou não de leis e atos normativos, sendo, portanto, fundamental para a democracia e para a cidadania, devendo a tutela jurisdicional ser efetiva e adequada ao cidadão que pretender uma tutela nesse sentido. Infelizmente, contudo, nas duas últimas décadas o que se viu foi o contrário.

### 1.3 DO ESVAZIAMENTO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA

#### 1.3.1 Das reformas constitucionais e processuais e suas consequências

O controle difuso de constitucionalidade foi importado do modelo americano, com o fito de resguardar os direitos fundamentais lesados ou ameaçados de forma concreta. Contudo, o Estado Democrático de Direito brasileiro tem dado mostras de que o controle de constitucionalidade pela via difusa tem se esvaziado. Esse esvaziamento do controle difuso, que é um instrumento que possibilita a aproximação do cidadão da jurisdição constitucional e que enriquece o constitucionalismo com a abertura para a (re) interpretação permanente, ameaça os direitos de acesso à justiça, de ampla defesa e de contraditório.

As inovações constitucionais e legislativas ocorridas nos últimos dez anos traduzem o que se pode denominar de um enfraquecimento do controle de constitucionalidade pela via difusa. Tais inovações, que mitigam o controle de constitucionalidade pela via difusa, reduzem a densidade de nossa cidadania. Diversos atos normativos foram concebidos à luz de um discurso de modernização do nosso controle de constitucionalidade, mas que, na verdade, acarretam sérios riscos de esvaziamento do controle de constitucionalidade<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios constitucionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 44-45.

<sup>13</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 93.

A partir de 1946, especialmente durante o regime militar, o referido expediente processual foi sendo paulatinamente “objetivado”, assumindo o STF um papel quase único de uniformizador jurisprudencial. A quantidade enorme de processos que engessavam a Corte (não podendo mais o STF ser uma Corte de apelação comum) fez com que houvesse o exame, por parte do STF, apenas das “questões de direito” (não exame de provas) e, ainda, atuando como uniformizador de jurisprudência (a fim de garantir a segurança jurídica).

Para demonstrar que o controle difuso de constitucionalidade caminha para um esvaziamento, analisar-se-á quatro inovações legislativas ocorridas a partir de 1998: a subversão do princípio da reserva de Plenário, as súmulas vinculantes, o requisito da repercussão geral no recurso extraordinário e os poderes do Relator no processo civil. A primeira alteração substancial foi no princípio da reserva do Plenário.

Pelo princípio da reserva do Plenário, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97 da Constituição Federal). Arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, o Relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à Turma ou Câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao Tribunal Pleno (art. 480 e art. 481, *caput*, ambos do Código de Processo Civil). Nessa linha normativa, o Supremo Tribunal Federal publicou a Súmula Vinculante nº 10, segundo a qual viola a cláusula de reserva de Plenário a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.

Porém, a Lei nº 9.756/1998 incluiu o parágrafo único no art. 481 do Código de Processo Civil<sup>14</sup>, que subverteu a legislação constitucional da cláusula da reserva de Plenário, pois tal dispositivo teria tornado vinculantes as declarações de inconstitucionalidade tomadas incidentalmente pelo Plenário do STF. A celeridade e a economia processuais não podem violar os princípios constitucionais do devido processo legal, em claro detrimento da ideia de formação democrática das decisões judiciais. A inovação trazida pela Lei nº

---

<sup>14</sup> “Os órgãos fracionários dos Tribunais não submeterão ao Plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”



9.756/1998 representa ameaça aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da livre apreciação do Poder Judiciário das matérias que se lhe apresentam<sup>15</sup>.

De outra banda, quando se trata de controle difuso, a regra é a produção de efeitos *inter partes*, sendo atribuído efeito *erga omnes* em caso de se obter uma resolução normativa do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Nessa questão, os autores sustentam que não se pode negar que a CF/1988 atribuiu ao Senado Federal a competência para o exame de conveniência e oportunidade da suspensão dos efeitos das leis e atos normativos. Nesse diapasão, a Lei nº 9.756/1998 transformou um juízo de aplicação (da decisão do STF) em juízo de fundamentação, denominando os autores essa circunstância de exercício de um poder constituinte anômalo, tendente à revogação tácita do art. 52, inciso X, da CF. Assim, com a atribuição de efeito vinculante às declarações de inconstitucionalidade tomadas pelo pleno do STF, o controle difuso ficou sobremaneira mitigado<sup>16</sup>.

A segunda mudança inibidora do controle difuso de constitucionalidade foram as súmulas vinculantes. No Brasil, o efeito vinculante surgiu em 1993, com a alteração da redação do art. 102 da CF, atribuindo efeito vinculante relativamente aos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo, das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou atos normativos federais. Em 1999 e 2004, tais efeitos foram estendidos à ADPF e à ADIn. Em 2004, o efeito vinculante foi estendido ao controle difuso, possibilitando ao STF a criação de súmulas com efeito vinculante, mediante a aprovação de dois terços dos membros do Pleno da referida Corte, decorrentes de reiteradas decisões desse órgão sobre matéria constitucional.

Essa questão do efeito vinculante, pois, é por demais tormentosa. O referido efeito tem inspiração na regra do *stare decisis* do sistema da *commom law*. Mas embora tenha inspiração, os institutos da súmula vinculante e do *stare decisis* têm significativas diferenças<sup>17</sup>. A prática judiciária brasileira, ao limitar-

<sup>15</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Op. cit., p. 99-100.

<sup>16</sup> Idem, p. 100.

<sup>17</sup> Para se compreender o precedente, é indispensável delimitar a sua *ratio decidendi*, já que o precedente tem o objetivo de regular o futuro e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos. Logo, para aplicar a *ratio decidendi* aos novos casos é necessário comparar o caso que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as suas consequências fáticas. Isso significa uma distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido fala-

se ao exame da ementa da súmula, não adentra no exame das circunstâncias relevantes ao caso concreto que deram azo à construção da própria súmula. Nos EUA, ao contrário, esse exame das circunstâncias do caso concreto (dos fatos) é uma prática cotidiana<sup>18</sup>.

No Brasil, a instituição do efeito vinculante atribuído às decisões do STF foi justificada pela suposta necessidade de uniformização da jurisprudência, de estabilidade do sistema de simplificação da atividade processual e de função de previsibilidade decisória. Todas essas justificativas têm vinculação com a falsa promessa positivista de certeza e segurança jurídica. Em verdade, o que se fez foi adotar medidas com o fim de desafogar o Poder Judiciário, em especial o STF. Essa intenção é legítima, mas não se pode, para alcançar esse fim, utilizar-se de meios que deixem de garantir ao cidadão o seu direito constitucional de participação nos processos que o afeta, violando o acesso à justiça<sup>19</sup>.

Além disso, no Brasil meras ementas e verbetes jurisprudenciais são utilizados, por si só (ou seja, sem a fundamentação que levou à decisão contida na ementa ou no verbatim), de forma descontextualizada, tornando-se *standards* objetivos de compreensão, separando os fatos do caso concreto do Direito, aplicando-lhes como se fossem categorias abstratas da matemática. Trata-se, pois, da repristinação da jurisprudência dos conceitos, que preconizava que a atividade judicial criasse conceitos gerais, obscurecendo as singularidades de cada problema concreto<sup>20</sup>.

Entretanto, tendo em vista o sistema recursal atual, processos sempre poderão ser elevados ao STF (apesar das súmulas vinculantes), caindo por terra a intenção das súmulas vinculantes. Soma-se a isso o fato de que eventual decisão judicial que deixe de aplicar uma súmula por qualquer motivo caberá reclamação

---

se, no *common law*, em *distinguishing* (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 326).

<sup>18</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Op. cit., p. 107. Preleciona Mauricio Martins Reis que a adoção de súmulas vinculantes não deita raízes necessárias na cultura do *stere decisis*, porquanto a autoridade do precedente norte-americano depende, para se fazer valer a casos futuros, de indispensável fundamentação (Cf. REIS, Mauricio Martins. As súmulas vinculantes do direito brasileiro e o risco hermenêutico à democracia constitucional: política autoritária de normas ou normas políticas de conteúdo? In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de constituição: os direitos humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 211).

<sup>19</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Op. cit., p. 107-108.

<sup>20</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46-47.

ao STF, motivo pelo qual o Judiciário ordinário terá, quase sempre, uma postura de subserviência aos ditames do STF. Portanto, é receoso que os Magistrados de outros Tribunais e de primeira instância se recusem à interpretação das decisões que têm efeito vinculante, de modo a não se adequarem aos casos concretos por eles analisados.

A terceira questão que afastou o cidadão do controle incidental foi o requisito da repercussão geral. A concepção de que o STF não é uma terceira instância e que teria o papel de uniformizador de jurisprudência, trouxe a noção de que o recurso extraordinário não servia para apreciar direitos subjetivos particulares, mas apenas para cumprir um interesse público de uniformização de julgamentos, garantindo, assim, a segurança jurídica. Nota-se que esse julgamento “objetivo”, em que se examina teses e não fatos, em que se separa teoria e prática, abstrato e concreto, é questão própria da filosofia da consciência. Ademais, não se compreende que a violação de um direito subjetivo fundamental não interessa apenas a seu titular, mas a toda a coletividade, que tem interesse (público!) que os direitos fundamentais sejam respeitados<sup>21</sup>.

Entretanto, o recurso extraordinário foi concebido nessa visão objetiva, abstrata, e que foi ganhando vários requisitos de admissibilidade ao longo do tempo (prequestionamento, proibição de rediscussão de provas, etc.). Um dos mais atuais é o requisito da “repercussão geral das questões constitucionais” (art. 102, § 3º, da CF), na forma de lei ordinária regulamentar<sup>22</sup> (Lei nº 11.418/2006).

Como já se disse, há uma tendência a enxergar o STF apenas como uniformizador de jurisprudência e como órgão que tão somente analisa questões de direito, como se fosse possível separar os fatos do direito. Ora, não é possível adotar os conceitos individual/coletivo, local/universal, teórico/prático, de maneira estanque, dissociada. O que atinge um indivíduo atinge toda a sociedade<sup>23</sup>.

A quarta inovação que influi diretamente no controle de constitucionalidade difuso é a concessão de inúmeros poderes ao Relator, constante no art. 557 do

<sup>21</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Op. cit., p. 112.

<sup>22</sup> De acordo com a lei regulamentar, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Ademais, sempre haverá repercussão geral quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do STF.

<sup>23</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Op. cit., p. 113.

Código de Processo Civil<sup>24</sup> (alterado pela Lei nº 9.756/1998), no qual a separação metafísica entre fato e direito fica ainda mais escancarada.

Não é por outro motivo que esse dispositivo legal foi considerado por Lenio Luiz Streck de *duvidosa constitucionalidade*. A Constituição Federal prevê o cabimento de recurso especial quando, entre outras hipóteses, a decisão recorrida contrariar lei federal; e o cabimento de recurso extraordinário, entre outras possibilidades, quando existir violação da Constituição. Ora, as súmulas<sup>25</sup> e a jurisprudência dominante não são leis e nem dispositivos constitucionais<sup>26</sup>.

Com a redação do art. 557 do Código de Processo Civil, todos os recursos contrários à súmula ou jurisprudência dominante estão, de plano, fadados ao arquivamento, o que afasta qualquer possibilidade de (re)discussão dos fatos do caso concreto (separando, em homenagem ao positivismo jurídico, fato e direito) e, ainda, provoca o congelamento da jurisprudência desses Tribunais Superiores (até porque até estes os recursos não chegarão ou lá serão julgados monocraticamente, quando – supostamente – em confronto com as suas súmulas ou jurisprudência dominante)<sup>27</sup>.

O estadista francês Jacques Chevallier bem observa que, no que chama de Estado Pós-Moderno, a justiça aparece como um autêntico poder, interpondo-se entre o povo e os seus representantes, encarnando um espaço público neutro, no seio do qual todo cidadão teria a possibilidade de fazer valer os seus direitos e interpelar os governantes, como se fosse um fórum de deliberação política<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> “Art. 557. O Relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o Relator poderá dar provimento ao recurso.

[...]”

<sup>25</sup> Quando da edição da lei que trouxe tais poderes ao Relator (ano de 1998), não havia ainda as súmulas vinculantes. Nota-se que tal dispositivo tem aplicabilidade mesmo que a súmula invocada pelo Relator não seja vinculante.

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 397-398.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 398.

<sup>28</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 211.

Dessa forma, parece evidente que as reformas (processuais e constitucionais) aqui aludidas contrariam a lógica e a roupagem que o Estado Contemporâneo em geral emprestou ao Poder Judiciário, alterando a marcha constitucional-democrática, em especial pelo fato de que tais reformas afastam os cidadãos da jurisdição constitucional e, conseqüentemente, enfraquecendo a democracia tão(somente) mencionada em nossa dita Constituição cidadã.

A seguir, analisar-se-á a relação do ainda rançoso positivismo jurídico nas alterações constitucionais e legais recém-trazidas.

### 1.3.2 Da influência do positivismo jurídico

O positivismo jurídico, resumidamente, define o direito como um conjunto de comandos emanados pela autoridade competente, introduzindo na definição o elemento único de validade da norma, considerando, portanto, normas jurídicas todas aquelas emanadas de um determinado modo estabelecido pelo ordenamento jurídico, prescindindo do fato de essas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade. Esta doutrina, por isso, exclui da definição de direito toda e qualquer qualificação que seja fundada em um juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom ou mau, justo e injusto<sup>29</sup>.

Portanto, nesta época em que o direito se resumia à lei, sendo esta fruto exclusivo das casas legislativas, o positivismo jurídico teve terreno fértil para florescer, já que o juiz – como já se disse anteriormente – não poderia utilizar de elementos interpretativos para julgar, pois isso traria insegurança jurídica à sociedade, motivo pelo qual devia o julgador limitar-se a pronunciar a palavra da lei<sup>30</sup>.

A filosofia da consciência (construção do objeto de conhecimento pelo sujeito, sendo o pensamento a única certeza) liga diretamente o positivismo jurídico ao sujeito solipsista (aquele sujeito da consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir, que constrói seu próprio objeto de conhecimento)<sup>31</sup>. É pouco mais que evidente que esse raciocínio ainda se encontra permeado na maioria dos juristas brasileiros.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 136 e 142.

<sup>30</sup> TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 294.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 57.

As teorias positivistas estabeleceram um (falacioso) princípio fundado em uma razão teórica pura, analisando o direito segundo os critérios de uma lógica formal rígida, tornando o objeto de conhecimento do jurídico exclusivo do sujeito (daí sujeito solipsista)<sup>32</sup>.

Houve, nesse diapasão, a cisão entre validade e legitimidade, pretendendo as teorias positivistas, pois, oferecer um método seguro de produção do conhecimento científico do direito. Essa pretensão das teorias positivistas, que descolou a enunciação da lei do mundo concreto, possibilitou fosse o direito entendido em sua autônoma objetividade, apostando em uma racionalidade teórica que isola todo o contexto prático de onde as questões jurídicas realmente surgem<sup>33</sup>.

Em decorrência disso, desvinculou-se o direito da moral (tese formulada, por excelência, por Hans Kelsen), em virtude da impossibilidade de se sustentar uma moral absoluta que pudesse servir como parâmetro para a determinação dos conteúdos das normas jurídicas<sup>34</sup>.

Nessa linha, a dogmática jurídica tradicional (ligada ao paradigma racionalista e à filosofia da consciência) “destemporaliza” o texto legal ao equiparar texto e norma, esquecendo-se que o texto e a realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação é que vai construir a norma jurídica. Logo, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, já que a norma geral não é prévia, apenas o seu texto (que é uma ficção)<sup>35</sup>.

Assim sendo, a aplicação judicial do direito foi deixada a um segundo nível, sendo a interpretação judicial compreendida como ato de vontade, no qual o intérprete possui um espaço (a moldura kelseniana – Capítulo 8 da *Teoria pura do direito*) que poderá preencher – “discricionariamente”, portanto – no momento da aplicação da norma<sup>36</sup>. Essas teorias criaram o protagonismo

---

<sup>32</sup> Idem, p. 61.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Revista, ampliada e com pós-fácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 418.

<sup>34</sup> Idem, p. 418-419.

<sup>35</sup> ADEODATO, João Maurício. *Retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146 e 148.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, p. 419.

judicial, sendo o único sujeito da interpretação o juiz (o senhor dos sentidos, nas palavras de Lenio Luiz Streck<sup>37</sup>) e as suas escolhas<sup>38</sup>.

No paradigma do Estado Democrático, entretanto, o direito passa a preocupar-se com a democracia e, portanto, com a legitimidade do Direito, não havendo mais espaço, sob pena de ferimento do princípio democrático, para que a convicção pessoal do juiz seja o critério para resolver as indeterminações da lei<sup>39</sup>.

A discricionariedade transforma os juízes em legisladores, já que propicia que cada intérprete crie o seu próprio objeto de conhecimento. Qualquer forma hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no solipsismo está fadada a depender de um sujeito individualista que não sai de si no momento de decidir<sup>40</sup>.

Todas as alterações constitucionais e legislativas constantes no item anterior (súmulas vinculantes, repercussão geral no recurso extraordinário, poderes do Relator e mudança no princípio da reserva de Plenário) têm ligação com as influências que o positivismo jurídico ainda tem no imaginário dos juristas brasileiros.

Nas súmulas vinculantes, por exemplo, há nítida pretensão objetivista, que traz de volta o “mito do dado”. Trata-se da construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses

<sup>37</sup> Historicamente, os juízes eram acusados de ser a boca da lei. Essa crítica decorria da separação entre faticidade e validade. As diversas teorias críticas sempre apontaram para a necessidade de rompimento com esse imaginário exegético. Ocorre que, ao mesmo tempo, a crítica do direito, em sua grande maioria, sempre admitiu um alto grau de discricionariedade nos chamados “casos difíceis”, nas “zonas de penumbra” das leis. Entretanto, sob o pretexto de os juízes não mais serem a boca da lei, os princípios passaram a ser a “era da abertura interpretativa”, estabelecendo-se um verdadeiro “estado de natureza hermenêutico” (Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*, p. 88 e 91).

<sup>38</sup> Frise-se, por oportuno, que nem mesmo as teorias da argumentação conseguiram vencer o problema da discricionariedade. O próprio Alexy reconhece que existe discricionariedade para sopesar, resolvendo-se os chamados *hard cases* a partir de ponderações de princípios (discricionariamente pelo intérprete). Mantém-se, nesse sentido, a delegação em favor da subjetividade do intérprete, que assujeita o objeto na forma da relação sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência (Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*, p. 86).

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*, p. 65 e 97.

<sup>40</sup> Idem, p. 87 e 89. Sempre que uma ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara, o juiz tem, segundo o positivismo jurídico, o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra, como se uma das partes tivesse o direito preexistente de ganhar a causa. Na verdade, o juiz legisla novos direitos jurídicos e, ato contínuo, os aplica retroativamente ao caso em questão (Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127).

de aplicação. São respostas *a priori*, oferecidas antes das perguntas, que somente aparecem nos casos concretos. Lenio Luiz Streck define essa situação (essa antecipação de sentido da norma) como *tutela antecipatória das palavras* ou, ainda, como uma *atribuição de sentido inaudita altera partes*<sup>41</sup>.

Portanto, enfatiza Mauricio Martins Reis que não se pode pretender das súmulas uma indexação automática do Direito, um acoplamento dedutivo na esteira da subsunção metafísica de supostas respostas objetivadoras, de caráter “lego”, na esteira da indevida conformação do discurso jurídico aos limites de sua semântica<sup>42</sup>. É exatamente por isso que as súmulas vinculantes da moda brasileira nada mais fazem do que cumprir à risca a pretensão positivista-racionalista-moderna.

#### 1.4 UM EXEMPLO

Utilizar-se-á um exemplo abstrato para discutir todas as questões postas até então. Suponha-se que um particular tenha interesse jurídico para entrar em juízo e requerer a declaração de inconstitucionalidade de um tributo municipal, mas que tenha uma súmula (vinculante ou não) ou jurisprudência dominante no sentido contrário à sua pretensão de mérito e, apesar disso, esteja esse interessado, certo de que a situação fática de sua atividade seja diferente das outras em que o mesmo tributo foi declarado constitucional.

O interessado proporá a ação em primeiro grau. Este juízo provavelmente dará ganho de causa ao Município réu, colacionando a súmula ou a jurisprudência dominante do STJ ou do STF. Irresignado, o autor recorrerá ao Tribunal de Justiça de seu Estado, onde o seu recurso será provavelmente julgado improcedente monocraticamente, no gabinete do Relator, pelas mesmas circunstâncias do primeiro grau.

Ato contínuo, o recorrente interporá agravo interno, para levar ao colegiado essa questão. Entretanto, já sabe o interessado duas coisas: que a decisão monocrática será provavelmente mantida “por seus próprios fundamentos” (para evitar “tautologia”, pois não?) e que não terá oportunidade

---

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*, p. 71.

<sup>42</sup> REIS, Mauricio Martins. As súmulas vinculantes do direito brasileiro e o risco hermenêutico à democracia constitucional: política autoritária de normas ou normas políticas de conteúdo? In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *Op. cit.*, p. 211.



de fazer sustentação oral na sessão de julgamento<sup>43</sup>, pois tal situação não é permitida em recursos de agravo (não podendo, pois, explicar adequadamente aos Desembargadores as suas circunstâncias fáticas diversas).

Em seguida, restará os recursos excepcionais/extraordinários, que provavelmente serão, no Tribunal de origem, inadmitidos, necessitando o interessado do recurso de agravo de instrumento para forçar a subida ao STJ e/ou STF, onde poderá este último expediente processual ser julgado monocraticamente em razão do confronto com a súmula ou jurisprudência. Após isso, sobrarão apenas o agravo regimental, que será provavelmente julgado da mesma forma que fora o agravo interno no Tribunal *a quo*.

Ademais, vale lembrar que a subversão do princípio da reserva de Plenário, advinda com a inclusão do parágrafo único no art. 481 do Código de Processo Civil, igualmente afasta a possibilidade de o órgão competente do Tribunal de segundo grau apreciar as circunstâncias do caso concreto, a fim de decidir sobre a inconstitucionalidade ou não da questão trazida em juízo, caso o mesmo Tribunal ou o STF já tenha deliberado sobre a questão. Menos uma chance para o interessado no controle difuso de constitucionalidade e menos uma situação independente do Poder Judiciário ordinário.

Significa dizer que o particular que aventurar-se em juízo contra uma súmula ou contra a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunais Superiores dificilmente logrará sorte em apresentar as diversas circunstâncias fáticas da situação jurídica que tenha interesse em discutir em juízo e, portanto, não conseguirá ter acesso do controle difuso de constitucionalidade, perdendo o cidadão particular e a democracia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É muito preocupante o problema do esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade, pois coloca em risco o próprio Estado Democrático de Direito, tendo em vista que é o controle difuso de constitucionalidade um instrumento que aproxima, inegavelmente, o cidadão e a sociedade da jurisdição constitucional.

---

<sup>43</sup> Não se desconhece a posição, no sentido de que cabe sustentação oral no julgamento do agravo interno quando o recurso originário, julgado monocraticamente, admita sustentação. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 584.

O controle difuso tem, portanto, significativo potencial de incremento da cidadania, da participação do cidadão no processo democrático, tendo em vista a sua participação na construção dos provimentos jurisdicionais e pelo desenvolvimento da hermenêutica constitucional que o afeta.

Contudo, as alterações aqui trabalhadas demonstram o contrário. O esquecimento da tutela adequada, da segurança jurídica e da democracia, com alterações constitucionais e processuais que visaram apenas ao desafogamento do Judiciário e a efetividade a qualquer custo, tolhem violentamente o cidadão da participação na jurisdição constitucional, castigando a cidadania (bandeira, aliás, muito hasteada quando da promulgação da Constituição Federal – cidadã – de 1988!).

O que está a ocorrer é a clara intenção de deixar o cidadão de fora da prestação jurisdicional, de afastar cada vez mais a possibilidade de cada jurisdicionado recorrer ao Poder Judiciário para que os seus direitos e as suas garantias fundamentais sejam respeitados. O resultado é/será a ditadura de um Poder Executivo, que hoje legisla mais do que o Poder Legislativo, o esmagamento dos cidadãos por parte do Estado e, na prática, a vedação da discussão judicial de direitos e garantias fundamentais. Esse filme poderá, pois, ter final infeliz. E pior: sob o manto de “Estado Democrático de Direito”, ao invés de “golpe”.

Portanto, com as alterações realizadas e discutidas no presente ensaio, fica pouco mais do que evidente que o cidadão que necessitar do Poder Judiciário para, por meio do controle difuso de constitucionalidade, controlar atos normativos dos Poderes Legislativo e Executivo e ver os seus direitos e as suas garantias individuais serem efetivados, certamente pedirá socorro, lembrando-se de Chico Buarque: “Pai, afasta de mim esse cálice”!

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade sobre a coisa julgada. A questão da relativização da coisa julgada. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. Revista, ampliada e atualizada com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, 2004.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios constitucionais*. Barueri: Manole, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REIS, Mauricio Martins. As súmulas vinculantes do direito brasileiro e o risco hermenêutico à democracia constitucional: política autoritária de normas ou normas políticas de conteúdo? In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de constituição*: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.