

Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito

André Luiz ARNT RAMOS*
Eroulths CORTIANO JUNIOR**

RESUMO: O direito civil brasileiro contemporâneo vive momento de holística metamorfose, capitaneada por duas mudanças qualitativas contíguas: a passagem dos modelos de Estado de Direito para o de Estado Constitucional – que implica, entre outras viragens, a releitura das relações entre legislação e jurisdição – e de cortes superiores para o de cortes supremas – que desta releitura é consequência. Não mais se confia num legislador idealizado, ao tempo em que a desconfiança em relação ao judiciário rui diante da assimilação, pela comunidade jurídica, da distinção entre texto e norma e, conseqüentemente, da impossibilidade de o juiz se restringir à enunciação da exata interpretação da lei. Este tempo de instabilidades põe em questão o sentido atribuído à segurança jurídica, que, cada vez mais, extrapola os limites de sua dimensão formal (confinada na coincidência entre texto e norma, no qual toma o sentido de pré-determinação de soluções jurídicas), para se afirmar como *valor material* (cingida na controlabilidade semântico-argumentativa das razões invocadas para a resolução de casos concretos, sem perder de vista os limites externos da unidade do sistema). A principal chave articuladora destas mudanças é o precedente judicial, cujo conteúdo se intenta precisar a partir da contribuição de destacados teóricos do direito, para, enfim, propor um novo ponto de partida para a civilística hodierna. O presente trabalho, então, põe em contexto o problema da segurança jurídica no trato cotidiano com cláusulas gerais, delineia soluções possíveis a partir de compreensiva leitura das viragens próprias ao contemporâneo caminhar do Direito Civil brasileiro, para, enfim, voltar-se à Teoria do Direito e delimitar aquilo que se desenha como chave para resolução do problema recortado.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica substancial; cláusula geral; precedente judicial; cortes superiores; cortes supremas.

SUMÁRIO: Introdução; 1. As cláusulas gerais e a definição de seu conteúdo: segurança jurídica?; 2. Precedente judicial e integridade: a resposta da teoria do direito, para além do positivismo jurídico; 2.1. Frederick SCHAUER: precedente como regra prescritiva haurida de generalizações enraizadas; 2.2. Cass SUNSTEIN: precedente como analogia e precursor de acordos teóricos incompletos de resultado; 2.3. Ronald DWORKIN: precedente judicial e a realização do direito como integridade; 3. Conclusão; 4. Referências bibliográficas.

ENGLISH TITLE: Legal Certainty, Judicial Precedent and Brazilian Civil Law: Jurisprudential Prospects

* Mestrando em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Bacharel em Direito pela mesma instituição, membro do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico, associado ao IBDFAM e advogado em Curitiba. Endereço de e-mail: a.arntamos@gmail.com.

** Doutor em Direito. Bolsista Sênior da CAPES. Professor da UFPR. Advogado. Endereço de e-mail: ecortiano@uol.com.br.

ABSTRACT: Contemporary Brazilian Civil Law undergoes a moment of holistic metamorphoses, driven by two qualitative and contiguous changes: the downfall of traditional Rechtsaat and the subsequent rise of contemporary constitutional state – which implies a new approach to the tensions between legislature and adjudication – and the re-apprehension of the role of supreme courts – as consequence of this approach. In this scenario, expectations are no longer directed to an idealized legislator, whilst the historical Civil Law distrust on judiciary ceases, as lawyers assimilate the cleavage between text and norm and, consequently, the unsoundness of traditional bound-decision-making. These times of change and instability call into question the sense of legal certainty, which progressively extrapolates the boundaries of its formal dimension (confined to formal legality) and reaffirms itself as a substantial axiom (proper to contemporary theories of legal argumentation). Judicial precedent hence appears as a valuable tool, whose content this work aims at scrutinizing, departing from distinct jurisprudential contributions to finally propose a new point of departure to present-day civilian scholarship. This article hence contextualizes legal certainty in dealing with general clauses as a problem, outlines possible solutions extracted by a comprehensive sketch of contemporary Brazilian Civil Law, in order to turn to Jurisprudence and shape the conceptual key that allows for the resolution of the identified problem.

KEYWORDS: Substantial legal certainty; general clause; judicial precedent; superior courts; supreme courts.

SUMMARY: Introduction; 1. Defining the content of general clauses: legal certainty?; 2. Judicial precedent and integrity: the answer of jurisprudence, beyond legal positivism; 2.1. Frederick SCHAUER: precedent as prescriptive rule extracted from entrenched generalizations; 2.2. Cass SUNSTEIN: precedent as analogy and precursor of incomplete theoretical agreements; 2.3. Ronald DWORKIN: judicial precedent and the realization of law as integrity; 3. Conclusion; 4. Bibliography.

Introdução

O direito brasileiro, ao menos a partir da promulgação da Constituição Federal, em 1988, tem perpassado as viragens próprias da ruptura do modelo de Estado de Direito e da consequente aproximação do modelo de Estado Constitucional. Assim, o vértice do ordenamento passa a se ocupar por modalidades normativas desprovidas de *fattispecie* e com conteúdo marcadamente axiológico, que refletem projeções externas (supranacionais ou intranacionais) e se irradiam, da mesma forma, para fora do direito interno; alarga-se o princípio da igualdade, sem que se despegue, o ordenamento, da centralidade do indivíduo, ora substituído pela pessoa concretamente situada; e mudam, drasticamente, as relações entre legislação e jurisdição¹.

¹ Estas viragens correspondem às diferenças identificadas por FIORAVANTI entre os modelos de Estado de Direito e de Estado Constitucional (FIORAVANTI, Maurizio. Legislação e jurisdição na Europa: a era do

Ainda que meio apaticamente, sintomas bastante eloquentes destas rupturas vêm se fazendo sentir em diversas searas, inclusive no âmbito do direito infraconstitucional legislado. Assim é que o direito civil trouxe para dentro de si cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados², na linha do que fizeram, anteriormente, o direito constitucional e os chamados microssistemas, a exemplo do estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor³. Mais que isso: senão pela crescente difusão das estratégias de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, estas normas de textura aberta têm desempenhado, em larga medida, o papel de *Einbruchstellen* dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado⁴, cada vez mais ciente de sua constitucionalização e instrumentalização ao desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana⁵.

Não obstante os avanços legislativos, ainda vistos por alguns com alarde, falta a recíproca da jurisdição, para que se possa, enfim, realizar as novas dimensões da igualdade⁶ e da segurança jurídica, além de inaugurar um novo patamar de problemas. É que, no atual momento vivenciado pelo direito brasileiro, arrostando-se, dum lado, enunciados de baixa densidade normativa, e, doutro, uma *jurisprudência* cambiante, refém da aleatoriedade de seus resultados e, portanto, inábil à realização da segurança

Estado Constitucional. Tradução de: Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Inédito, pp.3-7).

² A propósito, cf.: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *RIL*, a.25, n.139, pp.5-22, jul-set/1998, pp.6-11; e TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª Ed., atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, P.9.

³ O direito do consumidor, aliás, ao ganhar autonomia legislada, tornou-se sintomático da ruína do modelo codificado, a urgir que o estudioso, diante da reconhecida supremacia constitucional, busque, em sua axiologia, a unidade do sistema. Assim: “Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas...*, cit, p.13)

⁴ LEHNER, Moris. *Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt: Einfluss des EG-Rechts auf die nationalen Steuerrechtsordnungen*. Colônia: Verlag Otto Schmidt, 1996, p.73.

⁵ A propósito, dizia LÔBO, já em 1999: “A perspectiva da Constituição, crisol das transformações sociais, tem contribuído para a renovação dos estudos do direito civil, que se nota, de modo alvissareiro, nos trabalhos produzidos pelos civilistas da atualidade, no sentido de reconduzi-lo ao destino histórico de direito de todas as pessoas humanas” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, a.36, n.141, pp.99-109, jan-mar/1999, p.109).

⁶ *Igualdade* é significante plurívoco, cuja definição usualmente se envolve em pesado manto político-ideológico. FIORAVANTI, por exemplo, enfatiza e critica a velha discussão acerca de partidários da igualdade formal e defensores da igualdade material pelo posto de porta-vozes da *verdadeira igualdade* (Público e Privado: os princípios fundamentais da Constituição Democrática. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n.58, 2013, p.13). Tem razão o autor italiano: este espírito combativo, certamente, não se coaduna com o modelo constitucional brasileiro, que, como se verá adiante, parece privilegiar a igualdade como a dispensa de tratamento paritário em face das normas que se (re)constroem a partir de textos normativos no curso do processo de interpretação. Conquanto aparentemente nebulosa, esta leitura se tornará mais clara adiante.

jurídica⁷, quer em sua dimensão formal, quer na substancial⁸ - mesmo porque, conforme difundido na literatura crítica, *inexiste jurisprudência em sentido técnico no Brasil*⁹. Daí se propor, no presente trabalho, o escrutínio da última das viragens enunciadas ao início deste trabalho; a que respeita à mudança das relações entre legislação e jurisdição no Estado Constitucional, mormente em seus impactos no direito privado, seara em que os diálogos com a teoria do direito ainda são algo rarefeitos¹⁰.

O recorte se justifica não só pela histórica insularização do direito civil, tradicionalmente confinado na figura icônica do Código, mas também – e principalmente – em função do delinear de outra importante transformação: a que implica o abandono do modelo de cortes superiores¹¹ em benefício do de cortes

⁷ Cf.: QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.33.

⁸ Estes dois sentidos, recortados da plurivocidade do significante *segurança jurídica*, correspondem: (i) à tradicional acepção formal, enraizada no axioma da coincidência entre texto e norma e exprimida na estática da literalidade de textos normativos; e (ii) ao contemporâneo e fluido desenho da acepção substancial, que pressupõe a clivagem texto-norma (e, portanto, defere ao caráter criativo da interpretação e da aplicação do direito) e se exprime na dinâmica própria da problemática de casos concretos, bem como em sua resolução dentro dos limites externos da unidade do sistema jurídico

⁹ É o que atesta, com a eloquência que lhe é peculiar, RODRIGUEZ, que toma a jurisprudência como existente quando “casos julgados formarem um padrão que serve de referência para a decisão de casos futuros” (2013, p.48) e afirma que “os julgados escritos publicados pelos tribunais são o registro cronológico e textual dos debates ocorridos e não um texto coerente, redigido de forma ordenada, que tenha como objetivo articular argumentos dogmáticos de forma clara, tendo em vista seu papel na criação da jurisprudência e na legitimação racional do direito. Este ponto é importante para nossa análise: o julgamento no Brasil não tem como objetivo produzir um texto, que é mero efeito colateral dele” (2013, pp.51-52).

¹⁰ Sinal da insuficiente interlocução entre direito privado e teoria do direito é a crítica que se dirige, justamente, aos difusores das transformações ocorridas no direito civil brasileiro a partir do crepúsculo do século XX, os quais estigmatizam o positivismo kelseniano e, não raro, recorrem à prática de bater no espantalho. A propósito: “não há maiores contradições entre as posições de Hans Kelsen e os vários dos argumentos utilizados para criticar o Direito Civil, suas leis e o modo clássico de sua aplicação. Em certa medida, tudo se resolveria dentro dos esquemas da indeterminação e da moldura, presentes na Teoria Pura do Direito” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. O Direito*, a.11, n.143, pp.43-66, 2011, p.47). Sobre as imbricações entre Estado Constitucional, princípio da legalidade e jurisdição, ver, também: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹¹ O modelo de Cortes Superiores, na dicção de MITIDIERO: opera a partir de uma pressuposta existência de prévia violação ao direito. Nele, “a interpretação da lei é na verdade um meio para a obtenção do fim – controle da legalidade das decisões judiciais. (...) Vale dizer: é um órgão de controle de aplicação da legislação. (...) A função nomofilática da Corte Superior está na defesa da legislação diante das decisões judiciais. É interessante perceber, nessa linha, que a uniformidade da jurisprudência aparece aí apenas como um instrumento em relação à função de controle desempenhada pela Corte (...). Nesse modelo, a jurisprudência (...) consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera uniformidade capaz de servir de parâmetro para esse fim, não gozando de autoridade formalmente vinculante” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p.44). A unificação, assim, só pode ocorrer caso a caso, na medida em que a parte interessada recorre à corte (daí porque o direito ao recurso à Corte Superior se afigura como direito subjetivo): “sem recurso, não há como controlar a legalidade das decisões judiciais das instâncias ordinárias: funciona aí o *‘interesse privato a servizio dell’interesse pubblico’*. (...) eventual desistência do recurso pela parte interessada impede a apreciação da questão impugnada pela Corte Superior” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., pp.46-47), que não controla sua atuação.

supremas¹², com o conseqüente escanteamento da *jurisprudência* e consagração do *precedente*¹³. As *Verwandlungen* eleitas são autocomplementares, sobretudo na medida em que convergem quanto ao precedente judicial, que, lançado no direito brasileiro pela segunda, desenha-se como fator de articulação da primeira¹⁴. Propõe-se, à vista disso, a avaliação do precedente, como *possibilidade* de segurança jurídica material e mecanismo realizador das mediações necessárias ao alcance do pórtico da já delongada travessia por que passa o direito privado brasileiro.

O texto, então, propõe o delineamento do problema da segurança jurídica no trato cotidiano com cláusulas gerais, para, adiante, sugerir, a partir das viragens que marcam

¹² O modelo de Cortes Supremas, por seu turno e segundo o mesmo autor: pressupõe dissociação entre texto e norma, de modo que “a norma é na verdade a interpretação da norma: ela simplesmente ainda não é antes de sua interpretação” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., p.54), já que os textos são intrinsecamente equívocos. E “o processo interpretativo depende da individualização, valoração e escolha de significados possíveis das palavras constantes dos enunciados (...). Inexiste uma resposta correta para todo e qualquer problema interpretativo (...) Justamente para viabilizar o controle intersubjetivo da racionalidade da atividade interpretativa é que essa é compreendida como uma atividade lógico-interpretativa” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., pp.58-59). O processo interpretativo conduzido pela Corte Suprema, então, “é entremeado por efetivas decisões tomadas pelo intérprete a respeito do sentido que deve ser atribuído ao Direito” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., p.60), sendo que a justificação deve bem atender suas dimensões interna (ausência de contradição e completude) e externa (argumentação e escolha de razões). Esta é a nomofilaquia do recurso à Corte Suprema dirigido. “Isso quer dizer que a Corte Suprema, como corte de interpretação, é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do Direito e meio para obtenção de sua unidade” (2013, p.68). Por isso que sua inobservância é considerada grave falha institucional: “a negativa de adoção de suas razões para solução de casos idênticos ou similares constitui negação não só da sua autoridade como corte encarregada de dar a última palavra a respeito da adequada interpretação do Direito, mas acima de tudo negação da própria ideia de ordem jurídica” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., pp.68-69). Neste giro, o recurso à Corte não se tem como direito subjetivo da parte. “[A] partir da compreensão da nomofilaquia da Corte Suprema como uma nomofilaquia interpretativa, o recurso passa a ser viabilizado no interesse do *jus constitutionis*, isto é, no interesse da unidade do Direito” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., 2013, p.69). “Na mesma linha, eventual desistência do recurso interposto não veda a Corte Suprema de se pronunciar sobre a questão jurídica por ele aportada ao seu conhecimento” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., 2013, p.71).

¹³ *Precedente e jurisprudência*, longe de serem sinônimos, distinguem-se em caráter: (i) *quantitativo* – precedente respeita a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto jurisprudência refere a uma pluralidade deles (um conjunto de subconjuntos ou grupos). Nos sistemas amparados no precedente, a decisão que assume este caráter é uma; poucas vêm citadas em apoio do precedente. Nos sistemas em que há jurisprudência, se faz referência a várias decisões pretéritas, o que gera dificuldades quanto à identificação da decisão verdadeiramente relevante ou quanto à quantidade de decisões necessárias para que se possa dizer que há jurisprudência sobre certo tema; (ii) *qualitativo* – precedente fornece regra universalizável que pode ser depois aplicada como critério de decisão ou de analogia entre os fatos do primeiro e do segundo caso. “E’ dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi – per così dire – “crea” il precedente”, a partir de raciocínio calcado nos fatos. Jurisprudência carece de análise comparativa dos fatos, na maioria dos casos, vez que se resume a enunciados sintéticos com pretensão de generalidade, aos moldes das *regras jurídicas em geral*. “[D]i regola i testi che costituiscono la nostra giurisprudenza non includono i fatti che sono stati oggetto di decisione, sicché l’applicazione della regola formulata in una decisione precedente non si fonda sull’analogia dei fatti, ma sulla sussunzione della fattispecie successiva in una regola generale” (TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Civilistica.com*, a.3, n.2, jul-dez/2014, p.5. [online]. Disponível na Internet via: <<http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Último acesso em 29/05/2015).

¹⁴ Assim, por exemplo, fala-se que, no Estado Constitucional, “o fim do processo civil só pode ser reconduzido à tutela dos direitos mediante prolação de uma decisão justa e a formação e respeito aos precedentes” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., 2013, p.17), pelo que o *stare decisis* se coloca como possibilidade de garantir a integridade do direito (cf. QUEIROZ BARBOZA, Estafânia. *Precedentes judiciais e segurança jurídica...*, cit., p.31).

o atual caminhar do direito civil brasileiro na contemporaneidade, uma solução possível e suficiente a sua resolução: o precedente judicial, cujos conteúdo e sentido se extraem de contribuições decisivas de notáveis estudiosos da Teoria do Direito. Isto, evidentemente, não sem advertir para a imperativa tomada de consciência da comunidade jurídica para os diferentes papéis desempenhados pelos Tribunais e pela literatura especializada, de modo a viabilizar o erigir de um modelo azeitado por mecanismo estabilizador empregado em sentido técnico.

1. As cláusulas gerais e a definição de seu conteúdo: segurança jurídica?

Segurança jurídica parece consistir em *standard* primacial do Estado Constitucional brasileiro, haurido não só do preâmbulo da Constituição da República, como também da enunciação de seu rol de direitos e deveres fundamentais. Assim:

“a segurança é princípio fundante do Estado Constitucional brasileiro. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu preâmbulo, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.

A segurança e a igualdade ainda estão previstas no caput do art. 5º da Carta de 1988, como direitos fundamentais dos cidadãos. Do mesmo modo, o inciso XXXVI do art. 5º estabelece que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’¹⁵.

Não se trata, por evidente, da noção de segurança jurídica formal, confinada na predeterminação de enunciados normativos, própria do modelo codificador fechado, de inspiração iluminista. Não se tomam, como partida, os grilhões de sua adaptação às práticas consolidadas, “como se um princípio constitucional devesse ser lido à luz da tradição do *civil law*, na qual a segurança jurídica era supostamente alcançada por limitar o juiz a dizer as palavras da lei”¹⁶. Trata-se, isso sim, de uma segurança jurídica ressignificada, substancial, mormente por intermédio do emprego de contemporâneas técnicas legislativas pelo legislador codicista privado, sob a égide da Constituição Republicana:

“O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os

¹⁵ QUEIROZ BARBOZA, Estafânia. *Precedentes judiciais e segurança jurídica...*, cit., p.236.

¹⁶ QUEIROZ BARBOZA, Estafânia. *Precedentes judiciais e segurança jurídica...*, cit., p.239.

códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”¹⁷.

Neste cenário e sob o crivo da igualdade, a segurança jurídica passa a ser compreendida como cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade do direito, numa perspectiva dinâmica de controlabilidade semântico-argumentativa e garantia de respeito ao jurídico. Assim:

“Em vez de se propor um conceito de segurança jurídica exclusivamente vinculado à certeza por meio do conhecimento da determinação prévia e abstrata de hipóteses legais e aferível mediante descrição da linguagem – e para o qual o Direito é mera criação de um poder e precede, como algo totalmente dado, a sua própria atividade aplicativa –, apresenta-se um conceito de segurança jurídica centrado no controle argumentativo e constatável por meio do uso da linguagem, por meio do conhecimento de critérios e de estruturas hermenêuticas, e para o qual o Direito é produto da experiência e resulta da conjugação de aspectos objetivos e subjetivos inerentes a sua aplicação. A segurança jurídica deixa, assim, de ser, no seu núcleo, mero fator lingüístico baseado na determinação prévia de hipóteses legais, para centrar-se em um conjunto de processos de determinação, de legitimação, de argumentação e de fundamentação de premissas, de métodos e de resultados envolvidos na definição de normas gerais e individuais. Em vez de algo pronto (‘o Direito como segurança’), a segurança jurídica denota algo a construir (‘um direito à segurança’); no lugar da ‘certeza semântica’, a ‘controlabilidade argumentativa’; no espaço da ‘atividade descritiva’, um ‘conjunto de atividades reconstrutivas e decisórias’. Intenta-se, com isso, ultrapassar a compreensão da segurança jurídica como garantia de conteúdo, baseada no paradigma da determinação, para uma segurança jurídica como garantia de respeito, fundada no paradigma da controlabilidade semântico-argumentativa e cuja realização depende de elementos, de dimensões e de aspectos a serem conjunta, sintética e equilibradamente avaliados”¹⁸.

É, justamente, a controlabilidade semântico-argumentativa que marca a segurança jurídica substancial, sintonizada com o modelo de Cortes. Nesta renovada dimensão, consagra-se o salto qualitativo da análise (em sentido amplo) de institutos e categorias jurídicas¹⁹, cuja estrutura passa a interessar menos que a função. Finda-se, então, por deixar a estabilidade estática de uma ordenação, para ingressar num cenário de estabilidade como *equilíbrio em movimento*. Deste modo, as preocupações não mais

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um ‘sistema em construção’..., cit., p.6.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.272.

¹⁹ A organização dos elementos jurídicos (normativos ou não) em categorias jurídicas permite, além da reflexão epistemológica em si, a operação do direito na *praxis*. As categorias jurídicas, ao ordenarem e organizarem a realidade jurídica, são instrumentos metodológicos imprescindíveis para a atuação do jurista teórico e prático, na medida em que permitem, de forma consistente e coerente, a tomada de decisões. A propósito, v.: BUONOCORE, V. *Le categorie contrattuali alla luce della disciplina comunitaria*. In: LIPARI, *Diritto privato europeo e categoria civilistiche*. Napoli: ESI, 1998, p. 133. e LIPARI, N. *Le categorie del diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 14

recaem sobre categorias abstratas, mas sobre o objeto de análise em concreto. Esta ideia de movimento, na medida em que reconhecida como imanente aos pilares sustentadores do direito privado, determina a compreensão de que a previsibilidade tem, em seu âmago, a inconstância (ou algo de imprevisibilidade). Demais disso, implica reformulação “[d]o conceito de segurança jurídica em função da argumentação que fundamenta as decisões judiciais e não exclusivamente em função do texto legal”²⁰. O valor da segurança, destarte, realiza-se menos na estática textualidade do direito positivo que na dinâmica do precedente judicial²¹, visto que:

“A segurança jurídica não se realiza quando os Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores, quando turmas ou câmaras de um mesmo Tribunal decidem de modo divergente entre si. Do mesmo modo, é violado o princípio da segurança jurídica quando o Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes.

Observe-se que a segurança jurídica nas decisões judiciais só pode existir junto com o princípio da igualdade, pois não há que se falar em segurança jurídica quando se depara com decisões conflitantes sobre assunto e fatos exatamente idênticos.

Não se pode descurar que a igualdade é a base da segurança jurídica, assim como o é a justiça, especialmente no que diz respeito à vinculação aos precedentes. O princípio de segurança jurídica presente no Estado Democrático de Direito estabelecido na Carta Constitucional de 1988 exige que a norma – esteja prevista ou num texto legal ou abstraída de uma decisão – deva valer para todos, fazendo da igualdade outro atributo da segurança.

Pode-se, ainda, afirmar que decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, estão intimamente relacionados os valores da certeza jurídica, da estabilidade jurídica e da previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito. Tais valores ou princípios constitucionais justificariam a prática de respeito aos precedentes, quer sejam meramente interpretativos, como nos países ligados à tradição do *civil law*, quer vinculantes, como nos países de tradição do *common law*²².

O precedente judicial, portanto, “*sendo fruto da reconstrução do sentido da lei, passa a ser o derradeiro garante da igualdade e da cognoscibilidade do Direito no modelo de Corte Suprema*”²³. Por consectário lógico, o precedente integra o ordenamento e deve ser levado em conta como parâmetro de aferição de igualdade de todos perante o direito e para a promoção de segurança jurídica (ou redução da insegurança a

²⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p.185.

²¹ Neste prisma: “impõe-se que a *igualdade* seja pensada tendo como referência as *normas* que são reconstruídas a partir dos *textos legislativos no processo de interpretação*. (...) Da mesma forma, é preciso reconhecer a *segurança jurídica* como um *problema argumentativo*, ligado à *cognoscibilidade* dos sentidos que os enunciados jurídicos podem apresentar mediante um processo lógico-argumentativo de interpretação. (...) É um problema *dinâmico*, ligado à *adequada estruturação da atividade interpretativa para individualização, valoração e escolha de sentido*” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., p.75).

²² QUEIROZ BARBOZA, Estefânia. *Precedentes judiciais e segurança jurídica...*, cit., pp.236-237.

²³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, cit., p.76.

patamares minimamente aceitáveis). E esta orientação se robustece pela constatação, há muito difundida na teoria do direito, de que a atividade interpretativa – e, pois, também a adjudicação – não se resume a inferências lógicas tiradas de premissas dadas²⁴.

Neste diapasão, ferramentas importantes à lida com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, já insertas no campo de enunciação do modelo de cortes supremas, mas ainda com um pé no de cortes superiores, começaram a se delinear. É o caso da chave *grupos de casos típicos*, enunciada por MARTINS-COSTA. A partir deste mecanismo, o conjunto das *rationes decidendi* invocadas pelas Cortes em julgamentos sucessivos sobre determinadas questões disciplinadas por intermédio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados permitiria “a *ressistematização* desses elementos [normas jurídicas individuais criadas pelo juiz, à luz dos princípios e diretrizes axiológicas do ordenamento], originalmente extrassistemáticos, no interior do ordenamento jurídico”²⁵. Isto é, já não mais se fala, com alarde, dos riscos inerentes ao rompimento da clausura da segurança jurídica na predeterminação de textos normativos²⁶. A desconfiança em relação à magistratura, vetusto fator de reforço à projeção do juiz *bouche de la loi*²⁷, dissolve-se como névoa no solo:

“A técnica da cláusula geral será decisiva para uma construção do sistema jurídico comprometido com a realidade social e concreta contemporânea.

O juiz merece a confiança dos operadores do Direito, carecendo-lhe, no entanto, melhor compreender seu papel e a sua responsabilidade social, por não ser ele um mero ‘aplicador da lei’, mas, de outro viés, um construtor do sistema jurídico, gozando de *status* constitucional para tanto”²⁸.

A atuação da magistratura (não retrospectiva e limitada à dicção do sentido da lei, como no modelo de cortes superiores inserido no Estado de Direito, mas prospectiva e ciente de seu caráter criativo, já em diálogo com o modelo de cortes supremas no

²⁴ Muito embora esta assunção seja praticamente consensual na contemporânea teoria do direito, há candentes discussões acerca do caráter criativo ou não da adjudicação. Delas é importante exemplo os debates estabelecidos entre HART e DWORKIN, sumarizados pelo primeiro no pós-escrito à segunda edição de *O Conceito de Direito*. De um lado, HART, com KELSEN, acredita e defende que, em casos não previstos e não regulados, o juiz poderia, mediante exercício de poder discricionário, *criar* o direito aplicável. De outro, DWORKIN, ancorado no *direito como integridade*, tem que as lacunas não seriam do direito, mas próprias da visão do positivista (ou do *convencionalista*). O juiz, assim, nunca teria a oportunidade de criar o direito num caso concreto (cf. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2^a Ed. Oxford: Clarendon Press, 1975, pp.272 e ss).

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um ‘sistema em construção’..., cit., p.8.

²⁶ Cf.: THEODORO JR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da EMERJ*, v.9, n. 35, pp. 15-48, 2009, pp.25-29.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p.30.

²⁸ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v.41, n.o, pp.85-98, 2004, p.97.

Estado Constitucional), então, é o canal pelo qual noções em princípio metajurídicas se incorporam ao sistema pela via da atuação sucessiva e prospectiva do intérprete²⁹. Esta atuação constitutiva, de viés prospectivo, compreende “construção e reconstrução de sentidos dos significantes de base do governo jurídico das relações interprivadas (como propriedade, contrato e família), dentro dos limites dum sistema jurídico poroso, aberto e plural”³⁰. Mas o enfeixamento do direito civil na unidade do sistema jurídico não implica sucumbência a dogmatismo formal articulado pela mecanicista subsunção, tampouco trai os ideais de segurança e previsibilidade do direito. Da mesma forma, os avanços se dão por meio da atuação de intérprete histórica e concretamente situado, circunscrito, portanto, em sua atuação, pelos lindes do conhecimento e do reconhecimento dum sentido vigente, porém dúctil³¹.

Esta circunscrição das possibilidades de atuação do intérprete pelo tempo e espaço no qual se situa é exemplarmente ilustrada também no que respeita à chave dos *grupos de casos típicos*, na qual ainda ecoa o modelo das cortes superiores, na proporção em que “o alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, especificar-se-á não só o sentido da cláusula geral, mas a exata dimensão de sua normatividade”³². O critério, apesar de avançado em relação ao formalismo exegético, ainda é o da *jurisprudência*, não do *precedente*. É possível, portanto, ousar e ir além, no sentido de apreender os novos desenhos do diálogo entre legislação e jurisdição, para precisar as cláusulas gerais pela via do precedente, sem olvidar de que a formação deste ocorre de forma paulatina e dinâmica³³. Assimilam-se as contribuições da proposta de leitura de grupos de casos típicos, mas suas limitações são deixadas de lado, porquanto:

“Os conceitos indeterminados, pela sua própria natureza, facilmente se amoldam à alteração da realidade social. A permeabilidade desses conceitos confere ao Judiciário maior facilidade para adequar o direito aos novos tempos. Isso não quer dizer, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça não tenha que definir o sentido de um conceito indeterminado em face de *uma específica situação no tempo*. Trata-se de função essencial da Corte, uma vez que há necessidade de definir-se o sentido em que um conceito indeterminado deve ser compreendido em determinado momento histórico, evitando-se a sua múltipla e incoerente aplicação em face de casos similares”³⁴.

²⁹ Cf.: MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.81.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.143.

³¹ Cf.: FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil...*, cit., pp.143-144.

³² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um ‘sistema em construção’..., cit., p.10.

³³ OLIVEIRA, Pedro Miranda de e ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? *RePro*, a.39, n.232, pp.307-327, jun/2014, p.311.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes...*, cit., pp.95-96.

Isto é: mais vale a similitude fática entre a causa levada a julgamento com apenas um paradigma que a reiteração de determinado resultado para circunstâncias semelhantes, mas não tão bem delineadas. Numa palavra: a transcendência substitui a repetição. O sistema, portanto, ganha, ao mesmo tempo, flexibilidade, estabilidade e previsibilidade.

2. Precedente judicial e integridade: a resposta da teoria do direito, para além do positivismo jurídico

O precedente judicial, como se viu, desenha-se como possibilidade da segurança jurídica não só no âmbito da jurisdição constitucional – do modo demonstrado por QUEIROZ BARBOZA – mas também no campo do direito privado – a final, guardada a diferença hierárquica entre as normas (pressuposta pelo direito civil, que toma consciência de seu pertencimento ao um ordenamento constitucional), está-se a lidar com os mesmos problemas de indeterminação e vagueza³⁵. Faltou esclarecer, contudo, o que é, de fato, que se está a propor – ao cabo, *precedente judicial* é noção plúrima, que expressa diferentes sentidos em variados contextos. Daí se intentar, nesta seção, o delineamento de sumariada investigação dos sentidos que ganha o precedente judicial na teoria do direito, a partir das leituras que lhe dão SCHAUER, SUNSTEIN e DWORKIN, com o objetivo de lançar luzes sobre este novidadeiro, mas ainda algo obscuro, mecanismo de redução da insegurança jurídica no direito brasileiro.

2.1. Frederick SCHAUER: precedente como regra prescritiva haurida de generalizações enraizadas

³⁵ Outra conclusão não é autorizada pelo cotejo do que se disse a respeito das cláusulas gerais com o defendido pela referida autora, no campo dos direitos humanos. *Verbis*: “na medida em que os direitos humanos possuem caráter aberto e indeterminado e conteúdo moral. É possível afirmar que eles só possuem significado e conteúdo moral quando de sua efetivação. E esse significado vai ser dado pelo Judiciário que passa a não ter mais os limites estampados no texto escrito. Essa nova situação causa insegurança jurídica, eis que não existem limites predefinidos para a atividade interpretativa, pelo menos não no modelo mecanicista, ficando os juízes livres para dar conteúdo aos direitos humanos. Além disso, o fato de os tribunais brasileiros não se sentirem vinculados às decisões emanadas pelos Tribunais Superiores sobre o mesmo assunto também causa insegurança jurídica” (QUEIROZ BARBOZA, Estefânia. *Precedentes judiciais e segurança jurídica...*, cit., 2014, p.233). A mesma autora, noutro escrito, confirma a lisura deste raciocínio: “Entretanto, apesar de os precedentes terem assumido no Brasil, num primeiro momento, natureza meramente interpretativa, a partir do momento em que se assume a presença de ambiguidades, obscuridade e normas indeterminadas nos códigos, e se positivam os direitos humanos na Constituição por meio da adoção de um sistema de direitos fundamentais, é necessário ampliar a interpretação dos princípios implícitos ou não escritos de um modo que revele e preserve ou mesmo constitua um sistema de direito racional e coerente, demonstrando que as normas e os princípios jurídicos desenvolvem-se de acordo com as necessidades da sociedade em determinado momento” (QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de. *Escrevendo um romance em cadeia por meio dos precedentes judiciais* – uma possibilidade para a jurisdição constitucional brasileira. *A&C*. Belo Horizonte, a.14, n.56, pp.177-207, abr-jun/2014, p.192).

Em SCHAUER, os precedentes são vislumbrados como generalizações enraizadas (*entrenched generalizations*), pois a recorrência de justificativas enunciadas em decisões judiciais pretéritas teria conduzido “ao desenvolvimento de um conjunto de prescrições gerais que aparecem como regras e, assim, são tratadas pelos juízes. Embora tais regras não estejam codificadas, elas são coercitivas e vinculam aos juízes”³⁶. Regras prescritivas, nesta singra, distinguem-se de regras descritivas, porque têm conteúdo semântico normativo³⁷. Subdividem-se, ainda, em regras obrigatórias – que impõem observância coativa apenas por que existentes e vigentes – e instruções – de cunho (duplamente) opcional, como as regras de distribuição do ônus da prova no processo³⁸. As regras, em geral, operam via generalizações. Isto é: referem-se a tipos, não casos particulares.

“As regras descritivas registram ou explicam uma regularidade que pressupõe a existência de múltiplos exemplos, enquanto as regras prescritivas se aplicam a múltiplas ações. Isso significa que as regras precisam utilizar categorias para agrupar os casos particulares, que passam a ser vistos como membros de uma determinada classe. Contudo, as categorias que permitem a generalização não podem ser diferenciadas rigidamente, uma vez que possuem áreas de interseção ou justaposição umas com as outras, o que faz com que um objeto ou acontecimento particular integre, simultaneamente, várias categorias”³⁹.

À vista disso, regras prescritivas têm estrutura binária, composta por (i) predicado factual, que especifica seu âmbito de incidência pela enunciação duma generalização, formulada a partir dum caso particular que é tomado como exemplo de categoria geral, a justificar a regra, e (ii) consequente, que assinala determinado mandamento em caso de esgotamento do predicado factual. Mas os vícios de sub- e sobre-inclusão, bem como a mutabilidade inerente aos juízos que subjazem a estipulação da regra, podem minar a coerência entre a generalização por ela incorporada e sua justificativa. Estes problemas são aglutinados sob a etiqueta de *experiências recalitrantes*, cuja ocorrência pode ser enfrentada segundo dois caminhos: o (idealizado) da conversação – no qual os participantes duma conversa podem, ao perceber a insuficiência da generalização, fornecer qualificações e demais parâmetros necessários à transmissão da mensagem (ou à adequação do predicado factual à justificativa das regras) – e o do enraizamento –

³⁶ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista DireitoGV*, 8(2), pp.587-624, jul-dez/2012, p.596.

³⁷ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Reimpressão. Oxford: Clarendon Press, 2002, p.2.

³⁸ “This type of rule, often called a ‘formula’ or ‘recipe’, is characterized by being optional in two ways. First, instructions apply only if an agent wished to succeed in the pertinent task, and only if it is one that can plausibly be avoided. (...) in a second way (...) we consider them optional in that we take their force to be congruent with our assessment of the likelihood they will produce the desired result” (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules...*, cit., pp.3-4).

³⁹ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes..., cit., p.592.

que reconhece a sedimentação de algumas generalizações, a qual restringe as possibilidades de adaptação das incongruências entre predicado factual e justificativa das regras, por limitar a leitura do intérprete⁴⁰. Deste modo, sob o modelo do enraizamento, “uma experiência recalcitrante, embora conflite com a generalização anterior, não provoca sua reformulação”, pois, como se viu, “o resultado indicado pela generalização prevalece contra o resultado indicado pela experiência recalcitrante como mais apropriado para o caso em questão”⁴¹.

O precedente judicial, sobre este pano de fundo, pode ser tido como espécie do gênero das regras prescritivas, vez que:

“No caso do argumento do precedente, o fato de que algo tenha sido decidido anteriormente lhe confere peso decisório no presente, mesmo que julgemos que essa decisão estava errada. (...) Para que o precedente seja relevante, é necessário que a decisão anterior continue influenciando a decisão atual, mesmo que ela seja julgada incorreta, o que significa que o argumento do precedente funciona, essencialmente, como o argumento da regra”⁴².

Sem negar a formação *a posteriori* do precedente, o *approach* de SCHAUER dá conta de dimensionar o alcance deste mecanismo estabilizador no campo da segurança jurídica. Mas é insuficiente, por se pretender eminentemente descritiva – ou se restringir ao *convencionalismo*, no dizer de DWORKIN.

2.2. Cass SUNSTEIN: precedente como analogia e precursor de acordos teóricos incompletos de resultado

Outra leitura interessante é a proposta por SUNSTEIN, a qual consiste na tomada do precedente judicial como analogia e mecanismo articulador de acordos teóricos incompletos – os quais comportam três gradações: (i) inespecíficos ou aqueles em que há convergências quanto aos princípios (no sentido de abstrações políticas), mas não necessariamente a sua aplicação a casos particulares⁴³; (ii) de meio-termo, nos quais há concordância em relação a princípios intermediários, mas desacordos em relação a princípios gerais e sua aplicação a casos concretos⁴⁴; e (iii) de resultado, em que se acorda quanto ao deslinde de casos concretos, ainda que se discorde em relação à

⁴⁰ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules...*, cit., pp.38-43.

⁴¹ MAUÉS, Antonio Moreira. *Jogando com os precedentes...*, cit., p.595.

⁴² MAUÉS, Antonio Moreira. *Jogando com os precedentes...*, cit., p.597.

⁴³ SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996, p.35.

⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict...*, cit., p.36.

fundamentação que lhes é pertinente⁴⁵. É esta terceira gradação dos acordos teóricos incompletos que importa à definição de precedente judicial como analogia, nas heterogêneas democracias contemporâneas, em virtude do fato de que:

“juízes – que também adotam diferentes posições sobre temas fundamentais –, devem decidir as controvérsias com base em acordos teóricos incompletos, a fim de gerar estabilidade social em meio à diversidade. Tais acordos caracterizam-se por trabalhar mais com resultados concretos do que com abstrações, o que permite obter concordância mesmo entre pessoas que pensam diferente. (...) Nos acordos teóricos incompletos [de resultado], os participantes concordam com o resultado, mesmo sem concordar com a teoria mais geral que pode justificá-lo”⁴⁶.

A compreensão, nesta perspectiva, do precedente como analogia parece ter obviedade cristalina: o proceder analógico consiste em ferramenta do raciocínio jurídico que apresenta maior aptidão à formação de acordos teóricos incompletos de resultado, inclusive sob a ótica da redução de custos e do potencial de irritabilidade à sensibilidade social inerentes às decisões judiciais⁴⁷.

No âmbito da argumentação jurídica, é comum que se fale da coincidência entre o raciocínio analógico e o dedutivo, mas, segundo SUNSTEIN, esta assunção é falaz. É que “o raciocínio analógico não prescinde da identificação de uma ideia-motriz – um princípio, um parâmetro ou uma regra – para considerar os resultados nos casos paradigma e paragonado. Este é o passo crucial, mas a ideia-motriz não é, de antemão, dada e aplicada ao novo caso”⁴⁸. Ao contrário, a analogia se presta, justamente, ao desvelamento desta ideia-motriz, de modo que não se a conhece antes da análise dos casos, os quais, apesar das similitudes, usualmente guardam contrastes noutras dimensões.

“Isso significa que a tarefa central do raciocínio analógico é decidir quais são as diferenças e semelhanças relevantes nos casos em análise, o que torna necessário trabalhar com argumentos de cunho substantivo. Para Sunstein, o bom desenvolvimento das analogias no direito deve observar quatro elementos: (1) os julgamentos sobre casos específicos devem ser coerentes uns com os outros,

⁴⁵ SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict...*, cit., p.37.

⁴⁶ MAUÉS, Antonio Moreira. *Jogando com os precedentes...*, cit., p.598.

⁴⁷ A propósito, diz o autor: “*In analogical thinking as I understand it here, deep theories about the good or the right are not deployed. (...) Such theories seem too sectarian, too large, too divisive, too obscure, too high-flown, too ambitious, too confusing, too contentious, too abstract. On the other hand, analogizers cannot reason from one particular to another particular without saying something at least a little abstract. (...) I will try to show that this method of proceeding is ideally suited to a legal system consisting of numerous judges who disagree on first principles, who lack scales, and who must take most decided cases as fixed points from which to proceed*” (SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict...*, cit., p.63).

⁴⁸ Tradução livre. No original: “*to be sure, analogical reasoning cannot proceed without identification of a governing idea – a principle, a standard, or a rule – to account for the results in the source and target cases. This is the crucial step. But the governing idea is not given in advance and applied to the new case*” (SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict...*, cit., p.65).

baseando-se em princípios que harmonizem os diferentes resultados; (2) o foco do raciocínio analógico devem ser as particularidades, o que significa que seus princípios são desenvolvidos a partir de casos concretos e fazem constante referência a eles; (3) o raciocínio analógico não requer uma teoria de larga escala para justificar seus resultados; e (4) os princípios produzidos pelo raciocínio analógico operam em um nível intermediário ou inferior de abstração⁴⁹.

Em SUNSTEIN, então, o precedente pode se desenhar como *regra* ou como *analogia*. Isto é: pode se aplicar a um caso concreto idêntico àquele antes solucionado por uma Corte Superior ou pela Corte que o prolatou, ou se aplicar aos casos nos quais, malgrado a existência de diferenças, sua ideia-motriz releva para um desfecho adequado. Em ambos os casos, não se prescinde da abordagem analógica, haja vista a necessidade de se compararem os casos, a de modo a alcançar maior consistência na adjudicação e realizar o direito a igual tratamento. Além disso, a tomada do precedente como analogia permite o desenvolvimento, via decisões judiciais, de princípios e políticas, bem como a elisão do emprego de teorias confusas e sectárias. Promove-se, portanto, previsibilidade e poupam-se custos, na medida em que não se exige a casuística reelaboração de fundamentos jurídicos.

Apesar de restringir-se ao campo da operatividade, a proposta de SUNSTEIN alcança, visivelmente, além da enunciação de SCHAUER. Chega, inclusive, a subsumir a problemática do enraizamento, ainda que sob o prisma da interferência da política na adjudicação:

“Na vida cotidiana, as visões de cada um sofrem influência dos outros (...) conformidade é um importante aspecto da condição humana. Numa primeira mirada, infiltrações ideológicas parecem ser um efeito da conformidade: republicanos soam mais como democratas, quando estão em meio a democratas, e democratas, na presença de republicanos, acabam soando mais como republicanos. Além disso, pessoas com visões de mundo parecidas têm uma tendência a ir aos extremos; a amplificação ideológica pode bem refletir um processo destes. Mas, algumas vezes, as visões de cada um são enraizadas e, portanto, imunes à opinião alheia.

(...)

É possível imaginar áreas do direito que demonstram um padrão de enraizamento e, portanto, de indiferença às visões dos outros. Nestas áreas, o voto ideológico se faz, definitivamente, presente, no sentido de que juízes que, programaticamente, deveriam votar num sentido que reflita seu alinhamento ideológico com o presidente que o nomeou; mas os efeitos do quórum são mínimos ou inexistentes. Pode-se esperar que o padrão de visões enraizadas seja encontrável em muitas searas, mas se fez mais evidente em duas das que investigamos: aborto e pena de morte⁵⁰.

⁴⁹ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes..., cit., p.602.

⁵⁰ Tradução livre. No original: “*In ordinary life, people’s views are often influenced by others. (...) conformity is an important aspect of the human condition. At first glance, ideological dampening appears to be a conformity effect: Republican appointees look rather like Democratic appointees when they sit only with Democratic appointees, and Democratic appointees, in the presence of Republican*”

Mas a perspectiva em análise não basta para realizar as potencialidades da segurança jurídica prestigiada pelo ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo – a final, se aplicada, à risca, lógica de redução de custos de cada decisão, não se chegaria a resultado muito diverso do modelo assistemático de hoje, exceto por um projetado maior respeito aos precedentes, clausurados em sua autoridade persuasiva.

2.3. Ronald DWORKIN: precedente judicial e a realização do direito como integridade

A última das abordagens eleitas, proposta por DWORKIN, respeita à assunção do direito como integridade, que toma a prática jurídica como o desenrolar de uma narrativa política⁵¹. Nela, tem-se que proposições jurídicas somente são verdadeiras se compatíveis com os princípios elementares de justiça, equidade e devido processo legal, que revelam a melhor feição da prática jurídica⁵².

“O direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele não é um sistema de regras *tout court*. Ele envolve uma complexa teia de articulações de práticas de autoridade, legitimação e argumentação. (...) Para ele, as práticas jurídicas ocorrem dentro de um contexto e impactam esse contexto. Esse impacto contextual é medido e avaliado em termos morais. Por esse motivo, o conceito de *direito* é um *conceito político*”⁵³.

O direito, assim, não se distingue da moral (nega-se, portanto, a clivagem pressuposta pelo positivismo exclusivista e admitida com sérias ressalvas pelo positivismo inclusivista⁵⁴). Antes, consiste em “uma prática social cuja intencionalidade tem uma

*appointees, turn out to look like Republican appointees. In addition, like-minded people have a tendency to go to extremes; ideological amplification may well reflect a process of that kind. But some of the time, people's views are entrenched and therefore impervious to what others think. (...) It is possible to imagine areas of the law that show a pattern of entrenchment and hence imperviousness to others. In such areas, ideological voting is definitely present, in the sense that judges are expected to vote in a way that reflects the political affiliation of the appointing president; but panel effects are minimal or nonexistent. It might be expected that the pattern of entrenched views would be found in multiple areas, but it occurred in only two areas that we investigated: abortion and capital punishment” (SUNSTEIN, Cass R, SCHKADE, David, ELLMAN, Lisa M. e SAWICKI, Andres. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington DC: Brookings Institution Press, 2006, pp.54-55).*

⁵¹ Cf.: DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard Belknap Press, 1986, p.225.

⁵² Cf.: DWORKIN, Ronald. *Law's empire...*, cit., pp.225-226.

⁵³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp.210-211.

⁵⁴ O positivismo inclusivista reconhece a existência de espaços comuns, mas prega a distinção entre direito e moral. Quer dizer: a ordem jurídica repousa apenas sobre fatos sociais, mas podem considerações morais serem fatores de legitimação ou mesmo integrá-la, se socialmente incorporadas de alguma maneira (cf. MURPHY, Liam. *The political question of The Concept of Law*. In: COLEMAN, Jules. *Hart's postscript*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.379) O positivismo exclusivista, diferentemente, nega

dimensão avaliativa moral essencialmente argumentativa”⁵⁵, direcionada à legitimação do exercício do poder (da coerção), perante uma comunidade de princípios – isto é: “uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente sua vida”⁵⁶. E o direito só se realiza como tal se observados os princípios e seu funcionamento na prática judicial – sendo que estes não são meramente operativos, mas fundantes da ordem normativa. Consequentemente:

“A integridade exige que as instituições estatais atuem sempre de modo coerente com os princípios de moralidade política que justificam suas ações, o que significa que o Estado deve fundamentar suas decisões em uma interpretação desses princípios que reconheça seu devido peso e importância em cada caso. Dessa maneira (...) a integridade pode oferecer uma concepção do direito que legitima o uso do poder coercitivo e o reconhecimento de obrigações políticas de parte dos cidadãos”⁵⁸.

Nesta singra, os aplicadores do direito se põem como autores e críticos que contribuem à continuação do direito como integridade. São romancistas em cadeia, aos quais se confiam as tarefas de encontrar interpretações que se encaixam na narrativa até então escrita; e de escolher qual destas possíveis leituras faz com que o trabalho progrida da melhor maneira. Neste sentido:

“o autor envolvido na elaboração de um romance em cadeia deve considerar a continuidade do romance, e não um novo começo a cada capítulo. Ao detalhar o processo de interpretação, há duas dimensões às quais sua interpretação será submetida à prova. A primeira é a da adequação, em que o intérprete não pode adotar uma interpretação que acredite representar sua leitura individual da obra – à qual nenhum outro autor poderia chegar – fugindo à própria figura de um romancista em cadeia, preocupado com uma interpretação que faça o texto fluir como um todo. A segunda dimensão é a escolha entre as interpretações adequadas daquela que se ajusta melhor à obra em desenvolvimento como um todo. Essas dimensões devem ser

a existência de contatos entre direito e moral, exceto na hipótese de considerações morais serem incorporadas pelo direito – e portanto, subtraídas do campo da moral e incluídas no jurídico (cf. HART, Herbert L. A. *Kelsen visited*. In: HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp.296-297).

⁵⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia...*, cit., p.158.

⁵⁶ CARVALHO NETTO, Melenick e SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.67.

⁵⁷ “Dworkin relaciona a integridade com a fraternidade almejada pela revolução francesa. Ele afirma que o dever de respeitar as leis é proveniente de uma fraternidade social semelhante à de uma família ou grupo de amigos. Essa comunidade, regida pelo ideal de fraternidade, seria a comunidade de princípios. A comunidade de princípios é uma comunidade moralmente plural, ou seja, ela procura uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Ela adota um compromisso com os seus princípios e os manifesta na elaboração das políticas por meio da legislação e na sua aplicação pelo judiciário nas decisões judiciais” (CHUEIRI, Vera Karam de, e SAMPAIO, Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. *Revista DireitoGV*, 5(1), pp.45-66, jan-jun/2009, p.56).

⁵⁸ MAUÉS, Antonio Moreira. *Jogando com os precedentes...*, cit., p.605.

levadas em consideração pelo(s) autor(es) em todas as etapas da obra, do primeiro ao último capítulo do romance”⁵⁹.

A interpretação – e, pois, a adjudicação – deve, destarte, assumir o objetivo de tornar o romance, como um todo, melhor, sem trair sua unidade. Assim:

“O direito como integridade exige que os juízes assumam, tanto quanto possível que o direito se estrutura a partir de um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e devido processo legal, é demanda que eles os façam atuar em cada caso que lhes exigir pronunciamento, de modo que a situação de cada pessoa seja tratada de maneira equânime, segundo tais parâmetros. Este estilo de adjudicação respeita a ambição que inspira a integridade, a de realizar uma comunidade de princípio. (...) A interpretação visa a mostrar o que é interpretado em sua melhor feição possível, e a interpretação de qualquer parte do direito deve, portanto, não só atender à substância das decisões proferidas por oficiais anteriores, mas também à maneira com que (...) estas decisões foram redigidas. (...)

O direito como integridade assume ‘que juízes estão numa posição muito diferente da ocupada pelos legisladores. (...) Juízes devem tomar suas decisões de *common law* sobre fundamentos de princípio, não *policy*’⁶⁰.

A metáfora do romance em cadeia, da *chain of law*, explica o funcionamento da integridade no âmbito da jurisdição e contempla uma visão singular de precedente judicial, pois simultaneamente ao dever de ajuste aos “precedentes, a decisão de um caso concreto também deve oferecer a melhor justificativa para o uso do poder coercitivo do Estado, a fim de continuar desenvolvendo a história do direito da comunidade de como compatível com os princípios que a regem”⁶¹. Reafirma-se, assim, o compromisso com uma plena coerência, que não se limita à observância ao precedente, mas se acomoda com os princípios que nele se fizeram valer. “Ou seja, em que pese não ser necessária uma adesão estrita ao passado, a coerência com o conjunto de princípios que representa a moralidade política de uma comunidade implicará que todos sejam tratados com igual consideração e respeito nas decisões”⁶². Este atributo é alcunhado, por DWORKIN, de *força gravitacional do precedente*, que atribui cogência

⁵⁹ VOJVODIC, Adriana de Moraes, MACHADO, Ana Mara França e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *DireitoGV*. 5(1), pp.21-44, jan-jun/2009, p.39.

⁶⁰ Tradução livre. No original: “*Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to such standards. That style of adjudication respects the ambition integrity assumes, the ambition to be a community of principle. (...) An interpretation aims to show what is interpreted in the best light possible, and an interpretation of any part of our law must therefore attend not only to the substance of the decisions made by earlier officials but also to how (...) these decisions were made. (...) Law as integrity assumes “that judges are in a very different position from legislators. (...) Judges must make their common-law decisions on grounds of principle, not policy”* (DWORKIN, Ronald. *Law’s empire...*, cit., p.243-244).

⁶¹ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes..., cit., p.609.

⁶² QUEIROZ BARBOZA, Estefânia. *Precedentes judiciais e segurança jurídica...*, cit., p.249.

menos à *ratio decidendi* que aos princípios nela encadeados⁶³. Deste modo, “só terão força gravitacional as decisões baseadas em princípios. As decisões utilitaristas, que se baseiam em argumentos de política não terão qualquer força gravitacional”⁶⁴. A proposta, portanto, é *prescritiva*: estabelece objetivos e traceja os caminhos que a eles conduzem, sem embargo de permitir a aferição dos rumos que se segue no curso da adjudicação.

A estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, o prospectivo ofício da dogmática e a dinâmica da atividade jurisdicional (lamentavelmente ainda despegada do precedente) apontam, no bojo das transformações e necessidades abarcadas pela consolidação do Estado Constitucional e do modelo de cortes supremas, à maior valia da acepção dworkniana de precedente judicial. Esta opção, de resto referendada pela literatura especializada, é, certamente, não só a que melhor se encaixa nos moldes do direito brasileiro⁶⁵, como também a que melhor atende suas necessidades pertinentes à segurança jurídica⁶⁶. Assim:

“Defende-se aqui a utilização da ideia do ‘romance em cadeia’ e do ‘direito como integridade’ de Dworkin, para que o Supremo [mas não só ele e as demais cortes supremas] passe a proferir suas decisões como se estivesse a escrever capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outras decisões (capítulos) no futuro, de modo que haja não só uma continuidade do processo decisório no tempo, devendo ser coerente não apenas às decisões do passado, mas também às normas e principalmente aos princípios erigidos pela comunidade política.

Essa integridade e continuidade do processo decisório garante uma maior estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica para os cidadãos”⁶⁷.

Não relega, contudo, as demais à inutilidade: estas conservam-se à disposição do intérprete, como veras caixas de ferramentas, empregáveis no aprimoramento do otimistamente prospectado sistema de precedentes obrigatórios brasileiro.

⁶³ Cf.: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.115.

⁶⁴ QUEIROZ BARBOZA, Estefânia. *Precedentes judiciais e segurança jurídica...*, cit., p.249.

⁶⁵ Cf.: MAUÉS, Antonio Moreira. *Jogando com os precedentes...*, cit., p.610.

⁶⁶ A propósito: “Mais que atentar para o (não/mau) uso dos precedentes, parece necessário remontar as dificuldades da própria extração da linha argumentativa das decisões do Tribunal. Partindo da ideia de Dworkin de romance em cadeia, comparação feita pelo autor entre o processo de interpretação do direito e a literatura, fica-se com a impressão de que o segundo capítulo de um romance em cadeia, em que o autor interpreta o capítulo que recebeu para então escrever o seu, é sempre interrompido. O que pretendemos com isso é alertar para a necessidade de uma continuidade, no tempo, no processo decisório. A teoria de Dworkin é útil na medida em que demonstra a necessidade de diálogo entre decisões para que se forme um entendimento coerente por parte da corte” (VOJVODIC, Adriana de Moraes, MACHADO, Ana Mara França e CARDOSO, Evorah Luscí Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo...*, cit., p.27).

⁶⁷ QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de. *Escrevendo um romance em cadeia por meio dos precedentes judiciais...*, cit., p.193.

3. Conclusão

O direito civil brasileiro contemporâneo vive momento de holística metamorfose, capitaneada por duas mudanças qualitativas contíguas: a passagem dos modelos de Estado de Direito para o de Estado Constitucional e de cortes superiores para o de cortes supremas. Com isso, entre outras viragens enunciadas acima, as relações entre legislação e jurisdição são drasticamente revistas. Não mais se confia num legislador onisciente e idealizado, tampouco nas técnicas legislativas próprias do ideário codificador oitocentista. Da mesma forma, a desconfiança em relação ao judiciário, tão própria do furor revolucionário francês, rui diante da assimilação, pela comunidade jurídica, da distinção entre texto e norma e, conseqüentemente, da impossibilidade de o juiz se restringir à enunciação da exata interpretação da lei.

A principal chave articuladora destas mudanças – já trazida à baila por constitucionalistas e processualistas, que não se furtam ao diálogo com a teoria do direito – é o precedente judicial, o qual viabiliza o trato com enunciados de baixa densidade normativa, como princípios, cláusulas gerais e textos com conceitos indeterminados. Mas não basta a enunciação pura e simples deste mecanismo estabilizador, sem que se precise exatamente aquilo de que se está a falar. Assim, as leituras de SCHAUER – para quem o precedente consiste em regra prescritiva extraível de generalizações enraizadas –, SUNSTEIN – para o qual o precedente se afigura como analogia e indutor de acordos teóricos incompletos de resultado –, e de DOWRKIN – cuja tomada do direito como integridade não apenas dá conteúdo ao continente *precedente judicial*, como também traça um norte para o desempenho da atividade judicante – têm importância decisiva para apreender o sentido do precedente e permitir tomada de consciência acerca dos papéis desempenhados pelos Tribunais e pela literatura, para que sua atuação cotidiana permita o emergir paulatino do renovado perfil da segurança jurídica substancial.

Daí já se vislumbra a melhora de modelos de análise originalmente inovadores, mas hoje algo desgastados, porque timbrados por resquícios do modelo de cortes superiores, como os grupos de casos típicos. A lógica do precedente – tomado, agora sim, em sentido técnico – dispensa a repetição, para enaltecer a transcendência e, em última análise, a eficiência da atividade adjudicativa. Põe-se, pois, como possibilidade de segurança jurídica (substancial) no direito brasileiro, sobretudo se considerado no bojo do direito como integridade, a exigir, da jurisdição, coerência, adequação e previsibilidade.

A problemática da segurança jurídica material e o mecanismo estabilizador delineado nas seções anteriores são fatores a serem tomados em conta pela *civilística* hodierna, para que persista nos já significativos avanços que imprimiu e vem imprimindo no direito civil brasileiro contemporâneo.

4. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011

BUONOCORE, V. Le categorie contrattuale alla luce della disciplina comunitaria. In: LIPARI, N. *Diritto privato europeo e categoria civilistiche*. Napoli: ESI, 1998

CARVALHO NETTO, Melenick e SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011

CHUEIRI, Vera Karam de, e SAMPAIO, Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. *Revista DireitoGV*, 5(1), pp.45-66, jan-jun/2009

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard Belknap Press, 1986

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: os princípios fundamentais da Constituição Democrática. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n.58, pp.7-24, 2013

FIORAVANTI, Maurizio. *Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado Constitucional*. Tradução de: Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Inédito

HART, Herbert L. A. Kelsen visited. In: HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2ª Ed. Oxford: Clarendon Press, 1975

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, a.36, n.141, jan-mar/1999, pp.99-109

LEHNER, Moris. *Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt: Einfluss des EG-Rechts auf die nationalen Steuerrechtsordnungen*. Colônia: Verlag Otto Schmidt, 1996

LIPARI, N. *Le categorie del diritto civile*. Milano: Giufrè, 2013

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética do precedente: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *RIL*, a.25, n.139, jul-set/1998, pp.5-22

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista DireitoGV*, 8(2), jul-dez/2012, pp.587-624

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013

MURPHY, Liam. The political question of The Concept of Law. In: COLEMAN, Jules. *Hart’s postscript*. Oxford: Oxford University Press, 2005

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v.41, n.0, 2004, pp.85-98

QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de. *Escrevendo um romance em cadeia por meio dos precedentes judiciais – uma possibilidade para a jurisdição constitucional brasileira*. *A&C*. Belo Horizonte, a.14, n.56, pp.177-207, abr-jun/2014-a

QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014

RODRIGUES JR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, a.11, n.143, 2011, pp.43-66

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Reimpressão. Oxford: Clarendon Press, 2002

SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996

SUNSEIN, Cass R, SCHKADE, David, ELLMAN, Lisa M. e SAWICKI, Andres. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington DC: Brookings Institution Press, 2006

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Civilistica.com*, a.3, n.2, jul-dez/2014. [online]. Disponível na Internet via: <<http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Último acesso em 29/05/2015

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª Ed., atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

THEODORO JR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da EMERJ*, v.9, n. 35, pp. 15-48, 2009

VOJVODIC, Adriana de Moraes, MACHADO, Ana Mara França e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *DireitoGV*. 5(1), pp.21-44, jan-jun/2009.

civilistica.com

Recebido em: 14.10.2015

Aprovado em:

31.10.2015 (1º parecer)

24.11.2015 (2º parecer)

Como citar: RAMOS, André Luiz Arnt; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/seguranca-juridica-precedente-judicial-e-o-direito-civil-brasileiro/>>. Data de acesso.