

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

ACESSO À JUSTIÇA II

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

REGINA VERA VILLAS BOAS

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Fernando Bellinetti; Regina Vera Villas Bôas.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-528-

7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão -
UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
[www.portais.ufma.br/PortalUfma/
index.jsf](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

O desafio de se conciliar o Direito, a Democracia e as instituições do sistema de Justiça em nosso país é uma tarefa difícil e importante a qual os operadores do direito tem se dedicado diuturnamente em nosso país.

A academia tem colaborado de forma decisiva para esta tarefa e o Conpedi tem sido, há mais de duas décadas, um espaço fecundo para o debate sobre o tema e sua consequente implementação como instrumento transformador, objetivando alcançar a sociedade livre, justa e solidária, preconizada em nossa Constituição Federal.

O Grupo de Trabalho Acesso à Justiça II, cujas atividades foram realizadas durante o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em São Luis do Maranhão, no período compreendido entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, confirmou essa trajetória.

As contribuições de pesquisadores de diversos programas qualificados de pós-graduação em direito enriqueceram a apresentação e discussão dos Grupos de Trabalho, possibilitando uma troca de experiências, estudos e investigações visando ao trabalho contínuo de pesquisa acadêmica, com o escopo de orientar a prática jurídica.

Do exame e discussão dos trabalhos selecionados foi possível identificar a riqueza dos textos com investigações pertinentes ao acesso à justiça nos seus mais variados matizes.

Foram apresentados e discutidos doze trabalhos, que veicularam percucientes estudos e análises sobre o acesso à justiça.

Os temas foram os seguintes: o fenômeno da judicialização, a crise da legalidade e o sistema de precedentes; a possibilidade de se visualizar o precedente como requisito da petição inicial; o cabimento da ação rescisória contra a decisão antecipatória estabilizada; a efetividade do acesso à justiça por meio do IRDR; a teoria das ações temáticas como instrumento de acesso à justiça no processo coletivo; a aplicação da mediação no ambiente escolar; o big data e as políticas públicas; usucapião extrajudicial de bem imóvel; transexualidade e registro civil; e a contribuição cartorial para a redução de demandas judiciais.

Tomara que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e a satisfação que foi para nós coordenar esse Grupo, momento singular de aprendizado profundo sobre o tema.

É por isso que os coordenadores têm a satisfação de levar à publicação mais uma obra coletiva, que testemunha o conjunto de esforços do Conselho e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática Acesso à Justiça.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – UEL

Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas – PUC/SP e UNISAL/SP (Lorena)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A CRISE DA LEGALIDADE E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL:
LIMITAÇÕES À GARANTIA DO ACESSO À JURISDIÇÃO?**

**THE CRISIS OF LEGALITY AND THE SYSTEM OF PRECEDENTS IN BRAZIL:
LIMITATIONS ON THE GUARANTEE OF ACCESS TO JURISDICTION?**

Felipe de Almeida Campos ¹
Maiana Paola de Oliveira ²

Resumo

O presente trabalho busca estudar a crise da legalidade sob o prisma do fortalecimento do ativismo judicial que após, a promulgação do Código de Processo Civil DE 2015 recebeu mais uma ferramenta que permite aos tribunais criar direitos com base em precedentes, mitigando o acesso à jurisdição como garantia fundamental. Tal instituto retrata a crise do positivismo jurídico e aproximação cada vez mais comum dos sistemas civil law e common law, surgindo assim um sistema híbrido. Adota-se como marco teórico a obra estado de direito, de Jacques CHEVALLIER. Trata-se de metodologia quantitativa com análise teórica e exploratória.

Palavras-chave: Crise da lei, Positivismo, Ativismo judicial, Precedentes, Código de processo civil 2015

Abstract/Resumen/Résumé

The present work seeks to study the legality crisis under the prism of strengthening judicial activism. Afterwards, the promulgation of the Code of Civil Procedure of 2015 received another tool that allows the courts to create rights based on precedents, mitigating the access to the jurisdiction as Guarantee. This institute portrays the crisis of legal positivism and the increasingly common approximation of the civil law and common law systems, thus arising a hybrid system. Jacques CHEVALLIER's work is based on the rule of law. It is a quantitative methodology with theoretical and exploratory analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Crisis of the law, Positivism, Judicial activism, Precedents, Code of civil procedure 2015

¹ Mestre em Direito - FUMEC. Especialista em Direito Processual - PUCMG. Advogado.

² Advogada. Mestranda em Direito Público - FUMEC. Pós-Graduada em Direito Processual Contemporâneo pela Universidade FUMEC - 2014/2015.

1 INTRODUÇÃO

A inserção do precedente judicial no direito brasileiro reflete o fenômeno da crise do positivismo jurídico, no qual se transfere para a atividade jurisdicional a criação de normas para a solução de conflitos.

As atividades típicas do Legislativo vêm passando por reiteradas discussões sobre representatividade, desencadeando diversas críticas sobre a fiscalização das atividades da função executiva, construção participada e canais de interação social para o aprimoramento das normas, todas primordiais ao exercício do parlamento sendo refletidas, não rara vezes, pela má qualidade técnica e excesso de projetos de lei que só agravam a crise da legalidade e, consequentemente, da representação popular.

Além disso, o Executivo também não consegue gerir todas as políticas públicas de sua competência, gerando com isso o aumento considerável de litígios levados aos tribunais em busca da efetividade jurisdicional e da famigerada paz social.

Nessa lacuna é que a Função Judiciária tem assumido o papel de garantidora de direitos fundamentais, além de sanar através de suas decisões as omissões das demais atividades precípuas do Estado.

Esta é uma das justificativas para o ativismo judicial, no qual o judiciário busca soluções por meio de sua atividade jurisdicional imperativa sanando as omissões das demais funções do Estado, promovendo o que se pode se chamar de interferência judicial em matérias de natureza administrativa e legislativa.

Consequentemente, o ativismo judicial tem desencadeado uma crise na teoria do positivismo jurídico¹, posto que as demais funções estatais não são capazes de executar suas atividades típicas de forma satisfatória.

Assim, o judiciário ganha cada vez mais força provocando um colapso no sistema jurídico-político brasileiro, pois o julgador deixa de ser mero aplicador do direito e passa a proferir decisões judiciais com força de lei, baseadas, muitas das vezes, em princípios subjetivos desprovidos de caráter normativo.

É neste contexto que surge mais um contribuinte para a crise da lei denominado precedente judicial.

¹ Sobre o positivismo jurídico, indica-se a leitura da obra: BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2000.

Sobre o precedente, trata-se de um instituto próprio do direito anglo-saxão inserido textualmente no ordenamento jurídico brasileiro por meio no Código de Processo Civil de 2015 conferindo força de lei às decisões dos tribunais.

Destarte, na aplicação do direito, o jurista não só observa a lei, mas também deve obediência obrigatória as decisões emanadas pelos tribunais, comprometendo e agravando mais uma vez a crise do positivismo jurídico.

Dito isso, o presente estudo busca demonstrar que o sistema de precedentes contribui para a crise da legalidade e compromete o acesso à jurisdição², servindo-se de mais uma ferramenta para que o judiciário ultrapasse suas competências privativas e exerça o papel do legislador.

2 A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

O fenômeno de transformação do Estado de Direito ocorre em todo o mundo. Observa-se uma aproximação dos sistemas *civil law* e *common law* como jamais ocorreu antes.

Nos países seguidores da doutrina romano-germânica que tradicionalmente tem o direito baseado nas leis, há uma forte tendência de valorização das decisões exaradas pelos tribunais, principalmente por meio dos precedentes, com consequente desvalorização das normas positivadas.

Os juízes e os tribunais deixam de serem os reais aplicadores da lei - extrapolando suas funções típicas - para exercerem um papel ativo na relações sociais, comprometendo o equilíbrio³ entre as funções do Estado e a segurança jurídica. Ato contínuo, o Executivo e, principalmente o Legislativo, perdem espaço para as intervenções do Judiciário.

Esse movimento mundial de transformação do Estado de Direito foi analisado de forma aprofundada por CHEVALLIER (2013):

(...) O juiz aparece como a pedra angular e a condição para realização do Estado de Direito: a hierarquia das normas se torna efetiva somente se ela é sancionada jurisdicionalmente; e os direitos fundamentais não serão efetivamente assegurados se um juiz não estiver lá para lhe assegurar a proteção. O culto do direito desemboca, com efeito, na sacralização do juiz: investido do papel de "guardião dos valores", o juiz é encarregado de defendê-los contra a vontade caprichosa das maiorias e contra a dominação de uma razão instrumental preocupada apenas com a eficácia. Este novo poder conquistado pelo juiz, que contrasta com a posição

² Nesse sentido: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³ Montesquieu. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

secundária que lhe estava tradicionalmente reservada no pensamento político (P. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, A. Colin, 2008), decorre do controle de constitucionalidade das leis; mas ele tem uma tendência para desbordar desse quadro. (CHEVALLIER, 2013, p. 112).

Concomitante a isso, o culto a lei passa por uma forte crise que decorre de fatores diversos, como o excesso de normas, a má qualidade, a falta de técnica dos textos legais e até mesmo a inércia do Legislativo no exercício de sua função precípua atuando por meio de um processo legislativo que não responde a tempo as demandas sociais, conforme é apontado nos estudos realizados por Jacques Chevallier (2013, p. 121).

O citado autor traz as informações do relatório elaborado pelo Conselho de Estado Francês, que constatou que “a lógica do Estado de Direito é subvertida pela própria evolução do fenômeno jurídico”, comprometendo a segurança jurídica devido “a proliferação dos textos, a instabilidade das regras e a degradação da qualidade da norma não assegurariam mais as condições de uma real proteção do cidadão”. (CHEVALLIER, 2013, p. 121).

Ressalta, ainda, que o “direito perdeu alguns dos seus atributos tradicionais, próprios da modernidade” (CHEVALLIER, 2013, p. 121), veja:

A unidade foi substituída pela complexidade: hoje em dia, o direito provém de fontes múltiplas, que se situam em planos diferentes e numerosos intervenientes são ouvidos ao longo de sua elaboração; privilegiando a plasticidade e uma adaptação permanente a realidade, ele se caracteriza pela flexibilidade e não mais pela rigidez. Essas transformações da técnica jurídica tem por efeito esvaziar o Estado de Direito de pelo menos uma parte de sua substancia, afrouxando as fronteiras do direito, e subvertendo o princípio de hierarquia das normas: estaríamos em vias de passar de um direito "monológico", apoiado na "transitividade", para um direito "dialógico", fundado sobre a "intransitividade", isto é, no qual já não há mais nem regulamentação hierarquizada, nem "predeterminação" da significação das normas (G. Tirsit, *Themes et Systemes de droit*, PUF, 1986). (CHEVALLIER, 2013, p. 121)

Diante disso, constata-se que o Estado de Direito vem sofrendo grandes rupturas em todo o mundo e que a utilização de ferramentas de sistemas jurídicos que não são próprias de um determinado ordenamento demonstra o possível surgimento de um sistema híbrido, do qual a força das decisões dos tribunais passa a ser fonte de direito no *civil law* e a positivação de normas passa a ser utilizada no sistema anglo-saxão.

3 A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O pós-positivismo jurídico vem refletindo de forma substancial na crise do princípio da legalidade. Pela ótica do positivismo jurídico entendia-se que a lei era expressão da

vontade geral do povo, fazendo com que o direito fosse competência apenas de quem a elaborava.

Portanto, na criação de normas jurídicas, observava-se apenas o devido processo legislativo, não se levando em consideração os demais fatores que compõe o direito. O legislador detinha o poder na elaboração das leis e os juízes e administradores apenas aplicavam a norma em sua literalidade.

Contudo, o pós-positivismo trouxe novos paradigmas para a lei positivada, já que na atualidade o princípio da legalidade passa a ser contestado pela força dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais⁴.

Neste contexto, pode-se dizer que houve uma aproximação do direito com a ética, devendo-se observar não apenas os aspectos formais da norma, mas principalmente os mandamentos constitucionais, contrariando a concepção da teoria pura do direito, de Hans Kelsen, responsável por afastar a moral, a ética, entre outros estudos da ciência do direito (KELSEN, 1994).

O pós-positivismo reflete-se diretamente no fenômeno mundial denominado “crise da legalidade” que, conforme apontado por Gustavo Binzenbojm, confunde-se com a crise da representatividade (BINZENBOJM, 2006, p.125). O autor esclarece, ainda, que tal crise é perceptível principalmente nos países de tradição romano-germânica, onde as leis escritas sempre foram a principal fonte de direito. (BINZENBOJM, 2006, p.126)

Para Binzenbojm, a crise da lei deve-se a uma concomitância de fatores que, somados, resultam no cenário jurídico que se instalou em diversos países seguidores do sistema *civil law*, tais como: (i) inflação normativa; (ii) o conteúdo da norma, que pode ser injusta; (iii) a lei não é a mais importante expressão da vontade do povo; (iv) a ampliação dos atos normativos infraconstitucionais com força de lei; (v) o Poder Executivo controla do Legislativo (BINZENBOJM, 2006, p.127-134).

De maneira concisa, pode-se dizer que os fatores apontados pelo autor refletem a realidade de muitos países de cultura jurídica romano-germânica, o que também se observa no direito brasileiro.

Outro fator que influencia a crise do positivismo nacional concerne ao atual contexto político vivenciado no país, no qual a função legislativa e a executiva brasileira vêm sofrendo umas das maiores crises de representatividade de toda sua história.

⁴ Veja, a esse respeito: PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

Além disso, o sistema normativo brasileiro encontra-se inflado de normas que buscam constitucionalizar diversos temas que poderiam ser muito bem regulados por leis ordinárias, de fácil alteração e adaptação, com o intuito de solucionar todas as questões sociais ou – até - atender interesses particulares. O grande número de normas, aliada a baixa qualidade dos textos legais violam diversos princípios constitucionais do estado de direito, como a segurança jurídica, a efetividade, a dignidade da pessoa humana e deslegitima a função legislativa.

Ao mesmo tempo, a crise vivenciada pelo Brasil demonstra que a lei também é utilizada como ferramenta política que se presta a beneficiar determinados grupos sem refletir os reais interesses da sociedade, remetendo à velha premissa de que “nem tudo que é legal é moral”.

O recente constitucionalismo brasileiro trouxe ao sistema jurídico novas fontes do direito que contribuem significativamente para o fracasso da lei. Além dos aspectos de superioridade e vinculação, a Constituição da República de 1988 eleva os princípios a normas de direito fundamental que, do ponto de vista axiológico, abarcam um rol imponente de direitos e garantias fundamentais.

Outra inovação trazida pela CR/88 refere-se à ampliação das atividades típicas de cada uma das funções do Estado, no qual o Executivo e o Judiciário não estão mais restritos apenas às suas competências primárias (típicas). A própria Constituição permite que o Executivo, por exemplo, legisle por meio de medidas provisórias, lei delegada ou decretos com atribuições e competências legislativas superiores aquelas conferidas ao legislativo⁵.

A dinâmica da administração pública necessita da regulamentação de questões específicas de maneira mais célere e eficaz, não sendo possível aguardar a regulamentação por meio do atual procedimento legislativo.

Por fim, é importante ressaltar que a crise da legalidade no Brasil está diretamente ligada à relação política entre o Legislativo e o Executivo. A separação de poderes⁶ não é exercida em seu sentido clássico. O legislativo não possui a independência necessária para que possa atuar em sua função típica, já que o Executivo influencia e controla, não raras vezes, o procedimento legislativo, fenômeno este fomentado pelo denominado

⁵ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

⁶ Adotamos, neste trabalho, a separação de poderes como separação de funções, vez que o poder é uno e indivisível. Neste contexto, prefere-se a adoção da terminologia “separação de funções”.

presidencialismo de coalizão⁷, no qual fica evidente que não é possível governar sem a ampla maioria parlamentar (BINENBOJM, 2006, p.135).

Em verdade, o sistema brasileiro possui uma sensível peculiaridade que é exatamente a existência, de um lado, de um grande número de partidos políticos, eleições proporcionais e diversos arranjos e relações interpartidárias; de outro lado, o presidencialismo.

A coalizão nasce, assim, como uma necessidade, ainda que frequente, de utilização de alianças eleitorais para a conhecida e tão recorrente expressão “governabilidade”, que se dará, dentre outras formas, pela composição de cargos, compromissos com os programas políticos e eleitorais, e a formulação de uma agenda para a implementação efetiva dos planos de governo.

Com efeito, cumpre ressaltar que as principais causas apontadas para a crise da legalidade vivenciada nos países de sistema *civil law* culminam para o fortalecimento do Judiciário como remédio para o estancamento de choques institucionais.

4 O FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, o Judiciário viu-se com suas competências ampliadas significativamente em todas as instâncias, em especial a Suprema Corte (art. 102 da CR/88).

Deste modo, dentre as diversas competências constitucionais atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, a Corte é detentora da “última palavra” sobre a interpretação e aplicação do texto constitucional.

Cumpre ressaltar que em todo contexto histórico brasileiro nunca o Judiciário deteve tanto destaque como vem recebendo nos últimos tempos. A crise da representatividade, agravada pela crise da legalidade desencadeada pelos fatores acima expostos, inflou o judiciário de demandas atinentes aos mais diversos temas, como a judicialização de temas políticos, da saúde, educação, entre outros.

Ato contínuo, o ativismo judicial torna-se uma ferramenta na tentativa de resolver os problemas que deveriam ser solucionados pelas demais funções do Estado e pelos representantes do povo, eleitos democraticamente.

⁷ A expressão “presidencialismo de coalizão”, exposta por Sérgio Henrique Hudson de Abranches (ABRANCHES, 1988), é o resultado de sua reflexão sobre o contexto político e institucional brasileiro combinando características da proporcionalidade, multipartidarismo e o chamado “presidencialismo imperial” dos Estados Unidos.

Contudo, o ativismo judicial desencadeia a crise da separação das funções do Estado e, conseqüentemente, traz outros problemas inerentes ao exercício das atividades do Judiciário, que passa a ficar dividido entre uma tênue linha de garantidor dos direitos fundamentais e de “super poder”.

Portanto, o sistema de pesos e contrapesos, nos moldes apresentados por Montesquieu, não vem sendo exercido em sua plenitude, já que uma função passa a exercer o papel da outra que não consegue atender aos anseios sociais e aos ditames do Estado de Direito Democrático.

Diante da crise do Legislativo, da inércia do Executivo e da insatisfação popular com seus governantes desencadeada pelo colapso institucional atualmente vivenciado no Brasil, resta ao Judiciário viabilizar a concretização dos fins estatais e pretensões constitucionais.

Neste contexto, o ativismo judicial ganha reforço e as ferramentas utilizadas pela justiça para atender as demandas da sociedade se ampliam de forma significativa, acarretando grandes mudanças no tradicional sistema *civil law* brasileiro. O juiz deixa de ser um mero aplicador e declarador de direitos, tornando-se uma figura garantidora.

Não obstante, cumpre esclarecer que tais mudanças não são exclusivas do Brasil, mas sim um fenômeno que ocorre em todo o mundo e pode ser facilmente observado pela aproximação dos sistemas *civil law* e *common law*.

No Brasil, um dos marcos mais importantes que evidenciam essa aproximação dos sistemas refere-se a Emenda Constitucional nº 45/2004 que inseriu as súmulas vinculantes e a repercussão geral em sede recursal, conforme explicado por Adriano Antônio de Sousa:

O marco mais reconhecido, entretanto, para o estudo dos precedentes judiciais é a Emenda Constitucional nº 45/2004, que, além de ter promovido a denominada reforma no Poder Judiciário e inserido em nosso ordenamento as chamadas súmulas vinculantes, introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, §3º, da Constituição), comprovando o cada vez mais intenso diálogo instaurado entre processualistas e constitucionalistas na utilização da processualística como instrumento de concretização e aprimoramento da jurisdição constitucional. (SOUSA, 2015, p. 5):

Dito isso, em que pese a principal fonte do direito brasileiro ser a lei, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

No que se refere a jurisprudência, apesar não estar prevista expressamente na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, vários estudiosos, como Fredie Didier Junior⁸, entendem que a jurisprudência é fonte secundária de direito.

Como se sabe, as decisões dos tribunais influenciam diretamente o ordenamento jurídico brasileiro, norteadando a atividade jurisdicional para que se alcance a efetividade do Estado de Direito; e isso pode observado pelo emprego das súmulas, jurisprudências, enunciados e, agora, os precedentes judiciais.

Inegável é que todas as ferramentas disponibilizadas ao judiciário para a efetivação prestação jurisdicional ampliam os poderes dos tribunais, o que pode ser utilizado de forma positiva e negativa. A concentração de poder em um único órgão, historicamente, demonstra-se perigosa.

Na prática, podem ser observadas violações à segurança jurídica, a estabilidade do sistema e os ditames do Estado de Direito Democrático, principalmente porque não há controle do mérito do judiciário, ao contrário do que vem ocorrendo com o mérito administrativo, antes insuscetível de controle. Restou ao Conselho Nacional de Justiça essa missão de controle das atividades do judiciário, porém, atualmente enfraquecido.

O juiz que antes era mero aplicador da lei passa a ser o criador de direitos positivando valores com a criação desordenada de princípios, fenômeno conhecido como panprincipilogismo⁹, desprovidos de conteúdo normativo, o que enfraquece cada vez mais o sistema de pesos e contrapesos entre os três Poderes.

Além de todos os aspectos acima apontados, o próprio Legislativo parece transferir expressamente uma parcela de suas atribuições para o judiciário, o que se constata na previsão legal trazida no CPC/15 responsável por inserir o instituto dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

5 O INSTITUTO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

⁸ “Há, pois, na atividade jurisdicional muito mais que uma mera técnica de interpretação e aplicação do Direito. Há aí verdadeiramente uma técnica de criação do Direito, o que garante à jurisprudência a condição de fonte do Direito.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória, p.391).

⁹ STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipilogismo e a flambagem do Direito. Consultor Jurídico. **Senso Incomum**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipilogismo-flambagem-direito>>. Acesso em: 22 ago 2017.

A Constituição da República de 1988 delimita o papel de cada umas funções que compõe o estado de direito brasileiro, estabelecendo assim as funções típicas e atípicas de cada órgão.

Ressalta-se que na jurisdição clássica do *civil law*, o juiz é mero intérprete e aplicador do direito positivado, mas não compete a ele inovar ou criar a lei.

Entretanto, como já mencionado anteriormente, as deficiências de uma função abre brechas para a atuação de outras, extrapolando as suas competências constitucionais em busca da satisfação social e da devida prestação jurisdicional. Percebe-se que o Estado passa por um momento político delicado de sua história, e isso reflete na insegurança das relações jurídicas, políticas e sociais.

Diante deste quadro, surgem elementos e institutos que buscam suprir essas lacunas na tentativa de garantir a segurança jurídica para toda a sociedade brasileira, como se pode observar na atuação judiciária ativista.

Além dos institutos já previstos pela constituição e pela doutrina, o legislador, em uma tentativa de solucionar os atuais problemas do direito brasileiro, editou o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), regulamentando expressamente o instituto dos precedentes.

Refere-se, o instituto dos precedentes, a uma ferramenta própria do sistema *common law*, importada para o direito brasileiro evidenciando a aproximação de ambos os sistemas jurídicos.

Contudo, tal ferramenta deve ser utilizada com cautela, já que o instituto dos precedentes permite ao Judiciário a criação de normas, função típica do Legislativo, conforme apontado por Marinoni, veja:

Porém, quando a norma jurídica fixada pela jurisdição configurar precedente obrigatoriamente aplicável a outros casos, há visível aproximação com a norma criada pelo legislador. É certo que a norma criada pelo juiz exige fundamentação, o que obviamente é desnecessário em se tratando de norma legislativa. Seria possível dizer, ainda, que o precedente, e não a lei, pode ser revogado pelo Judiciário. *Entretanto, a circunstância de a norma judicial ter de ser fundamentada decorre da necessidade de ter de se dar legitimidade à decisão, dado o déficit de legitimidade originária que caracteriza o poder jurisdicional.* Assim, a fundamentação não diferencia a norma judicial da legislativa no que diz respeito às suas essências – ambas constituem manifestação positiva do Direito –, mas no que toca a aspectos que lhes são, necessários à sua legitimação. De outro lado, se o precedente pode ser revogado pelo Judiciário, a lei pode ser revogada pelo Legislativo. Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes diz o *modo como devem se comportar* e lhes dá a previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa. (MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, p. 97).

O precedente inserido no direito brasileiro foi inspirado no *stare decisis*¹⁰, instituto do direito americano que pode ser definido como a noção de que um princípio jurídico deduzido de uma decisão judicial será sopesado e aplicado no deslinde de um caso futuro. Assim, o instituto se presta a uma dupla função: decide o caso concreto (*res judicata*) e estabelece-se como precedente a ser observado no futuro.

No direito americano, o precedente tem por objetivo assegurar a estabilidade, o tratamento igualitário, a economia processual e a previsibilidade das decisões, o que nem sempre é positivo.

Apesar disso, a principal diferença entre o precedente no direito americano e o direito brasileiro recai na formação do instituto, já que nos Estados Unidos decorreu de uma lenta evolução histórica e no Brasil foi inserido por meio de uma lei ordinária.

Dito isso, a inserção dos precedentes pode ser observada nos artigos 489¹¹, 926¹² e 927¹³ do CPC/15 e, conforme a intenção do legislador, o instituto deverá atender ao princípio da segurança jurídica, a fim de evitar o subjetivismo das decisões infundadas dos magistrados.

Contudo, a permissão para que o juiz crie direitos abre portas para as arbitrariedades do Poder Judiciário, o que pode acarretar a insegurança das relações jurídicas e agravar a insatisfação popular com os demais poderes.

¹⁰ Acerca do *stare decisis*, recomenda-se a leitura da Reclamação 4.335-5 ACRE, disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em 08 jul 2017.

¹¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹² Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

¹³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Além disso, deve-se considerar a sobrecarga do Poder Judiciário, que já se encontra abarrotado de demandas atinentes a políticas públicas não efetivadas pelo Poder Legislativo e Executivo, além dos conflitos de particulares que buscam soluções para as suas demandas. Como consequência, o judiciário também busca alternativas céleres para solucionar os litígios, o que nem sempre leva em consideração os casos concretos. E é exatamente neste ponto que os precedentes podem ser empregados de forma negativa.

Aliás, pode-se dizer que o papel mais árduo do juiz talvez seja encontrar o equilíbrio entre aplicação da lei positiva, que é própria do sistema jurídico brasileiro e a força vinculante dos precedentes.

O sistema de vinculação decisória no Brasil, na prática, se diferencia substancialmente dos precedentes do sistema *common law*, que já nascem com foco em um caso concreto e, por uma consolidação histórica, essas decisões passam a influenciar nos julgamentos de processos futuros. Já no caso das súmulas brasileiras, estas nascem com pretensões genéricas e abstratas, com base nos fatos que lhe deram origem.

Para uma aproximação com o *stare decisis*, as súmulas deveriam ser interpretadas e conectadas com os fundamentos determinantes dos julgamentos que lhe deram origem, sem a reconstrução do caso (*ratio decidendi*).

Assim, a formação do precedente se dá pela sua *ratio decidendi*, ou seja, pela razão de decidir do julgado, o que significa que o fundamento de uma decisão é que pode ser chamado em decisões futuras.

Nos moldes adotados pelo CPC/15, inspirado no *stare decisis*, o órgão de grau inferior deverá respeitar obrigatoriamente a norma criada por decisão judicial de órgão de grau superior. Portanto, há uma atividade constitutiva e declaratória de direitos por partes dos juízes, que devem obediência ao precedente judicial já que pois no Brasil ora o magistrado é criador do direito, ora é mero aplicador.

Destaque-se, ainda, que a justificativa do legislador para a inserção dos precedentes no direito brasileiro fundamenta-se na intenção de reduzir o volume de demandas levadas a apreciação do Poder Judiciário e a quantidade de recursos nos tribunais.

Deste modo, a proposta do instituto serve para buscar soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que tem o mesmo fundamento jurídico (LEITE, 2015).

Portanto, deve-se alertar para o risco da discricionariedade judicial, já que incube ao magistrado a extração da norma jurídica do precedente, abrindo-se brechas para a violação às garantias do devido processo constitucional.

Além disso, a aplicação das súmulas e precedentes não pode se dar de forma mecânica, sem a devida análise do caso concreto e do precedente originário, pois não se trata de norma jurídica. A análise deve ser discursiva, com a participação de todas as partes envolvidas, a fim de garantir o devido processo legal.

Por fim, considerando que o instituto dos precedentes é novo no direito brasileiro, vale destacar que, em que pese serem decisões advindas de tribunais, tecnicamente, jurisprudência e precedentes são institutos diferentes, conforme explicado por Michele Taruffo:

Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente... nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. (TARUFFO, 2014, p. 3).

Assim, fica demonstrado que apesar de ambos os institutos derivarem de decisões judiciais, nos moldes do *stare decisis*, a sua formação se dá de forma diferente, sendo que um se refere a diversas decisões no mesmo sentido e outro se origina de uma única decisão paradigma.

6 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA

Como se sabe, o sistema *civil law* tem suas bases fundadas no direito positivado. Assim, o texto constitucional brasileiro, com o intuito de proteger o indivíduo face o Estado, descreve as leis que preveem as condutas que devem ser respeitadas e norteiam a atividade jurisdicional, conforme estabelecido no art. 5º, inc. II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. (BRASIL, 1988).

Contudo, em que pese tal previsão expressa no texto constitucional, com a promulgação do novo CPC, a lei não é mais a principal fonte de direito do sistema jurídico pátrio, já que a inserção expressa dos precedentes amplia o rol de ferramentas jurisdicionais.

Uma das justificativas para a implantação do sistema de precedentes no direito brasileiro refere-se a instabilidade das decisões, já que situações juridicamente idênticas são julgadas de maneiras distintas por órgãos de um mesmo tribunal.

Não obstante, engana-se quem acredita que a pura e simples adoção do precedente seria a solução para acabar com a insegurança jurídica. Caso o instituto não seja empregado

com a devida cautela, este poderá gerar maior instabilidade das relações jurídica e engessar o direito e o papel do magistrado.

O juiz deve ter a liberdade de analisar afundo cada caso e individualizar o direito, conforme o caso concreto, visto que na prática o fundamento já consolidado poderá não ser compatível com o entendimento do magistrado, e esse deverá exercer o seu livre convencimento.

Ressalta-se que este não é um problema exclusivo do sistema de precedentes. A lei pode ser interpretada de vários modos diferentes, o que não garante aos jurisdicionados a efetividade buscada pelo estado democrático de direito.

Por isso, o precedente não pode ser aplicado de qualquer maneira pelos magistrados, pois deverá haver a comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão padrão.

Neste ponto, cumpre apontar que a carta magna traz como cláusula pétrea o princípio da legalidade, e ao contrapor os precedentes trazidos por lei infraconstitucional tem-se uma flagrante inconstitucionalidade do instituto, já que os juízes não estariam mais vinculados à lei, conforme aponta Lenio Luiz Streck:

O projeto revoga por meio de um texto infraconstitucional o princípio constitucional da legalidade. Ao invés da cláusula pétrea do artigo 5º, inciso II, da Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, teremos, agora, um “novo”, pelo qual “os juízes não serão obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes”. E isso sem qualquer emenda a Constituição (que nem poderia vingar, por ser cláusula pétrea!). (STRECK, 2013)

Segundo o autor, o CPC/15 contradiz a Constituição, determinando que os juízes julguem com base nas decisões dos tribunais, e não mais de acordo com as normas jurídicas. Ressalta, ainda, que “o mais grave é que é um texto infraconstitucional que altera a espinha dorsal de nossa tradição, baseada no princípio da legalidade. Na prática, opera uma ruptura histórica em nossa ordem jurídica, de romano-germânica para *common law*.” (STRECK, 2013). Esse é o teor, por exemplo, dos artigos 489, 926 e 927 do CPC/15.

Outro ponto que merece destaque refere-se a transferência expressa da atividade do legislador para outro Poder, uma vez que a lei amplia as competências do judiciário e reafirma a liberdade de decisão discricionária por parte dos magistrados, permitindo o efeito vinculante para quase todas as decisões e formalizando a premissa de que o juiz cria normas, e não só declara e constitui direitos.

Todas as alterações trazidas pelo CPC/15 funda-se em argumentos como celeridade processual, produtividade, garantia da razoável duração do processo e segurança jurídica (que é bem questionável), sem ponderar se esta outorga de poderes em um único órgão interfere na

efetividade do Estado de Direito. O direito passa a ser aquilo que os tribunais superiores dirão que é, e não o que a lei estabelece.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck, o novo modelo apresentado sacrifica a qualidade das decisões em prol da quantidade, enquanto, na verdade, deveria se preocupar com a efetividade qualitativa:

[...] o projeto do novo CPC recupera pressupostos da dogmática jurídica, mas sacrifica os pressupostos filosóficos, que são a condição de possibilidade de o projeto se tornar compatível com o paradigma do constitucionalismo contemporâneo e não com posturas teóricas que, a pretexto de superar velhas fórmulas como “o juiz boca da lei”, nada mais fazem do que apostar em um “juiz protagonista”. Nada mais velho do que isso. Escopos processuais, instrumentalismo, agora com novos nomes. (STRECK, 2013).

Conforme acima exposto, pode-se dizer que as medidas adotadas buscam a garantia de uma estabilidade pós-positivismo que, aparentemente, é apenas procrastinatória, o que demonstra claramente a crise do Estado de Direito.

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, fica evidente que a crise da legalidade assola o ordenamento jurídico dos países estruturados pelo modelo romano-germânico. A crise da representatividade, a má qualidade das normas produzidas, o excesso de leis e a litigiosidade agravam a crise do positivismo jurídico.

Perante esse quadro, é inegável a aproximação dos sistemas *civil law* e *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, fenômeno este que também é observado em outros países. As bases clássicas do legalismo do sistema romano-germânico rendem-se as influências da teoria do *stare decisis*, no qual as decisões dos tribunais tomam proporções jamais atingidas antes.

Talvez se possa afirmar que há o surgimento de um novo sistema jurídico, que aproveita fundamentos de ambos os modelos criando-se um sistema híbrido que busque valer-se do melhor de cada, utilizando a lei e as decisões como fontes primárias de direito.

Ressalta-se, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro deve obediência a Constituição de 1988, que é hierarquicamente superior às demais leis infraconstitucionais. Entretanto, em uma análise minuciosa da inserção do instituto dos precedentes, este parece ser flagrantemente inconstitucional, já que a CR/88 garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de previsão legal, além de mitigar o pleno acesso à jurisdição como garantia fundamental do Estado de Direito Democrático.

Portanto, há um conflito de normas entre a Constituição da República e o CPC/15, já que a legalidade e a separação das funções do Estado ainda se encontram permeadas nas bases jurídicas do estado de direito brasileiro, não se permitindo que decisões judiciais dos tribunais criem regras perante a sociedade, efeito classificado por Lenio Streck como panprincipiologismo.

Entretanto, em uma perspectiva bastante realista, sabe-se precedente é uma ferramenta que já faz parte do cotidiano jurídico, na qual os julgadores utilizam de convicções subjetivas para julgar de modo uniforme as lides que são levadas à apreciação jurisdicional.

Contudo, conforme alertam os estudiosos do processo, deve-se utilizar o instituto dos precedentes com bastante cautela, já que podem ser abertas lacunas para o abuso do Judiciário, para a insegurança jurídica dificultando o acesso à jurisdição, direitos estes de status constitucional. Além disso, a concentração de poder em um único órgão só agrava a crise atualmente vivenciada entre as três funções que se encontram enfraquecidas e desestabilizadas.

Por tudo que foi dito, resta a esperança de que os operadores do direito possam se valer de tais institutos para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a segurança jurídica, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, contribuindo assim para a evolução do direito e o avanço de toda sociedade.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Revista de Ciências Sociais**, vol. 31, nº 1, pg. 16/22, 1988. IUPERJ, Rio de Janeiro.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo legislativo e orçamento público: função de controle do parlamento**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAHIA, Alexandre . As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; LIMA, Eduardo Martins de. **Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a kelsen, ross e hart**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 17 de dez. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 dez. 2016.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (1942). **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 18 dez. 2016.

CAMPOS, Felipe de Almeida. Relação entre poderes: uma análise do Poder Executivo no Processo Legislativo no âmbito da Câmara Municipal de Belo Horizonte-MG. In: **XXV Encontro Nacional do CONPEDI**, 2016, Brasília. DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo, 2016.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória : [volume] 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 686 p.

DWORKIN, R. M. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FIGUEIREDO, Argelina e Limongi, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro, FGV, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KNOPFHOLZ, Alexandre. A crise do positivismo na pós-modernidade. **Revista Jurídica (FIC)**, v. 24, p. 27-58, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEITE, Gisele. **O poder dos precedentes judiciais no CPC/2015**. Disponível em: < <http://www.prolegis.com.br/o-poder-dos-precedentes-judiciais-no-cpc2015> >. Acesso em: 17 dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. 542 p.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

PEDRON, Flávio. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. **Revista CEJ**, v. 13, n. 47, out.-dez. 2009.

PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PLATÃO. **As leis**: incluindo Epinomis. Bauru: EDIPRO, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Adriano Antônio. **O Tradicional Sistema Processual Brasileiro e a Revolução dos Precedentes Judiciais no CPC/2015**. Disponível em: < http://www.esamg.org.br/artigo/Art_Adrilano%20Ant%C3%B4nio%20de%20Sousa_17.pdf >. Acesso em 17 dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. Consultor Jurídico. **Senso Incomum**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em: 22 ago 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta morte da lei. Viva o common Law!** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em 19 dez. 2016.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 19 dez. 2016.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Novo CPC**: Fundamentos e Sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.