

CAPÍTULO III

PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL E AFIRMAÇÃO DE UM DIREITO JUDICIAL CRIATIVO

*Analu Paim Cirne**

Sumário • 1. Introdução – 2. Precedente judicial nas diferentes famílias jurídicas – 3. Conceito de precedente à luz do ordenamento jurídico pátrio – 4. A criatividade do direito judicial e o papel de fonte do Direito assumido pela jurisprudência – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: É notória a progressiva aproximação entre as famílias jurídicas do *common law* e as de tradição romanística. Enquanto, na primeira, fortifica-se o direito legislativo, no *civil law*, como é o caso do Brasil, torna-se inegável a influência que as decisões pretéritas reiteradas vêm exercendo sobre demandas análogas, especialmente em matérias constitucionais. Já é possível, até, falar-se em um sistema brasileiro de precedentes judiciais, o qual, urge ressaltar, clama pela aplicação das técnicas da teoria do *stare decisis*, de forma adaptada às peculiaridades nacionais. Todo esse panorama torna ainda mais indiscutível a possibilidade de os tribunais criarem direito, afirmando a tese constitutiva e consagrando o papel da jurisprudência como uma de suas fontes.

PALAVRAS-CHAVE: *STARE DECISIS*; PRECEDENTE JUDICIAL; SÚMULA; *COMMON LAW*; *CIVIL LAW*; JURISPRUDÊNCIA.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina pátria referente às operações com precedentes encontra-se, ainda, em um estágio embrionário. Uma breve análise das recentes posturas do Supremo, bem como dos inúmeros dispositivos incorporados ao Código de Processo Civil e à Constituição Federal/1988, revela, no entanto, que a fortificação da jurisprudência, enquanto fonte do Direito, tende a crescer em progressão geométrica, consoante demonstraremos ao longo deste ensaio.

*. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Vivemos um momento de salutar importância no mundo jurídico – fase de transição e encurtamento de diferenças entre as famílias de tradição romanística (*civil law*) e as estruturadas em torno da teoria do *stare decisis* (*common law*). Se, de um lado, aumenta-se a importância do direito legislativo em países como a Inglaterra, de outro, expande-se a força vinculante dos precedentes judiciais em países como o Brasil. Talvez estejamos a alguns passos de uma nova era da Ciência Jurídica.

Por conta disso, revela-se imperioso que reconheçamos a inegável existência de um Direito Judicial criativo e, por conseguinte, do papel de fonte do Direito assumido pela jurisprudência, para que, deixando de lado esses debates mais filosóficos, aprimoremos nossa deficiente técnica de operação dos precedentes judiciais. Com esse intuito, exporei os argumentos a favor e contrários ao reconhecimento da criatividade judicial, com vistas a pacificar essa polêmica secular, ainda persistente, não se entende por que nem para quê.

Ademais, reconhecida a necessidade de aplicação de técnicas da *stare decisis* (no qual a força dos julgados possui papel central) ao sistema de precedentes pátrio, será construído um conceito brasileiro de precedentes, a fim de evitar controvérsias inúteis, como a referente ao reconhecimento dos enunciados sumulares como precedentes.

É o que se pretende.

2. PRECEDENTE JUDICIAL NAS DIFERENTES FAMÍLIAS JURÍDICAS

O precedente judicial está presente em todo e qualquer sistema jurídico, sem exceção. Em qualquer país, seja de tradição romanística (a exemplo do Brasil e dos países da Europa Continental), seja filiado ao *common law* (modelo comum às nações de colonização inglesa – E.U.A., Canadá, Austrália, Nova Zelândia, parte da África e do subcontinente indiano), a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Judiciário constitui, para os casos a ele similares, um precedente judicial (SOUZA, 2008, p. 15).

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci (TUCCI, 2004, p. 25), “o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica da decisão anterior é o ‘princípio da universalidade’, entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de forma semelhante”. Esse princípio representa o próprio ideário de justiça, o qual, indissociável do Direito, justifica a aplicação universal do núcleo essencial de um precedente aos casos análogos em todos os sistemas jurídicos que se tem notícia.

Em verdade, o que varia é a primazia que é conferida à jurisprudência como fonte do Direito pelos diferentes ordenamentos, bem como sua eficácia e a forma de operá-la (PERRONE, 2008, p. 12). São justamente esses atributos, tais como o poder criativo ou meramente declarativo do precedente, seu caráter vinculante ou persuasivo, que a doutrina vem utilizando para enquadrar os sistemas jurídicos na família do *common law* (*judge made law*) ou do *civil law*, se é que é possível tal delimitação (SOUZA, 2008, p. 15).

O *common law* tem como diretriz básica a teoria do *stare decisis*, cujo nome deriva da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, significando: “mantenha-se o Direito e não se moleste o que foi decidido” (TUCCI, 2004, p. 160). Dela decorre que o princípio extraído do precedente terá eficácia vinculante externa (vertical), ou seja, será obrigatório para todas as cortes inferiores. De forma complementar, os países que adotam o *judge made law* são informados pela *doctrine of binding precedent*, definitivamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*¹, quando a *House of Lords*² ratificou o efeito auto-vinculante de suas próprias decisões, renunciando formalmente ao poder de superá-las. Todavia, em 1966, a Corte sabiamente anunciou que seus juízes poderiam se afastar de anteriores posicionamentos quando entendessem necessário (SOUZA, 2008, p. 63).

A análise do desenvolvimento das teorias supracitadas revela que houve certa resistência em condicionar a Corte Suprema, de forma vinculante, às suas decisões pretéritas. De fato, o efeito auto-vinculante só foi reconhecido depois de firmada a eficácia frente às cortes inferiores. Essa questão merece menção devido a uma curiosa situação do ordenamento pátrio: o fato da súmula simples de um tribunal ser obrigatória para o próprio tribunal, mas não o ser para os juízes de primeiro grau a ele *vinculado*. Realmente,

-
1. Para facilitar o trabalho com precedente, existe regramento específico para nomenclatura dos casos, tanto no Direito inglês, como no norte-americano. Em ambos, a regra geral é: nome autor em primeiro lugar *versus* nome do réu. No entanto, havendo recurso por parte do réu, em geral, seu nome passa a iniciar a nomenclatura (SOUZA, 2008, p. 118).
 2. Corte máxima da organização judiciária da Grã-Bretanha, (“competindo-lhe julgar, em caráter final, as ações oriundas da Inglaterra, de Gales, da Escócia e da Irlanda do Norte”) constitui um órgão do Parlamento – razão pela qual, por meio do *Constitutional Reform Act*. de 2005, criou-se uma nova suprema corte, com funcionamento previsto para outubro de 2009, com vista ao estabelecimento de um judiciário independente (PERRONE, 2008, p. 30).

neste ponto, o sistema brasileiro vem se desenvolvendo, contraditória e esdruxulamente, de forma oposta a tendência seguida no *common law*.

É de notar, a despeito das peculiaridades de cada ordenamento que adota o *judge made law*, a existência, *segundo entendimento convencional*, de inúmeros traços comuns, oriundos do Direito inglês, berço desta família jurídica. Dentre eles, há de destacar a primazia conferida à jurisprudência, atribuindo-se às decisões judiciais o papel de principal fonte normativa, com efeitos vinculantes e gerais; a função secundária da lei; e o predomínio do raciocínio indutivo na metodologia de associação e distinção entre casos (PERRONE, 2008, p. 12).

Registre-se, no entanto, que mesmo no âmbito de similitude entre os integrantes do *common law*, as diferenças são relevantes e merecem menção, basta analisarmos o papel dos precedentes nos Direitos inglês e norte-americano.

De fato, nos E.U.A, o precedente é “bem mais flexível, mais pragmático e menos conservador que no Direito inglês” (SOUZA, 2008, p. 90). O sistema norte-americano é muito menos resistente às mutações jurisprudenciais, com vista a compatibilizar as decisões às novas situações sociais, políticas, econômicas ou mesmo culturais. Isto é completamente justificável pela quantidade bem maior de casos levados a juízo, além de que a organização judiciária (um sistema federal ao lado de dezenas de sistemas estaduais) enseja comumente a formação de precedentes contraditórios – o que acaba por expandir o leque de escolha dos juizes, os quais poderão optar pelo precedente mais adequado. Além disso, em virtude da maior dinâmica social e econômica daquele país, associada ao papel mais preponderante do Direito Constitucional (eminentemente político e, por conseguinte, caracterizado por uma interpretação mais flexível), torna-se mais difícil e tormentosa a adoção estrita da teoria do *stare decisis* (SOUZA, 2008, p. 92).

De forma paralela às diferenciações que foram se formando, justamente, nos elementos comuns de certos sistemas pertencentes ao Direito casuístico, levando alguns a uma certa aproximação ao *civil law* (como é o caso dos E.U.A, no qual a Louisiana já integra esta família), verifica-se, progressivamente, uma fortificação do papel da jurisprudência como fonte do Direito em países de tradição romanística, como o Brasil.

Assim, tudo conspira para o surgimento de uma nova fase do Direito, em âmbito mundial, reduzindo-se ou, até mesmo, eliminando-se o enquadramento dos ordenamentos em famílias jurídicas. Ora, salta aos olhos a importância que a jurisprudência vem assumindo no *civil law*, ao mesmo

tempo em que é inquestionável o crescimento da legislação nos países que adotam o *judge made law*. Enquanto, na Inglaterra, a supremacia do Parlamento³, o triunfo dos ideais democráticos, a concepção do Estado de bem-estar social e o ingresso da nação na Comunidade Européia conduzem à expansão do Direito legislativo, em países como o Brasil, a incorporação do modelo constitucionalista norte-americano vem realçando o papel da jurisprudência no desenvolvimento do Direito Constitucional (PERRONE, 2008, p. 37).

Miguel Reale (REALE, 1991, p. 153) chega a afirmar que cresce, dia a dia, no *common law*, a influência do processo legislativo, impondo-se, progressivamente, o *primado da lei* como forma de disciplina superior das relações sociais. A questão é tal monta que a publicação oficial britânica *The English Legal System*, já em sua edição de 1972, chegou a dizer que, desde o momento da afirmação da supremacia do Parlamento, as leis tornaram-se obrigatórias, com *precedência* sobre todas as demais fontes do Direito (GALLO, 1991, p. 31). Em verdade, hoje em dia, é raro algum aspecto da vida que não tenha sido afetado pela legislação inglesa.

Paulatinamente, como a outra face desse mesmo processo, no *civil law*, verifica-se “a retomada e o desenvolvimento de teorias hermenêuticas que colocaram em relevo o papel das decisões judiciais”, afirmando que “o Direito só se define à luz do caso concreto”. Além disso, “a idéia de supremacia da constituição e da necessidade de preservar sua força normativa justificaram a atribuição de efeitos gerais e vinculantes às decisões sobre matéria constitucional”. Por último, o excessivo volume de casos levados ao Judiciário, associado à necessidade de conferir uniformidade e credibilidade aos julgados, ensejou o reconhecimento de uma eficácia mais do que persuasiva à jurisprudência consolidada em certas matérias, de forma a aprimorar a administração da justiça (PERRONE, 2008, p. 52).

Como era de esperar, o Brasil não ficou alheio a este processo. Desde a origem de seu ordenamento jurídico, recebeu influências tanto do *civil law* como do *common law*. Do primeiro, recepcionou, em decorrência da

3. Esse princípio, adotado pelo Direito inglês, não encontra correspondência no sistema americano, por se mostrar inconsistente com a separação de poderes prevista em sua constituição escrita e, em decorrência, com o federalismo e com o *judicial review*. Segundo ele, o Parlamento (Rainha, Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns) tem poder de “produzir ou revogar normas que serão obrigatoriamente observadas por todos, inexistindo qualquer órgão ou poder que possa, à luz da constituição inglesa, afastar a sua aplicação”. Registre-se que há fortes presságios acerca do desenvolvimento de *judicial review* de leis na Inglaterra, numa ruptura com a anterior tradição (PERRONE, 2008).

colonização portuguesa, o sistema romanístico, adotando a idéia da lei como a principal fonte do Direito. Ao mesmo tempo, numa típica aproximação ao *judge made law*, incorporou os assentos portugueses⁴, verdadeiros antecedentes históricos dos antigos prejulgados e das atuais súmulas (TUCCI, 2004). De outro lado, ao adotar, a partir da Constituição de 1891, o controle difuso de constitucionalidade, sob profunda influência norte-americana, levou a uma relevante fortificação de seu direito casuístico (SOUZA, 2008). Isso sem contar a introdução, pela emenda constitucional n. 16/1965, da fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis, a qual, a despeito da inspiração européia, representa significativa valorização da jurisprudência, em virtude da força vinculante e geral de seus julgados.

Foi, contudo, com a Constituição Federal de 1988 que a jurisprudência deu um grande e significativo salto. Foram inúmeras as razões, conforme ensina Patrícia Perrone, *in verbis*:

[...] a) a redemocratização do país, b) a amplitude da pretensão normativa de seu texto, c) a nova hermenêutica constitucional e d) a inovação dos instrumentos de *judicial review*. Assim, primeiramente, a Constituição representou a restauração do Estado democrático e operou um reequilíbrio entre os Poderes da República, fortalecendo a autonomia e a independência do judiciário e, com isso, **criando condições adequadas para o desenvolvimento judicial do Direito.**

Simultaneamente, em virtude de sua estrutura analítica, a nova Carta constitucionalizou diversas matérias e contemplou, em seu texto, um grande rol de direitos fundamentais, os quais, sob os influxos das teorias pós-positivistas antes referidas, permitiram a afirmação aqui das idéias: a) de normatividade dos princípios; b) de solução de antinomias, através da técnica de ponderação de valores e do princípio da razoabilidade; c) de recurso à argumentação; e d) do reconhecimento da eficácia irradiante da Constituição sobre o ordenamento, ensejando uma releitura do conteúdo das normas infraconstitucionais dos mais variados ramos, à luz de seus valores, **e conferindo função essencial à jurisprudência em tal tarefa.**

4. “Enunciados judiciais com caráter normativo que se prestavam a dirimir dúvidas sobre a interpretação de normas e a conferir-lhe uniformidade, e que perduraram até a República [...]” (PERRONE, 2008, p. 55). Foram implantados no ordenamento jurídico pátrio, com força de lei, pelo Decreto n. 2.684 de 1875, sendo obrigatórios até que fossem derogados pelo legislativo. Culminando num funcionamento autoritário da elaboração da lei, deram lugar, durante o período republicano, ao recurso extraordinário, inspirado no modelo norte-americano, tendo por escopo a preservação da autoridade e da uniformidade da interpretação da Constituição e das leis federais, pelo Supremo Tribunal Federal (TUCCI, 2004, p. 234).

Verificou-se, ademais, com a promulgação da nova Carta, a ampliação dos precedentes constitucionais com efeitos vinculantes e gerais, quer em virtude da extensão dos legitimados para promover o controle concentrado, antes restrito ao Procurador-Geral da República, quer por conta da efetiva introdução no ordenamento brasileiro de novos instrumentos com tal eficácia, inclusive através de emendas constitucionais e da legislação infraconstitucional. Paralelamente, algumas leis ordinárias conferiram, ainda, efeitos impositivos mais brandos, para além do caso concreto, à jurisprudência do STF e dos tribunais, e às súmulas (PERRONE, 2008, p. 56, grifos nossos).

É inegável, portanto, o papel desempenhado pelo precedente judicial no ordenamento pátrio, merecendo menção suas principais manifestações, as quais, diga-se de passagem, não são poucas. Destacam-se: a) a súmula vinculante em matéria constitucional (art. 103-A, da CF/88, e a Lei Federal n. 11417/06); b) a presunção de “repercussão geral”, necessária ao conhecimento do recurso extraordinário, quando o acórdão contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF (art. 543-A, § 3º, do CPC, introduzido pela Lei n. 11418/06); c) a possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, do CPC); d) a previsão de que, em questões que ensejem multiplicidade de recursos extraordinários iguais, a orientação firmada pelo STF sobre a matéria, em um caso paradigma, abrirá para o tribunal de origem a possibilidade de julgar os apelos, objeto de outros recursos extraordinários que ali se encontrem, em consonância com o posicionamento firmado na Corte Suprema, sob pena de tê-las casadas ou reformadas liminarmente (art. 543-B, § 3º, do CPC, introduzido pela Lei n. 11.418/06); e) a determinação de que as decisões proferidas contra a Fazenda Pública produzirão efeitos, independentemente do duplo grau de jurisdição, quando estiverem de acordo com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste ou do tribunal superior competente (art. 475, § 3º, do CPC, introduzido pela Lei n. 10.232/01); f) os recursos que têm por escopo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, a exemplo do recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, da CF/88) e dos embargos de divergência (art. 546, do CPC); g) os institutos de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479, do CPC); h) a atribuição de poderes ao relator para inadmitir recursos em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, bem como para dar provimento àqueles em consonância com entendimentos prevaletentes no STF ou em tribunais superiores (art. 557, caput, e § 1º, do CPC, incluídos pela Lei n. 9.756/98); i) a dispensa do dever de submeter a arguição incidental de inconstitucionalidade ao plenário, quando já houver pronunciamento do STF ou do próprio tribunal sobre a matéria

(art. 481, § único, do CPC, com redação dada pela Lei n. 9.756/98); j) a possibilidade de desconstituição da coisa julgada, caso o título judicial esteja fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, ou se baseie em interpretação tida por ele como incompatível com a Constituição Federal (art. 475-L, inciso II, e § 1º, e art. 741, § único, ambos do CPC – introduzidos pela Lei 11.232/05).

A análise de todos esses institutos, alguns dos quais chegam a conferir força de lei a certos comandos jurisprudenciais, ao atribuir-lhes eficácia vinculante e *erga omnes*, torna imperativa o desenvolvimento de estudos sobre a teoria dos precedentes no *common law*, com vistas a definição de critérios, que, adequados às peculiaridades nacionais, facilite a aplicação e interpretação da jurisprudência como fonte do Direito.

3. CONCEITO DE PRECEDENTE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Inicialmente, é importante ressaltar que o termo “precedente” não guarda exata correspondência com “jurisprudência”, pois esta, segundo José Guilherme de Souza (SOUZA, 1991, p. 30), possui, pelo menos, cinco sentidos, quais sejam: a) em sentido amplo, abarcaria toda a ciência do Direito, “independentemente de que sua elaboração tenha sido feita por juriconsultos ou por magistrados; b) etimologicamente (*juris + prudentia*), consiste no “conjunto das manifestações dos juriconsultos, diante de problemas jurídicos concretos levados ao seu conhecimento”, englobando o que se conhece por “pareceres”; c) “um terceiro significado envolve o aspecto da doutrina jurídica, em caráter geral ou específico, sem a preocupação de solucionar problemas concretos”; d) pode, ainda, ser designada como o “conjunto de decisões do Poder Judiciário sobre as causas a ele sujeitas *in concreto*”; e) por fim, “diz-se jurisprudência o conjunto de decisões do poder judiciário, referente a determinado assunto, **num sentido uniforme e reiterado**” e, neste sentido, guarda maior aproximação com o precedente judicial.

Há, ainda, consoante ensinamento de Maria Helena Diniz (DINIZ, p. 290, *apud* VIGLIAR, p. 60), outro sentido para “jurisprudência” que a define como o “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. **É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional**”. Esta última acepção guarda fortes semelhanças com o conceito de precedente judicial, como será esclarecido, e será adotada neste trabalho.

Pois bem, precedente judicial, nas palavras do Prof. Fredie Didier (DIDIER, 2009, p. 381), “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. “O alcance dele somente será depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores”. Desta forma, “o precedente nasce como uma regra de um caso concreto e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos” (TUCCI, 2004, p. 11).

Segundo Karl Larenz (LARENZ, 1991, p. 611), os precedentes são resoluções paradigmáticas em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal em outro caso. Assim, para ele, “vale como precedente não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, **no quadro da fundamentação da sentença**, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora”.

Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci (TUCCI, 2004, p. 12) esclarece que “todo precedente é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentando na motivação (*ratio decidendi*)⁵ do provimento decisório. É, justamente, essa segunda parte do precedente que poderá vincular ou persuadir o órgão jurisdicional que tiver de julgar uma causa semelhante àquela da qual se extraiu o comando jurisprudencial.

Mas se entendermos o precedente como a decisão judicial de um determinado caso concreto, cujo núcleo influenciará no julgamento de questões similares, então basta uma simples decisão judicial anterior para que a tese jurídica dela extraída opere seus efeitos sobre demandas análogas? Se a análise recair sobre os adeptos da *Stare decisis*, a resposta será afirmativa. Ali, em regra, basta *uma* decisão em certo sentido para que os órgãos judicantes hierarquicamente inferiores (e a própria Corte que proferiu o comando normativo) sofram a eficácia do quanto decidido anteriormente. No entanto, no Brasil e no *civil law* em geral, a eficácia de um posicionamento judicial anterior, em regra, só funcionará como precedente se reiterado e uniforme ao longo do tempo, sendo insuficiente apenas *uma* decisão para a produção de qualquer efeito, desde os vinculantes até os meramente persuasivos.

5. São, em suma, as teses jurídicas, contidas na fundamentação, que influenciam no julgamento de casos semelhantes.

Por conta disso, alguns estudiosos, a exemplo de Marcelo Alves Dias de Souza (SOUZA, 2004, p. 177) e Lenio Luiz Streck (STRECK, 2008, p. 164), sugerem duas acepções para o termo precedente judicial. Em sentido amplo, seria qualquer decisão ou conjunto de decisões (reiteradas e uniformes), cujo núcleo essencial poderá servir de diretriz no julgamento de casos similares, enquadrando-se aí os institutos do ordenamento brasileiro citados anteriormente como manifestações da fortificação da jurisprudência no Brasil. De outro lado, em sentido estrito, segue-se a definição de precedente da *stare decisis*, para o qual uma única decisão judicial já é apta para influenciar casos similares, respeitada a organização judicial hierárquica.

Em decorrência desse entendimento, Lenio Streck, em artigo publicado para combater entendimento de Fredie Didier Jr.⁶, publicado em seu site (www.frediedidier.com.br – editorial 49), chega a afirmar que as súmulas (simples e vinculantes) não constituem precedente judicial. *In verbis*:

[...] súmula não é “precedente”. Um precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal. Por ser caso, tem nome, sobrenome e individualidade. Efetivamente, as súmulas, sejam “comuns” ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas esteja no fato de o **texto** ser diferente da **norma**. (...) Outro problema reside no fato de que a experiência das súmulas possibilita que o STF seja ao mesmo tempo criador do texto e seu aplicador/concretizador no momento em que julga as reclamações em virtude da não aplicação do texto sumular pelos tribunais inferiores (...) O precedente possui um *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na constituição, nem na lei e, sim, na tradição. Para a vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre se deve examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*⁷. (...) Dos traços gerais que foram colacionados acima, a SV apresenta profundas *dessemelhanças* com os precedentes: 1º) O efeito vinculante está presente em um texto normativo (art. 102, § 2º; art. 103-A, CF); 2º) A instituição do efeito vinculante tem como finalidade “barrar” novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); 3º) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata, infligindo área de competência do legislador (art. 5º, II, da CF). Este último fator demonstra

-
6. No editorial n. 49, o Prof. Fredie Didier traz inúmeras críticas à técnica de elaboração dos precedentes, a partir da análise do enunciado n. 11 da súmula vinculante do STF.
 7. Argumentos secundários presentes na fundamentação da decisão, sem os quais o comando decisivo se manteria completamente.

a *incompatibilidade “genética”* entre a regra do precedente e o sistema romano-germânico, visto que sempre a súmula ou decisão revestida de efeito vinculante será dotada de generalidade e abstração própria de leis (DIDIER, 2008, p. 164).

Ora, distinguir precedente *lato sensu* de precedente *stricto sensu* é até aceitável, com o fim didático de diferenciar os institutos representantes da primazia da jurisprudência no Brasil dos precedentes nos termos da *stare decisis*. O que não se concebe é a utilização dessa diferenciação, ressalte-se, sem nenhum efeito prático de monta, para negar a aplicação de certas técnicas da teoria do precedente do *common law* a institutos como a súmula, a qual, com todo respeito a entendimento contrário, é, inequivocamente, precedente judicial à luz do sistema jurídico brasileiro.

De fato, não se discute que o que consideramos precedente, a exemplo das súmulas, não se encaixa completamente no conceito da *stare decisis* (precedente *stricto sensu*, como querem os doutrinadores supracitados). Isso já era de se esperar, tendo em vista as peculiaridades jurídicas nacionais, com raízes assentadas no sistema romano. Essas diferenças, entretanto, não desnaturam a natureza de precedente de tais institutos, pois, até mesmo o conceito deste deve ser adequado às realidades de cada país, sob pena de persistirmos na separação utópica dos sistemas jurídicos em famílias estanques e continuarmos negando o indiscutível papel da jurisprudência em todos os ordenamentos, sem exceções.

Neste mister, o fato de a eficácia das súmulas decorrerem de dispositivo de lei (ou, no caso das vinculantes, da própria Constituição), enquanto os precedentes do *judge made law* se firmam pela tradição, é plenamente aceitável em um país que, pautado no *civil law*, acaba por querer transformar em “lei” o próprio Direito Judicial. É uma consequência lógica de anos de primazia da norma legislativa sobre qualquer outra fonte do Direito. Ademais, o fato de a súmula ser um comando geral e abstrato, e não um caso concreto servindo de inspiração à solução de outros análogos, não retira sua natureza de precedente, como quer Lenio Streck, pois o enunciado da súmula representa o comando normativo *extraído da jurisprudência reiterada e uniforme sobre certa matéria*. Assim, enquanto no *common law*, se comparam casos para daí extrair o comando jurisprudencial, no caso das súmulas, tentou-se, talvez, simplificar esta atividade, fornecendo, de logo, a regra oriunda das decisões pretéritas, devendo o intérprete analisar seu cabimento no caso *sub judice*. Resta, portanto, indubitoso o caráter de precedente das súmulas.

De mais a mais, todos os institutos acima citados como expressões do crescimento da jurisprudência no Brasil devem ser considerados preceden-

tes, a luz do sistema jurídico pátrio, para o qual, precedente judicial deve ser entendido como “resoluções paradigmáticas” em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal em outros casos análogos (LARENZ, 1991, p. 611). Agrega-se a esse conceito que a tese jurídica poderá ser extraída, de forma indutiva, das decisões pretéritas reiteradas e uniformes sobre a matéria, ou a solução do caso *sub judice* pode resultar da aplicação, por dedução, de enunciados normativos proferidos pelo tribunal, como é o caso da súmula. Por fim, qualquer instituto, representativo de força vinculante de comandos jurisprudenciais, enquadra-se como precedente judicial no ordenamento brasileiro, sendo-lhe aplicáveis, de forma adaptada, por óbvio, algumas técnicas da *stare decisis*.

4. A CRIATIVIDADE DO DIREITO JUDICIAL E O PAPEL DE FONTE DO DIREITO ASSUMIDO PELA JURISPRUDÊNCIA

“Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do Direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?” (LORD RADCLIFFE *apud* CAPPELLETTI, 1999, p. 25).

De fato, salta aos olhos, pelos motivos abaixo expostos, o papel criativo da jurisprudência tanto no *civil law* quanto no *common law*, pois nem precedentes nem leis são capazes de vincular de *maneira absoluta* o intérprete, já que “sempre existirá a possibilidade de ‘distinguir’ em relação os primeiros, ou de ‘argumentar a contrario’, mais do que ‘por analogia’, em face do Direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado”. Assim, conforme aduz Mauro Cappelletti, o problema não está na possibilidade de criação do Direito pelo juiz e, por conseguinte, na existência de um Direito Judicial, mas sim no grau dessa criatividade e nos seus modos, limites e aceitabilidade (CAPPELLETTI, 1999, p. 25).

O autor italiano traz o panorama histórico de desenvolvimento deste Direito, aduzindo, que, paradoxalmente, foi justamente na época do auge expansionista do direito legislativo (em especial no século XX) – verificado tanto no *judge made law* quanto nos países de tradição romanística – que se verificou a fortificação da função criativa da jurisprudência. Em verdade, o crescimento do primeiro fenômeno, “impressionantemente”, constituiu causa do segundo. Isso porque “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, num sistema democrático de ‘checks and balances’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno” (CAPPELLETTI, 1999, p. 19).

Neste mister, a despeito da função criativa da jurisprudência sempre ter existido, em todos os ordenamentos, porque inerente à própria atividade interpretativa, é inquestionável que sua intensificação constitui típico fenômeno dos séculos XX e XXI. Atribua-se isso, em especial, à consolidação do estado social (*welfare state*), pautado numa legislação, frequentemente, limitada a estabelecer finalidades e princípios gerais (normas abertas), ampliando o espaço para um maior “grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado para a discricionariedade nas decisões judiciais” (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

Este estado, pouco a pouco, foi vindo cair por terra sua utopia de se erigir em um “instrumento onipotente de progresso social”, na medida em que as confusões legislativas foram levando a um descrédito nos parlamentos – o que fez nascer, paralelamente, um estado administrativo não menos forte, mas também não menos problemático, tendo em vista a excessiva burocracia e opressões autoritárias. Tudo isso, naturalmente, impôs ao Judiciário muito mais funções e responsabilidades, fazendo surgir, sobretudo no período posterior à Segunda Guerra Mundial, o controle abstrato de constitucionalidade das leis, como parte de uma **jurisdição constitucional**.

Neste novo cenário, nas palavras de Fredie Didier:

[...] a atividade criativa do Direito se mostra cada vez mais presente, sobretudo em razão dos atuais contornos da função jurisdicional, que vem exigindo do magistrado não apenas a tarefa de aplicação da lei, mediante o vetusto método de subsunção normativa, como também, e principalmente, a tarefa de **adequação constitucional** do caso concreto. **Muito mais do que aplicar a lei, cumpre ao magistrado criar uma norma jurídica que fundamente e dê validade à sua conclusão**. Essa criação se faz a partir da análise do caso concreto **sob a perspectiva constitucional**, sobretudo à luz dos direitos fundamentais (DIDIER, 2009, p. 386, grifos nossos).

Some-se a isso a expansão da influência que as decisões judiciais pretéritas vêm assumindo no julgamento de casos análogos posteriores, mesmo nos países do *civil law*, como explanado no tópico 2. Ora, se a decisão judicial, além de criar a norma individual do caso concreto, pode conter, em sua fundamentação, uma norma geral, apta a produzir efeitos em outros julgamentos, similares e posteriores, torna-se ainda mais incontroverso o papel criativo dos precedentes e, por conseguinte, o enquadramento da jurisprudência como fonte do Direito.

Neste sentido vem se posicionando, majoritariamente, a doutrina pátria. José Rogério Cruz e Tucci (TUCCI, 2004, p. 18) preceitua que “os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*), com incidência muito mais ampla do que se imagina”. De igual modo dispõe Lenio Luiz Streck (STRECK, 1998, p. 86), segundo o qual “é indubitoso que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de norma jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas”. José Guilherme de Souza (SOUZA, 1991, p. 37) chega a afirmar que “existe um consenso, cada vez mais sedimentado, no sentido de admitir-se que a jurisprudência é fonte do Direito”.

No entanto, apesar de majoritária, a corrente supracitada guarda, ainda, não se entende por que nem para que, opositores. É o caso de Tércio Sampaio Jr., para o qual:

[...] a **jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do Direito.** No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um **caso especial de costume.** Restariam, talvez, como exemplo de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem, sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltada não tanto à regulação de conflitos, mas a uma verdadeira proteção ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na equidade (FERRAZ JÚNIOR, 2004, grifos nossos).

Verifica-se, no entanto, que mesmo os opositores já estão tendendo ao reconhecimento do direito judicial criativo. É o que se extrai da própria citação acima, na qual o autor já começa a aceitar tal tese, ao menos no âmbito do direito do trabalho. Insta salientar ser totalmente normal, apesar de um pouco atrasada, a resistência à aceitação deste fato, tendo em vista que a questão envolve aspecto ainda mais polêmico, referente mesmo ao que se entende por “direito”. É o que se depura a partir da análise dos posicionamentos das diferentes correntes jurídico-filosóficas, as quais, variando no “conceito” do direito, oscilam no que toca à problemática em debate.

Consoante ensina Marcelo Alves Dias de Souza (SOUZA, 2008, p. 22), os jusnaturalistas, sobretudo os mais “puristas”, dão ao precedente o papel de mero revelador do Direito, por entenderem que as decisões judiciais apenas declaram aquilo “que é”, ou seja, são meros reflexos do Direito natural preexistente. De outro lado, a escola histórica, não concebendo a idéia de um direito “pronto e acabado”, entende caber ao juiz, “ao interpretar a norma jurídica, conformá-la às necessidades da época e do lugar” (SOUZA, 2008,

p. 28). Dessa forma, para os historicistas, o precedente tem, sim, atributos constitutivos, ocupando, ao lado da lei e dos costumes, a posição de fonte do Direito, segundo Savigny (SAVIGNY apud TUCCI, 2004). De igual modo se posiciona a escola sociológica americana, afirmando ser o direito formado, inclusive, pelas normas produzidas pelo Judiciário ao decidir um caso concreto. Assim também os realistas, para os quais “os juízes tomam suas decisões de acordo com suas próprias preferências políticas ou morais”, escolhendo “uma regra jurídica apropriada como uma racionalização” e, desta maneira, sendo muito mais experiência do que lógica, o direito vai sendo criado nos tribunais (DWORKING, 2002, p. 6). Por fim, os positivistas, os quais não são assentes quanto à matéria. Enquanto a escola de exegese tinha o código como a única fonte do Direito, Kelsen (KELSEN, 1991, p. 255) aduzia que “uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório”, de forma que “a descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo”.

Sucintamente exposta a evolução do direito judicial, sua consequente função criativa, largamente admitida neste ensaio, e os posicionamentos das escolas jurídico-filosóficas sobre a questão, torna-se imprescindível analisar os argumentos das duas teorias estruturadas em torno da matéria: **teorias declarativa e constitutiva**. Desde já, como consectário lógico de tudo o quanto acima defendido, as ideias justificadoras da tese declarativa serão expostas e imediatamente rebatidas, tendo em vista a maior inteligência da já dominante “tese criacionista”.

A teoria declarativa é ainda adotada por autores ingleses de renome, como James Coolidge Carter (SESMA, 1995, p. 28, *apud* SOUZA, 2008, p. 43), além de ser acolhida em alguns posicionamentos jurisprudenciais. No entanto, mesmo na Inglaterra, na *Hord of Lords*, tem se afirmado, com moderação, em virtude do ainda vigente princípio da supremacia do parlamento, a tese constitutiva (SOUZA, 2008, p. 45). Sesma traz um exemplo bastante elucidativo do entendimento declarativo, *in verbis*:

Os tribunais da mais alta autoridade em todos os Estados dos Estados Unidos estão, esporadicamente, obrigados a mudar suas regras sobre questões da maior importância. Ao fazerem isso, não significa que o Direito mudou, mas, sim, que o tribunal estava equivocado na sua primeira decisão, e **que o Direito é, e na realidade sempre foi, como foi exposto na última decisão sobre a matéria. Não se pode dizer que os membros do Poder Judiciário fazem ou mudam o Direito**. Eles simplesmente o expõem e aplicam aos casos individuais (Caso Ray v. Western Pennsylvania Gas Co., 1981) (grifos nossos).

Verifica-se, assim, que, para os declaratistas, o direito preexiste à decisão judicial, a qual apenas serve para revelá-lo diante do julgamento de uma demanda concreta. É algo muito próximo ao ideário jusnaturalista, pautado na existência de um direito “pronto e acabado”. Assim, se os órgãos judicantes mudam o entendimento sobre dada questão, não significa que o direito inovou-se, mas, sim, que os tribunais passaram a declará-lo como realmente é, e sempre foi. Creio que a tese declarativa peca, neste ponto, por confundir a inegável plenitude do sistema jurídico com a crença utópica na existência de um direito “pronto e acabado”.

Ora, não se questiona que a solução para todas as questões jurídicas encontram-se no próprio sistema. Isso, no entanto, não quer dizer ser “impossível agregarem-se, paulatinamente, novas normas ou criar-se novo Direito” – o que seria, sem exageros, olvidar a própria realidade. Afinal, como negar o papel criativo do juiz diante de decisões normatizadoras de situação ainda não legislada?! De fato, crescem, progressivamente, os casos em que a jurisprudência se antecede ao legislador, criando novas normas, extraídas, não se nega, do próprio sistema jurídico, mas que constituem direito novo e, ressalte-se, de origem judicial⁸ (SOUZA, 2008, p. 49).

Os juízes criam Direito. Merecem explanação, no entanto, as justificativas da teoria declarativa, as quais giram, principalmente, em torno de aspectos constitucionais, guardando inegável plausibilidade. Mcleod, com base no direito inglês, sintetiza a temática:

O problema é antes tudo de ordem constitucional. Primeiro (...) a doutrina da separação de poderes, que sugere que as funções legislativa, judiciária e executiva do Estado devem ser exercidas por órgãos ou poderes distintos. Conseqüentemente, se os tribunais criam Direito, há uma clara ofensa à doutrina. Em segundo lugar, a operação retroativa da doutrina do precedente (...) parece ser um a ofensa à rule of law, já que as pessoas não podem saber, com antecedência, as conseqüências legais de suas condutas. Um argumento constitucional final simples: Se as decisões judiciais são Direito, por que apenas algumas cortes, que estejam em determinada posição hierárquica em relação às cortes de onde emanaram a decisão, estão obrigadas por essas decisões? Em outras palavras, se uma decisão anterior contém o Direito, os tribunais que não são obrigados pela decisão estão sendo colocados acima do Direito (MCLEOD, 1996, p. 133, *apud* SOUZA, 2008, p. 46).

8. Fato largamente verificado no âmbito do direito de família, no Brasil, só para citar um exemplo. Neste ramo, quando ainda vigorava o defasado CC/16, as decisões judiciais supriam suas as lacunas e superavam seus atrasos, até que a CF/88 e, depois, o CC/02 transformou em lei o direito criado nos tribunais.

Apesar da plausibilidade, toda essa argumentação é facilmente rebatível. Vejamos.

Primeiro, mesmo na França, berço da doutrina da separação de poderes, a concepção rígida desse ideário vem, progressivamente, cedendo espaço para o sistema de controles recíprocos (*checks and balances*), no qual “o ‘crescimento do judiciário’ é obviamente o ingrediente necessário”. Ora, “o ideal da estrita separação teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”, e um “legislativo totalmente não controlado”, acompanhado de um executivo praticamente em iguais condições, pelos menos até o surgimento da justiça administrativa (CAPPELLETTI, 1999, p. 53). Por todas essas razões, é cada vez mais constante, “mesmo em nosso constitucionalismo, o exercício, por um dos poderes do Estado, de função típica de outros” (como é o caso da criatividade, “com contornos legislativos”, da função judicante), invalidando qualquer assertiva que venha a sugerir suposta inconstitucionalidade na existência de um Direito Judicial, com fundamento na ofensa à estrita separação dos poderes, desde que respeitados os devidos graus e limites na criação judicial do Direito. Isso porque as “orgias jurisprudências” são tão perigosas quanto as legislativas, sendo, por óbvio, combatidas neste trabalho (SOUZA, 2008, p. 48).

Segundo, o fato de o novo entendimento jurisprudencial se aplicar, normalmente, de forma retroativa, violando os valores de certeza e previsibilidade, é decorrência da própria ficção declarativa de que a nova decisão *diz* o que o direito sempre foi. Assim, é na teoria declarativa que a eficácia retroativa se respalda, de forma que, superada aquela, enfraquecida encontra-se esta. Isso sem contar que, a despeito da ofensa à previsibilidade e certeza, existe, no direito judicial, “o benefício de se dar maior peso à equidade e à justiça do caso concreto” (CAPPELLETTI, 1999, p. 85). Ademais, a retroatividade não é um dogma insuperável e, em verdade, raramente há uma mutação jurisprudencial sem prévio aviso, falando-se, mesmo, em uma técnica de sinalização. Por último, apesar de dominante no direito inglês e norte-americano, neste último, não se nega a possibilidade de atribuição de eficácia prospectiva (apenas para o futuro) aos novos entendimentos das cortes-estaduais, relativizando a eficácia retroativa de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto e, assim, enfraquecendo, ainda mais, o presente argumento declaratista (PERRONE, 2008).

Marcelo Alves Dias de Souza aduz ser o terceiro argumento (segundo o qual o precedente judicial não pode ser considerado Direito, por ser comum os casos que obrigam tribunais inferiores, mas não obrigam os

superiores, de tal forma que estes últimos estariam acima do direito) o de maior peso, porém igualmente superável. Sua explanação dispensa acréscimos, *in verbis*:

[...] é algo que decorre da própria natureza das coisas: a hierarquia dos tribunais é fundamental para o funcionamento da teoria do *stare decisis*, assim como a hierarquia das normas legais, com a supremacia da Constituição, é fundamental para o funcionamento do ordenamento jurídico de qualquer país. Ademais, o fato de uma norma ser aplicável aqui, mas não alhures, é fenômeno que se dá, também excepcionalmente, com a lei. Basta ver, como simples exemplos, as imunidades diplomáticas, as parlamentares ou as imunidades e isenções tributárias. Basta ver determinadas prerrogativas que certos agentes públicos detêm. São distinções que, se não decorrem da própria natureza das coisas, fizeram parte do juízo de conveniência para com funcionamento do sistema jurídico político como um todo (SOUZA, 2008, p. 49).

Os argumentos declarativistas não param por aí. Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 1999, p. 91) afirma que, provavelmente, a maior limitação à criatividade judiciária seria sua alegada “*falta de legitimidade democrática*”, lastreada no suposto “*caráter não-majoritário*”. Ora, “há muitos casos em que as decisões políticas do governo (...) refletem o sentimento da maioria ou dela decorrem, mas isto não é verdade em muitos casos”. Some-se a isso o fato do próprio judiciário não ser completamente desprovido de representatividade, decorrendo da obrigação constitucional de fundamentação dos julgados (existente no Brasil e na Itália, por exemplo), um “*grau de ‘exposição’ ao público e controle por parte da coletividade que o legitima*”. Isso sem contar que “os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema”, permitindo o acesso ao *judicial process* e, assim, dando proteção a grupos marginais que “não estariam em condições de obter o acesso pelo *political process*”. Por fim, assim arremata Cappelletti, *in verbis*:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros controles de poder não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas (CAPPELLETTI, 1999, p. 107).

Neste mister, em virtude da função judicante constranger seus exercentes a se debruçarem sobre a realidade, na decisão de “casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos e problemas atuais da vida”, a “produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais”, desde que respeitados os limites do sistema de freios e contrapesos, frise-se novamente (CAPPELLETTI, 1999, p. 105).

5. CONCLUSÃO

Neste mister, vencidas todas as justificativas lastreadoras da tese declarativa, só resta consagrar a já majoritária teoria constitutiva, pela obviedade, largamente demonstrada, da criação judicial do direito e conseqüente enquadramento da jurisprudência como uma de suas principais fontes. Espera-se que os juristas brasileiros reconheçam essa obviedade e aprimorem a construção de uma técnica de operação com os precedentes brasileiros, pois a atual forma de elaboração dos enunciados sumulares, só para citar um exemplo, clama por retificações.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: RT, 2004.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. V. 2. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodivm, 2008.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito.** São Paulo: Atlas, 2004.
- GALLO, Antônio Felipe A. **A lei como fonte principal do Direito inglês nos dias de hoje.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991, vol. 673.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** Trad. Port. José Lamengo. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1997.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1991.
- SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do Direito.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência. Segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.