
AS DUAS FACES DA JUDICIALIZAÇÃO***THE TWO FACES OF JUDICIALIZATION*****MARIA HELENA DINIZ**

Doutora e Mestre em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Livre Docente e Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, por Concursos de Títulos e Provas. Professora de Direito Civil no Curso de Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professora de Filosofia do Direito, de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil Comparado nos Cursos de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Coordenadora do Núcleo de pesquisa em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Membro da Academia Paulista de Direito (Cadeira 62- patrono Oswaldo Aranha Bandeira de Mello); da Academia Notarial Brasileira (Cadeira 16- patrono Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda), do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro. Presidente do Instituto Internacional de Direito – IID, São Paulo (Brasil).

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Doutorado e Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialização em Contratos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília. Editora-Chefe da Revista Argumentum. Advogada.



RESUMO

Objetivos: O presente artigo visa analisar o ativismo judicial arbitrário no Brasil e sua repercussão na credibilidade e instabilidade da instituição, o que gera impactos no desenvolvimento nacional. O objetivo da presente pesquisa é verificar a possibilidade, por parte do Poder Judiciário, do exercício de uma atividade condizente com a dinâmica da sua função social, e que, ao mesmo tempo, não se configure em ativismo arbitrário.

Metodologia: Foi utilizado na análise da temática o método lógico-dialético, buscando uma dialética da implicação e da polaridade entre norma, fato e valor (categorias ontológicas e gnoseológicas).

Resultados: Concluiu-se que os critérios do *justum* e da finalidade social podem auxiliar no exercício equilibrado da atividade jurisdicional.

Contribuição: A contribuição deste estudo foi fornecer critérios para balizar a crescente utilização das súmulas vinculantes, que ampliam os efeitos deletérios do ativismo arbitrário, com impactos em valores como justiça e segurança jurídica.

Palavras-chave: Jurisprudência; Judicialização; Contenção; Ativismo Arbitrário; Ativismo Discricionário; Fonte de Direito; Justiça; Fim Social.

ABSTRACT

Objective: This article aims to analyze arbitrary judicial activism in Brazil and its impact on the institution's credibility and instability, which reflects on national development. The objective of the present research is to verify the possibility, on the part of the Judiciary, of the exercise of an activity consistent with the dynamics of its social function, and that, at the same time, does not configure itself in arbitrary activism.

Methodology: The logical-dialectic method was used in the analysis of the theme, seeking a dialectic of implication and polarity between norm, fact and value (ontological and gnoseological categories).

Results: It was concluded that the criteria of justum and social purpose can assist in the balanced exercise of jurisdictional activity.

Contribution: The contribution of this study was to provide criteria to guide the growing use of binding precedents, which amplify the deleterious effects of arbitrary activism, with impacts on values such as justice and legal certainty.

Keywords: Jurisprudence; Judicialization; Restraint - Arbitrary Activism - Discretionary Activism - Source of Law - Justice - Social Purpose.



1 INTRODUÇÃO

O meio jurídico brasileiro tem testemunhado, na atualidade, decisões proferidas, em todas as instâncias, que destoam de mandamentos legais expressos, inclusive constitucionais, denotando uma evidente usurpação de função por parte do Poder Judiciário, o qual passa, assim, a criar direito novo, trazendo instabilidade ao ordenamento jurídico como um todo. Tal circunstância repercute no desenvolvimento nacional, tendo em vista que a credibilidade e estabilidade das instituições de um país é um elemento essencial para tanto.

A escolha do tema se justifica pela amplitude que figuras típicas do *Common Law* como a súmula vinculante alçaram no Brasil, ampliando os efeitos deletérios do ativismo arbitrário, com impactos em valores como justiça e segurança jurídica. O objetivo da presente pesquisa é verificar a possibilidade, por parte do Poder Judiciário, do exercício de uma atividade condizente com a dinâmica da sua função social, e que, ao mesmo tempo, não se configure em ativismo arbitrário.

Para tanto, inicialmente são abordados os limites do poder normativo do magistrado no processo de aplicação do direito. Após isso, analisa-se o conceito de jurisprudência e sua influência como fonte de direito. Na sequência, demonstra-se como a atuação hipertrofiada da magistratura interfere na jurisprudência, nos casos de autocontenção e de ativismo. Por fim, são propostas alternativas para que se alcance o equilíbrio da função judicial.

Com base no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale é utilizado na análise da temática o método lógico-dialético, buscando uma dialética da implicação e da polaridade entre norma, fato e valor (categorias ontológicas e gnoseológicas).

2 PODER NORMATIVO DO MAGISTRADO

O legislador, ao criar uma norma geral, generaliza, estabelecendo um tipo legal que está separado da realidade imediata da vida que lhe deu origem, abarcando, tão somente, o seu aspecto geral, concentrando-se em seus traços



fundamentais. Ao passo que, o magistrado, ao prolatar sentenças e acórdãos, não generaliza, cria uma norma jurídica individual, incidente sobre um dado caso concreto, logo, são válidas apenas *inter partes* e devem ser obedecidas e aplicadas somente uma vez (LOURIVAL, 2019, p.327).

O ato mediante o qual é posta a norma individual da decisão judicial é quase sempre determinado por normas gerais. A função jurisdicional se desenvolve em três níveis complementares e interdependentes: a informação sobre as normas gerais a serem utilizadas na avaliação do caso concreto; o conhecimento do dado social conflitivo, confrontando-o com os parâmetros legais; e a avaliação prudente, que redimensiona a norma geral e a situação fática para produzir a norma jurídica individual.

A tarefa dos juízes e tribunais ao aplicar o fato à norma geral possui índole político-jurídica. Isso porque a norma geral a ser aplicada é mera moldura dentro da qual surge a norma jurídica individual, em virtude da eleição de uma das possibilidades contidas na norma geral.

A determinação do marco de possibilidades hermenêuticas é um ato de conhecimento, mas, como a solução do caso exige uma opção entre todos, é também um ato volitivo que cria uma norma de escalão inferior.

Assim, o ato de conhecimento é condição do ato de vontade. O órgão julgante deve conhecer fatos e averiguar, pela interpretação, integração de lacuna ou correção da antinomia real, qual é a norma aplicável ao caso *sub judice* mediante um ato decisório de vontade. Esse ato de vontade, que traz a lume a norma individual, é uma operação axiológica, contendo, é óbvio em alguma medida, uma valoração do juiz. Por exemplo a mera apreciação de provas já é também um juízo estimativo.

De acordo com Konrad Hesse (HESSE, 1991, p.24),

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição Jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ele ordena e conforma a realidade política e social.



O suposto dualismo entre direito e política não permite constatar que a interpretação constitucional é política, assim como toda a interpretação do direito carrega consigo aspectos políticos. Mas assim como o direito constitucional e a jurisdição constitucional têm uma existência política, também não é somente uma função política (HÄBERLE, 2017, p.124).

A decisão do juiz não é incondicionada, pois suas valorações, em regra, não são projeções do critério avaliativo pessoal do magistrado, uma vez que ele emprega as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica, interpretando-as em relação às situações fáticas que deve solucionar. Toda decisão judicial deverá pressupor uma certeza objetiva do sistema jurídico entendido em seus subconjuntos de normas, de fatos e valores, em que se apoiou, acrescentando o magistrado à ordem jurídica a norma individual que edita ao julgar o caso, inspirando-se nesse mesmo ordenamento. Além disso, como veremos um tribunal pode receber competência para criar não só uma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais, ao estabelecer o precedente judicial ou as súmulas que, firmando jurisprudência, são aplicáveis na decisão de casos similares ou idênticos.

De fato, a adequação de uma consequência jurídica a uma determinada situação fática é uma questão de valoração, implicando um ato de tomada de decisão daquele a quem compete julgar. O que se questiona é exatamente o modo como esses juízos de valor são fundamentáveis diante da ordem jurídica, tendo em vista não se tratar de valoração empreendida internamente por aquele que julga, mas com base em princípios jurídicos (LARENZ, 1991, p.408-413).

Para Belaid (1977, p.8 e 22) a criação de normas pelo judiciário não constitui de modo algum o exercício de um direito conferido aos tribunais, por tratar-se de uma consequência inerente ao funcionamento do aparelho jurisdicional e à significação social que tem. A função jurisdicional, quer seja ela de subsunção do fato à norma, quer seja de integração de lacuna ou de correção de antinomia, é ativa, contendo uma dimensão nitidamente criadora, uma vez que os magistrados despendem, se for necessário, dos tesouros de engenhosidade para elaborar uma justificável de uma situação existente, não aplicando os textos ao pé da



letra, atendo-se intuitivamente, sempre às suas finalidades com sensibilidade e prudência, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no ordenamento jurídico, sem ultrapassar os limites de sua jurisdição (REALE, 2019, p.329-330).

Para auxiliá-lo nessa tarefa, o julgador deve se valer da idéia positivada no art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pelo qual o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, deve ater-se aos fins sociais a que a mesma se dirige. No referido dispositivo legal, está ínsita a equidade, ao estabelecer a obrigatoriedade de julgar por parte do Juiz, no caso de omissão ou defeito legal, permitindo a adequação da lei às novas exigências sociais (DINIZ, 2002, p.250-251).

O art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é a manifestação de uma tendência, que parece caracterizar muitos ordenamentos contemporâneos, que Enzo Roppo (1998, p.175) chama de fenômeno de ampliação dos poderes do Juiz e de exaltação de sua capacidade de valorar fatos e situações de modo responsável e autônomo, à luz de princípios gerais, mais do que em aplicações mecânicas de previsões legais analíticas e casuísticas.

A equidade não é, contudo, uma licença para o arbítrio puro. A decisão do magistrado está condicionada pelo sistema jurídico em seus três subconjuntos: normativo, valorativo e fático, partindo de uma visão tridimensionalista do direito, segundo a qual direito é norma, fato e valor. A liberdade de julgar, dessa forma, só estaria garantida dentro dessa órbita jurídica, que, se ultrapassada pelo julgador, resulta em um abuso de direito, perturbando a ordem social (DINIZ, 1996, p.172).

De acordo com Eduardo Vera-Cruz Pinto (2015, p.139),

Juízes recrutados para funções de judicatura através de exames onde o que se requer é a resolução de casos práticos com base na aplicação de códigos, leis avulsas, regulamentos (seguindo, aliás, o que já tinham feito nas Faculdades de Direito onde só se ensinam leis e é o mercado que determina o que se ensina) – ou pior, escolhidos pelos poderes políticos instituídos – não podem arrogar-se sair da lei que aprenderam feita por quem os escolheu para decidir, porque não têm nem legitimidade nem preparação para tal. Aplicar a lei é o que sabem e no que são experientes. É o que sabem fazer, é o que têm legitimidade para fazer. Estes juízes; quer os que estão convencidos que expressam uma vontade popular ou que representam o sentido geral de justiça da comunidade dispensando a lei ou



tomando-a como mera referência possível na decisão judicial; quer os que estão funcionalizados e são seguidores do legítimo dominante, não fazem jurisprudência nas suas sentenças e, por isso, não podem criar Direito. Essa “jurisprudência” não é, seja, qual for a pretensão de juízes e de legisladores, fonte de Direito.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2012, p.43-44) considera que a finalidade última da decisão é a absorção da insegurança:

A nosso ver, a finalidade imediata da decisão está na absorção de insegurança, no sentido de que, a partir das alternativas incompatíveis, enquanto premissas relativamente inseguras da decisão, novas alternativas são obtidas, sem a necessidade, em princípio, de um retorno constante às incompatibilidades primárias, tendo em vista decisões subsequentes.

Na teoria da decisão, mostra-se um quadro em que a decisão aparece como um sistema de procedimentos regulados, cabendo a cada agente agir de certo modo, o que gera segurança sobre tal comportamento, tanto do ponto de vista lógico-formal, como ideológico. Os procedimentos institucionalizados como controle da decisão devem, assim, neutralizar a pressão dos fenômenos sociais sobre o sistema jurídico. O que se decide, por fim, é o conflito institucionalizado (FERRAZ JR, 2012, p.297 e 321).

Conforme o art. 8º, do Código de Processo Civil, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Fora isso, o art. 140, do mesmo diploma legal, determina que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Vale lembrar que a intervenção do juiz no caso ainda está submetida ao princípio da motivação, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, pelo qual todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Fora isso, a parte que se sentir prejudicada por decisão judicial pode se valer do princípio do duplo grau de jurisdição e das ferramentas recursais previstas



em lei. O magistrado que comprovadamente atuar de forma arbitrária poderá, ainda, ser responsabilizado nas esferas administrativa¹ e civil².

3 JURISPRUDÊNCIA E SUA INFLUÊNCIA COMO FONTE DE DIREITO

O termo jurisprudência está aqui sendo empregado como um conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas.

São os recursos ordinários ou extraordinários, em regra, do Supremo Tribunal Federal que vão estabelecendo a possível uniformização das decisões judiciais, mediante enunciados normativos que resumem as teses consagradas em reiteradas decisões. A jurisprudência é, portanto, no dizer de Miguel Reale, a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais³.

A fonte formal é o processo jurisdicional do Estado no exercício da função de aplicar o direito, que se expressa na jurisprudência. A obra dos tribunais, havendo uma série de julgados que guardam entre si certa continuidade e coerência, converte-se em fonte formal de direito, de alcance geral, pois suas decisões se incorporam na vida jurídica, sendo consideradas pelas pessoas e passando a integrar o direito vigente sob a denominação de jurisprudência. Consideramos a atividade jurisprudencial como uma fonte de direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positivação do costume judiciário, desde que não fira o texto

¹ Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 135, de 13 de julho 2011.

² Conforme o Código de Processo Civil, em seu art. 143, “o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias”.

³ REALE, 1973. p. 167-175; FRANÇA, 1971, p. 202; DE DIEGO, 1925. p. 46 e 57; CRUZ e TUCCI, 2006; MAZZILLI, Hugo N. Os precedentes dos tribunais. *Revista Sebrae - Direito Civil e Processual Civil*, 108: 94 e 95.



legal vigente, seja conforme a reta razão, apresente uma conclusão válida, esclarecendo fatos obscuros, e atenda aos reclamos de uma lacuna ou antinomia real. O órgão judicante em nosso país não possui o *múnus* legislativo⁴.

A jurisprudência atua como norma aplicável a todos os casos que caírem sob sua égide, enquanto não houver nova lei ou modificação de orientação jurisprudencial. A jurisprudência, de certo modo, acaba impondo ao legislador uma nova visão dos institutos jurídicos, alterando-os às vezes, integralmente, forçando a expedição de leis que consagrem sua orientação. É uma fonte subsidiária de informação, no sentido de que atualiza o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual que atenda aos reclamos das necessidades do momento do julgamento, de preenchimento de lacunas e de correção de antinomias reais.

Conforme resume Washington de Barros Monteiro (2003, p.21), “é a jurisprudência que forçosamente segue o homem e o escuta sempre. O homem não lhe impõe seus arestos, mas, por sua livre vontade, força-a a pronunciar-se”.

A grande importância normativa da jurisprudência pode ser demonstrada pela criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 103-A, §§ 1º a 3º⁵), para proporcionar maior estabilidade à jurisprudência e facilitar o trabalho do advogado e dos tribunais, simplificando o julgamento das questões mais frequentes e por força da Norma Constitucional o Supremo Tribunal Federal possa ter a titularidade da competência para cassação de decisão judicial contrária à súmula sem que tenha a parte, que arguiu sua violação, o dever de utilizar recursos processuais. Tal Súmula contudo, no nosso

⁴ FRANÇA, 1971, p. 214-217; DINIZ, 2019. p. 315-316.

⁵ CF, Art. 103-A. “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.



entendimento, por ser transplante jurídico inadequado à realidade brasileira, por ser própria de país de *common law*⁶, poderá, com o tempo levar, em razão da indeterminação semântica dos vocábulos da lei, de antinomias reais ou de lacunas à ineficácia social de normas vigentes.

Não se pode olvidar o fato de que o Brasil é um país de *civil law*, de tradição romano-germânica, com uma Constituição rígida e protagonismo da legislação sobre as decisões judiciais.

Em oposição ao *civil law* está o *common law*, que nasceu na Inglaterra, principalmente pela ação dos tribunais reais da Baixa Idade Média (séculos XIII a XV). Trata-se de um direito elaborado pelos juízes (*judge made law*), sendo a jurisprudência a principal fonte do direito nos países que o adotam. Os conceitos jurídicos e a terminologia nesse sistema são muito diferentes dos do sistema jurídico de tradição romano-germânica⁷.

A súmula vinculante apesar de por um lado: agilizar o judiciário; preservar a isonomia interpretativa, eliminando decisões contraditórias; possibilitar sua revisão ou cancelamento, poderá por outro lado: conduzir, ante sua obrigatoriedade, à perda de independência de decisão pelo magistrado, pois, se não a seguir, sua decisão poderá ser cassada.

Por outro lado, a súmula vinculante em situação que envolva declaração de inconstitucionalidade acaba por subverter o instituto da suspensão de norma inconstitucional pelo Senado. Ademais, torna-se ineficaz para a administração da crise do acúmulo de processos no Poder Judiciário se não for adotada em tempo político e social adequado, pois perde o seu caráter pedagógico-institucional de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública⁸.

⁶ DINIZ, M.H. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 316 a 327; MELLO FILHO, Álvaro. Direito sumular brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*, v. 25, p. 25; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência precedente uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, 35: 5-16; SALIBA, Tatiane. A mescla de *Common law* no direito legislativo brasileiro: riscos e adequações. *MPMG Jurídico*, 6: 21-2.

⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito (Introduction historique au droit)*. 2. ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 20.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 968-970.



Parece-nos que o ideal seria que o Poder Constituinte Derivado alterasse o artigo 103 – A, para que a Súmula tivesse eficácia vinculante relativa sem engessar o pensamento do magistrado que deverá aplicar ou não, a súmula. Só devendo aplicá-la se tiver certeza que contém a solução justa para o caso e se atende à finalidade social. Assim, a Súmula vinculante que surgir após a entrada em vigor de uma nova norma não retiraria sua eficácia social.

Com a obrigatoriedade da Súmula vinculante temos hoje no ordenamento jurídico normas vigentes, mas sem eficácia social mesmo que seja cláusula pétrea (por exemplo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, diante da Súmula nº 25, do Supremo Tribunal Federal). Grande é a gravidade do assunto, pelo Pacto de São José da Costa Rica assinado pelo Brasil, não há prisão civil para depositário infiel, e pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, há prisão civil para depositário infiel.

Isso não deveria ocorrer por ser o pacto somente aplicável a *fato interjurisdicional* que envolva pessoas domiciliadas em países signatários. Entre depositante e depositário brasileiros prevalece a Constituição Federal, mesmo que a Emenda Constitucional nº 43/2004 tenha incluído o § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, dispondo que tratados sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso sejam equiparados à Emenda Constitucional, porque o art. 60, § 4º, da Carta Magna, dispõe que cláusula pétrea é insuscetível de emenda.

Apesar disso, a Súmula 25, do Supremo Tribunal Federal, entendeu que é ilícita prisão civil de depositário infiel qualquer que seja a modalidade de depósito.

Teria tal Súmula força para alterar Cláusula pétrea da Constituição Federal, se nem o poder constituinte derivado a tem? Será que o transconstitucionalismo dos direitos humanos justificaria modificação de cláusula pétrea pelo judiciário?

Contudo, por força dos arts. 103-A, §§ 1º a 3º, da Constituição Federal, e 5º, XXXVI, da Constituição Federal devemos respeitar como coisa julgada, trazendo como consequência, a ineficácia social do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que continua, apesar disso, vigente⁹.

⁹ DINIZ, 2019. p. 316 a 327; BARBOSA MOREIRA, 35: 5-16; MARTINS, 38-47; FERREIRA LEITE, 2006. p. 44-49; GARCIA, 98:5-7.



A Súmula vinculante não apresenta a fundamentação jurídica nem o suporte de fato que a originou, os casos *sub judice* não são idênticos, embora possam ser análogos apesar de poderem apresentar divergências, que, por sua vez, requerem interpretação do aplicador. O ideal seria Súmula bem delimitada e suscetível de revisão, com eficácia vinculante relativa, dando azo à discricionariedade judicial, que a afastaria com prudência objetiva, se a singularidade do fato em julgamento apresentar pontos divergentes do paradigma sumular, para obtenção de uma solução mais justa para o caso *sub judice* (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º). Confirmando, assim, que o direito é uma arte aplicada, que possui índole político-jurídico.

4 JUDICIALIZAÇÃO E SUAS DUAS FACETAS: AUTOCONTENÇÃO E ATIVISMO

Hodiernamente, a judicialização é uma realidade inquestionável oriunda, às vezes, da volição do órgão judicante ou de outros fatores que dele requerem um posicionamento direcionado ao ativismo ou à autocontenção (ZANOTTI, 1995. p. 33-181).

O ativismo poderá leva-lo a participar na elaboração de decisão política, que poderia ser deixada nas mãos do poder competente (Constituinte Derivado, Legislativo ou Executivo) ou a substituir a solução política que emprega pelas decorrentes de outras instituições. Isso poderá dar azo a um controvertido poder ao magistrado se vier a ultrapassar limites do ordenamento jurídico, intervindo na política ou substituindo legislador.

De acordo com Eduardo Vera-Cruz Pinto (2015, p.138),

O designado “ativismo judiciário”, com manifestações preocupantes de apetência para o exercício de poder político e de populismo, vive no Brasil a crença de uma “via brasileira” para a criação de Direito por juízes de tribunais superiores. Nada de mais, errado. Trata-se apenas de um localismo latino-americano, sem grande novidade ou inovação, na aplicação das propostas de Ernst Fuchs, *O Carácter socialmente danoso da jurisprudência construtiva*, 1907, e que foram desenvolvidas pela Escola do Direito Livre, com uma mistura de manifestação tardia de “uso alternativo do



Direito”, na sua matriz italiana da década de 70, com projeção no protagonismo judiciário (sobretudo em Itália e em Espanha) em 80 e 90 do século passado.

Judicialização, baseada no ativismo arbitrário, se dá quando questões sociais ou políticas de alta indagação são solucionadas, no caso *sub judice*, pelo judiciário e não pelo poder competente, criando “direito novo”, julgando ultra partes, atingindo pessoas envolvidas com o objeto de litígio, mesmo que não tenham ocupado nenhum dos polos de demanda.

No ativismo arbitrário nota-se um fortalecimento de opiniões pessoais ou políticas dos magistrados e um enfraquecimento da ideia de ordenamento jurídico (BOUDIN, 1911, p.264-267).

Infelizmente temos visto, na prática, efeitos setenciais *erga omnes*, que extrapolam os limites do litígio e da lei, indo atingir pessoas alheias à lide, surgindo uma parlamentarização do Poder Judiciário, e também muito colabora para isso a obrigatoriedade de aplicação de Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal por juízes e tribunais (Constituição Federal, 103-A, e Código de Processo Civil, 489, § 1º, VI), que possa ser paradigma para decisões posteriores.

No ativismo arbitrário, o órgão judicante afasta-se dos textos normativos ou da história da nação (YOUNG, 2001, p.144).

Ignoraria até mesmo a Constituição Federal e extrairia de textos legais de ordem pública e constitucionais um alcance maior, abrangendo hipóteses que não estão contidas no teor normativo (CAMPOS, 2014, p.165), interpretando extensivamente, ou corrigindo antinomias, preenchendo lacunas conforme a preferência pessoal ou política judicial, com a *intentio* de adaptar textos normativos à realidade fática, passando a ter uma atividade legislativa, própria de país de *common law*, fazendo com que normas vigentes, inclusive constitucionais, percam sua eficácia social, visto que produzem efeitos próprios de uma lei (SEGADO, 2011, p.128).

Podemos arrolar vários casos do direito brasileiro em que há arbitrariedade no ativismo judicial, criando direito novo (*judge-made law*).



Tratam-se decisões que alteram o significado da Norma Constitucional ou de uma lei, ou o afastam, marcadas por opinião pessoal, por pressão política ou de grupos e as impõem *ultas partes*, exercendo *ad hoc* uma função legislativa.

Essa ampla arbitrariedade pode deteriorar o Estado de Direito e regular situação de grupos, cujos direitos não estão positivados em norma.

Alguns magistrados extrapolam suas funções judicantes ao agirem como se legisladores fossem, exarando decisões com base em suas convicções pessoais e não na norma que os deve inspirar. Há uma descompensação emocional dos julgadores ao prolatar decisões baseadas em pensamentos ideológicos, morais e emocionais (SERGIO, 2019, p.395).

Na verdade, a liberdade de julgar sofre limitação, não pode ir além das fronteiras da ordem jurídico-positiva. Sua criatividade não pode ser pessoal, ou arbitrária, a ponto de criar direito novo ou uma jurisprudência alternativa. Pelo Código de Processo Civil, art. 468, o alcance dos efeitos de decisão é *inter partes*, mesmo advindo de vontade colegiada do tribunal, pois deve solucionar a demanda nos limites da lide e das questões decididas.

Na *discricionariedade* judicial, dentro dos limites legais as funções jurisdicional, autorizada pelos arts.4º e 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, poderá deixar de lado seu passivismo, e sempre tendo como parâmetro a justiça, a dignidade humana e os fins sociais, e emitir uma decisão voltada a problemas sociais engendrados por grupos vulneráveis, por exemplo, e influenciar os poderes competentes (Constituinte Derivado, Executivo, Legislativo) a suprir suas omissões, concretizando direitos fundamentais, sem que haja usurpação de competência. Ter-se-á uma decisão ativista legítima e democrática (CAMPOS, 2014, p.157).

No ativismo discricionário há observância da lei e das competências dos demais poderes e se pode chegar a uma integração entre os Três Poderes e a um equilíbrio entre valores sociais conflitantes e a uma transformação social ao avaliar problemas de ordem social ou política.

Os magistrados devem atuar com imparcialidade conforme as normas jurídicas, já que sua tarefa é a de aplicar o direito preexistente, criando sentenças ou



acórdãos nele baseados, mesmo que haja ambiguidade legal, lacunas ou antinomias, que requerem certa argúcia do judiciário, pois nesses casos difíceis, sempre haverá no ordenamento jurídico uma saída possível, apontada pelos arts. 4º e 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; logo, não se justifica atuação de órgãos judicantes como legisladores, pois podem criar direito “novo” *inter partes* ao aplicar o direito já existente, uma vez que podem optar entre as alternativas possíveis oferecidas pela lei aplicável a mais justa ou a que melhor atenda aos fins sociais.

É viável a criação de direito pelo Judiciário, tendo por suporte os dados constantes nos autos; as normas positivas ou jurisprudenciais aplicáveis ao caso concreto *sub judice*; as convicções pessoais e cosmovisão do julgador; a visão de justiça, de humanismo ou de política (SALLES, 2019, p.177), desde que não haja afronta à Carta Magna.

Os prosélitos do ativismo judicial acreditam que o magistrado deve solucionar o *caso sub judice* conforme sua opção pessoal, na promoção do bem comum em prol das liberdades e dos vulneráveis para atingir algum resultado social mais desejado por certos grupos. E com isso rechaçam a ideia de *contenção judicial* voltada à interpretação de lei, e conferem um poder político ao Judiciário.

Já os sequazes de *autocontenção* entendem que deve haver uma restrição à ação dos magistrados, prestigiando a competência do Legislativo, do Poder Constituinte Derivado e o órgão judicante deve ficar atrelado aos ditames do ordenamento jurídico (SCHESINGER, 1947, p.201-204).

A autocontenção (*judicial self-restraint*) é o oposto do ativismo, há um respeito ao sistema democrático-representativo na elaboração de sentenças e acórdãos e uma preservação da imagem do Judiciário, evitando seu desgaste a reações morais, sociais e políticas (CAMPOS, 2014, p.178).

O ativismo arbitrário conduz ao extremo, o governo dos juízes, o discricionário não. Aquele é um pecado e este é uma virtude.

Os magistrados contidos são mais criteriosos em suas ações, por serem não só adjudicadores técnicos de soluções a conflitos intersubjetivos, como também



normativos, dando peso maior às normas, reservando a discricionariedade apenas para as situações excepcionais. São juízes do governo.

Os ativistas têm um papel mais amplo, inclinam-se a desenvolver novas ideias para proteger direitos que pretendem reconhecer (BARK, 2006, p.272; ACCATTATIS, 2008, p.88). Constituem o governo dos juízes.

Conforme Salles (2019, p.189), “a formação ativista ou autocontida pode refletir no comportamento judicial em aspectos como direção do processo e a gestão probatória, propendendo-se um juiz ativista a valorizar encaminhamentos judiciais no lugar das iniciativas das partes”.

Muitas decisões do Supremo Tribunal Federal estão revestidas de caráter vinculante e vem influenciando todo o Poder Judiciário, por força do art. 103-A, da Constituição Federal.

Mas, é preciso lembrar que “nenhum juiz é sempre ativista, assim como nenhum juiz exerce sempre a autocontenção” (BARK, 2006, p.272).

Na Judicialização não se deve considerar o ativismo discricionário ou a autocontenção como a conduta a ser seguida pelo magistrado, pois, em certos casos concretos, a postura ativista pode ser a melhor e em outros a contida pode ser a mais adequada.

No ativismo ou na autocontenção há independência judicial, e consciência de exigência de manter o autocontrole ante os desafios do mundo contemporâneo, imprescindível para garantir a democracia, o ordenamento jurídico e a separação de poderes.

Barak observa que nessas duas dimensões de Judicialização (ativismo e autocontenção) cabe ao magistrado equilibrar-se nas virtudes e defeitos dessas faces gêmeas da função judicial (BARK, 2006, p.263-308), e decidir conscientemente, em cada caso concreto, a direção a seguir em busca do *justum*.



5. *JUSTUM* E A FINALIDADE SOCIAL : EQUILÍBRIOS DA FUNÇÃO JUDICIAL

A Arte aplicativa do Judiciário não constitui uma atitude passiva, pois requer do órgão judicante um diálogo das fontes normativas com a realidade social subjacente e com os valores que conferem sentido a um fato¹⁰.

Neste ponto, cabe previamente frisar a diferenciação entre as figuras da interpretação, da integração e da aplicação da norma. A aplicação da norma se dá em decorrência da competência de um órgão ou autoridade, que impõe uma diretriz de direito num caso concreto. Antes de aplicar o direito, ou seja, antes do processo de subsunção, contudo, o órgão ou autoridade precisa interpretá-lo, ou seja, proceder à escolha, de natureza axiológica, de vários sentidos possíveis para a norma (REALE, 2002, p.295-296; ENGISCH, 2001, p.96).

Especificamente sobre interpretação, Karl Larenz (1991, p.439) ensina que

A interpretação da lei é (...) um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de facto definitiva enquanto enunciado, a partir da 'situação de facto em bruto', atendendo às proposições jurídicas

¹⁰ Não se pode substituir os critérios normativos previstos na CF e em lei especial, que resolvem antinomias aparentes pela teoria diálogo das fontes. Mas poder-se-á utilizar a teoria do diálogo das fontes: a) na interpretação corretiva – equitativa para solução de antinomia real (de 1º ou 2º grau), ou de lacunas de colisão, b) no preenchimento de lacunas normativas, axiológicas e ontológicas e c) na subsunção, por meio da interpretação sistemática. A teoria hermenêutica do diálogo das fontes de Erik Jayme, no nosso entender, em que pesem as opiniões em contrário, poderá ser usada: 1) na interpretação sistemática, p. ex. a) na área contratual ante a similitude principiológica, relativa à função social do contrato e boa-fé objetiva, nada obsta que se aplique o CDC nas relações de transporte, se forem benéficas. (Enunciado 369 da IV Jornada de Direitos) e b) num seguro saúde (serviço de consumo) é possível aplicar o CDC, CC e a Lei n. 9656/1998 (que o rege). Também nas relações trabalhistas, o art. 8º CLT, o direito comum (D Civil) também é fonte do Direito do Trabalho. Pela EC 45/2004, a justiça do trabalho pode tratar de casos de responsabilidade civil por acidente do trabalho. Diálogo das fontes leva a constitucionalização de todos os ramos do direito. É preciso dialogar sempre com a CF, aplicando-se p. ex. os princípios constitucionais da dignidade humana, da função social da propriedade, da solidariedade etc. 2. na integração de lacunas, e na interpretação corretiva de antinomias reais, principalmente na aplicação dos arts. 4 e 5º da LINDB, que solucionam problemas alusivos às lacunas e à antinomia real. Tal diálogo permitirá que se aplique duas ou mais normas, complementar ou subsidiariamente, ou que se opte por uma das normas conflitantes, desde que seja a mais favorável ou mais justa ao caso ou à parte mais vulnerável, tendo como vetores o respeito aos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Todas as técnicas interpretativas podem ser empregadas simultaneamente ou subsidiariamente, fazendo uso do diálogo das fontes, condenando-se a supremacia de uma sobre a outra (DINIZ, M. H.. A antinomia real e a polêmica do diálogo das fontes. *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba, V.03, n.53 , p. 228-247, Jul-Set. 2019. p. 242-243).



potencialmente aplicáveis, e se precisa o conteúdo das normas a aplicar, atendendo mais uma vez à situação de facto, tanto quanto seja necessário.

A interpretação se limita, assim, a esclarecer o sentido verdadeiro e alcance da norma, reproduzindo, em termos diversos, o pensamento já contido nela. Mas, mais que isso, é restituir sentido a um texto corrompido, numa perspectiva crítica. Nesse objetivo, existem várias técnicas interpretativas, como a gramatical, a lógica, a sistemática, a histórica, a sociológica ou teleológica, todas complementares, não se excluindo reciprocamente. Mas, se a norma apresenta lacuna, o processo de interpretação não é suficiente para preencher tal vazio, fazendo-se necessário o uso da integração ¹¹.

Conforme ensina Karl Engisch (2001, p.276 e 279),

Uma lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo. Aplicado ao Direito, o conceito de lacuna significa que se trata de uma incompletude insatisfatória no seio de um todo jurídico. (...) As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora. As lacunas aparecem, portanto, quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dão uma resposta imediata a uma questão jurídica.

É possível se identificar três espécies de lacuna, quais sejam, a) a normativa, na ausência de norma para a resolução do caso; b) a ontológica, quando, havendo norma, esta não corresponda aos fatos sociais; c) a axiológica, na falta de norma justa, ou seja, se da aplicação da norma resulte uma solução insatisfatória ou injusta (DINIZ, 2002, p.950).

Necessária, ainda, a referência, ainda, às lacunas de conflito ou antinomias reais, que se observam na existência de várias soluções incompatíveis para a aplicação de determinada norma, deixando o julgador numa situação insustentável, porque não há solução normativa cabível ou porque não há uma solução unívoca (DINIZ, 2002, p.279).

¹¹ DINIZ, 2002. p. 276-278. SAVIGNY, 2001. p. 8-11. REALE, 2002. p 296.



No caso de antinomia real, há necessidade de decisão, e a posição do sujeito é insustentável, pois existe uma incompatibilidade de normas e os critérios normativos de resolução de conflitos (hierárquico, cronológico e especialidade) não solucionam o caso, tendo em vista que a fonte de ambas as normas é a própria Constituição Federal (DINIZ, 2003, p.24-26).

É preciso que haja prudência objetiva, fazendo com que o aplicador fique adstrito aos parâmetros constitucionais e legais.

Os arts. 4º e 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e a teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme contêm critérios para fazer: a) subsunção, por meio da interpretação sistemática e de todas as técnicas interpretativas, relacionando uma norma com outra relativa ao mesmo objeto ou conduta; b) correção de antinomia real, pela edição de uma terceira norma que estabeleça que uma ou ambas as normas conflitantes percam a validade ou pela interpretação corretivo-equitativa, aplicando-se analogia, costume de princípio geral do direito em busca do critério do *justum* e da finalidade social; c) integração de lacunas normativas, axiológicas e ontológicas.

Tal diálogo permitirá que se aplique duas ou mais normas de forma complementar ou subsidiariamente ou que se opte por uma das normas conflitantes desde que seja a mais justa ao caso ou à parte mais vulnerável, tendo por baliza os direitos fundamentais, os direitos de personalidade e o respeito à dignidade humana. É óbvio que esse diálogo conduz à constitucionalização de todas os ramos do direito. O julgador deverá dialogar sempre com a Constituição Federal e seu grande desafio será aplicar corretamente as fontes em diálogo de forma justa para que haja interpretação, integração ou correção coerente com o bem comum, com a finalidade social e com a supremacia da ordem pública (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º). Logo o magistrado deverá, ao aplicar a lei, balancear esses elementos, exercendo uma função criadora, ao adaptar o comando legal às condições da realidade social. E assim dará, ao decidir caso *sub judice*, sentido à norma, sem lhe conferir um valor pessoal, por ser ela um veículo de realização, ou concreção de determinado valor positivo ou objetivo, ou seja, vigente na sociedade



atual, que dá sustento a determinada ordem jurídica. Por tais razões, o ideal de justiça e a finalidade social constituem o equilíbrio da função judicial.

É preciso ressaltar, todavia, que a questão tem implicação em segurança jurídica, no sentido de que o indivíduo deve ter um paradigma que lhe permita prever as conseqüências dos seus atos e programar seu futuro, fazendo opções, para que possa meditar sobre as responsabilidades que advirão do seu comportamento (MELLO, 2002, p.113).

Elucidativo sobre a matéria da segurança jurídica é o pensamento de Recaséns Siches (1973, p.301), para quem a sensação de segurança equivale à sensação de pisar um solo firme, ao tempo que a impressão de insegurança equivale ao medo que falte o solo em que nos apoiamos ou o medo da queda.

Já Antonio-Enrique Pérez Luño (1991, p.17) admite que a segurança constitui um desejo arraigado na vida do homem, o qual sente terror ante a insegurança de sua existência, diante da imprevisibilidade e a incerteza a que está submetido.

Ao tratar da segurança jurídica, José Afonso da Silva (1996, p.412) liga o tema à estabilidade dos direitos subjetivos. Segundo esse autor, uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Entretanto, conforme entende Recaséns Siches (1973, p.293), é um erro entender a certeza e a segurança em termos absolutos basicamente por três razões: em primeiro lugar, em se tratando de vida humana, não há nem pode haver nada absoluto; em segundo lugar, a estrutura da vida humana é sempre bipolar, desenvolvendo-se, em cada um dos seus aspectos, entre pólos extremos, opostos, como, por exemplo, solidão e companhia, individualidade e socialidade, segurança e transformação etc.; e em terceiro lugar, a segurança, apesar de ser um valor funcional do direito, não é de modo algum o valor supremo de inspiração do direito, patamar este em que se encontram valores maiores como a justiça, o bem estar social e a dignidade da pessoa humana.



Para Larenz (1985, p.51), a paz jurídica e a justiça, os dois componentes principais da idéia do direito, estão entre si em uma relação dialética, condicionando-se reciprocamente. Se não há justiça, se o ordenamento jurídico é injusto, a paz jurídica não estaria resguardada. Em contrapartida, aonde falta a paz jurídica e cada indivíduo pode realizar seu direito com as próprias mãos desaparece a justiça.

De fato, a busca desenfreada pela segurança jurídica enseja, a imobilidade e a estratificação, conceitos que se chocam com as transformações sociais. Uma vez que a sociedade evolui e se transforma, o direito não pode fechar os olhos para as transformações sociais, sob pena de se tornar injusto.

Para Pérez Luño (1991, p.52), a aproximação entre segurança e justiça é possível a partir de uma concreção dos dois valores. A segurança deve deixar de se identificar com a mera noção de legalidade ou de positividade do direito para se conectar com os bens jurídicos básicos cujo asseguramento é social e politicamente necessário. Por outro lado, a justiça deve perder sua dimensão ideal e abstrata para incorporar as exigências igualitárias e democratizadoras que informam seu conteúdo no Estado social de direito.

Não se pode olvidar que a credibilidade e estabilidade das instituições é um fator essencial para o desenvolvimento nacional, razão pela qual a atividade jurisdicional deve ser pensada dentro de um quadro amplo de garantia de justiça e de segurança, contribuindo para o fortalecimento da imagem do país, da confiança internacional e para a ampliando dos investimentos na economia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade jurisdicional possui índole político-jurídica, uma vez que implica escolhas. Todavia, a decisão não é incondicionada, uma vez que as valorações não devem ser projeções do critério avaliativo pessoal do magistrado, que deve agir pautado na ordem jurídica.



A jurisprudência, como resultado dessa atividade coerente, exerce papel de suma relevância como fonte do direito. Tal fenômeno adquire dimensão especial em face da criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Tal Súmula contudo, no nosso entendimento, é um transplante jurídico inadequado à realidade brasileira, por ser própria de país de *common law*, e, apesar de possuir aspectos positivos, pode causar o grave efeito da perda de independência de decisão pelo magistrado, o que poderia ser equilibrado se o artigo 103-A, da Constituição Federal, fosse alterado para que a Súmula tivesse eficácia vinculante relativa.

Na prática, observa-se que os efeitos setenciais *erga omnes*, extrapolando os limites do litígio e da lei, indicando uma parlamentarização do Poder Judiciário, são ampliados pela obrigatoriedade de aplicação de Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Uma forma de equilibrar a questão do ativismo judicial arbitrário é a combinação entre a utilização dos arts. 4º e 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a Teoria dos Diálogos das Fontes, permitindo-se a aplicação de duas ou mais normas de forma complementar ou subsidiariamente ou que se opte por uma das normas conflitantes desde que seja a mais justa ao caso ou à parte mais vulnerável, tendo por baliza os direitos fundamentais, os direitos de personalidade e o respeito à dignidade humana.

Tal via, sem engessar a atividade jurisdicional, ao mesmo tempo contribui para a retomada da credibilidade e estabilidade do Poder Judiciário brasileiro, associando justiça e segurança jurídica nas decisões, fatores de suma importância para o desenvolvimento nacional.

BIBLIOGRAFIA

ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**. Milano: Franco Angeli, 2008.

BARAK, Sharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University, 2006.



BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência precedente uma escalada e seus riscos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, 35.

BELAID. *Essai sur le, pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: LGDJ, 1974.

BOUDIN, L. B. *Government by Judiciary*. **Political Science Quaterly**, v. 26, n. 2 (1911).

BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte de direito**. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

CAMPOS, Carlos A. de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2006.

DE DIEGO, Clemente. *La jurisprudência como fuente del derecho*. Madrid: s/e, 1925.

DINIZ, M. H.. A antinomia real e a polêmica do diálogo das fontes. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, V.03, n.53, p. 228-247, Jul-Set. 2019.

DINIZ, M. H.. **As lacunas do direito**. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, M. H.. **Compêndio de Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, M. H.. **Conflito de normas**. 5 ed. aum. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, M. H.. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução J. Baptista Machado. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev.e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA LEITE, Luciano. **Interpretação e discricionariedade**. São Paulo: RC5, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. Da Jurisprudência como direito positivo. **Revista da FDUSP**, ano LXVI, 1971.

GARCIA, Kelly G. P.. Reflexões sobre a súmula vinculante. **Jornal Síntese**, 98.



GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito** (*Introduction historique au droit*). 2. ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Tiempo y Constitución: ámbito público y jurisdicción constitucional**. Tradução Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**. Tradução Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Culbenkian, 1991.

LOURIVAL, V. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo, RT, 1977.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

MARTINS, Alan. A Súmula vinculante perante o princípio constitucional da tripartição de poderes. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, 35.

MAZZILLI, Hugo N. Os precedentes dos tribunais. **Revista Sebrae - Direito Civil e Processual Civil**, 108.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. refundida, ataul. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO FILHO, Álvaro. Direito sumular brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará**, v. 25.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 39. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **O futuro da Justiça**. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Bushastsky, 1973.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. atual. 7 tir. São Paulo: Saraiva, 2002.



ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SALIBA, Tatiane. A mescla de *Common law* no direito legislativo brasileiro: riscos e adequações. **MPMG Jurídico**, 6.

SALLES, Bruno M.. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. Tese de doutorado apresentada na Universidade do Vale do Itajaí em 2019.

SCHESINGER, Arthur. *The Supreme Court*, 1947. **Fortune**, vol. XXXV, n. 1.

SEGADO, Francisco F. *El Tribunal constitucional español com legislador positivo*. **Pensamento constitucional**, ano XV, n. 15, 2011.

SERGIO A. F. do Couto. **Direitos à integridade**. Belém do Pará: s/e, 2019.

SICHES, Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2 ed. ampl.. México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

YOUNG, Ernest. *Judicial activism and conservative politics*. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4.

ZANOTTI, Francesco. *The judicialization of judicial salary policy in Italy and the United States*. in TATE e VALLINDER (org.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

