

1. 1. Conceito de precedente no sistema norte-americano:

O estudo e adoção do sistema de precedentes no Brasil decorre de uma inevitável aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, que é consequência da globalização do direito.

Os precedentes na *common law*:

Black's Law Dictionary, 9th edition, p. 1295:

"A decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues".

"William M. Lille et al., Brief Making and the Use of Law Books":

*In law a precedent is an adjudged case or decision of a court of justice, **considered as furnishing a rule or authority for the determination of an identical or similar case afterwards arising, or of a similar question of law.** The **only theory** on which it is possible for one decision to be an authority for another is that **the facts are alike**, or, if the facts are different, that **the principle** which governed the first case is applicable to the variant facts.*

Qualquer sistema jurídico precisa extrair suas normas de fontes. No *Civil Law*, nosso sistema, a fonte do direito mais frequente é a lei. O juiz interpreta a lei, interpreta os fatos do caso e deles obtém a solução, que é a sentença.

No *Common Law*, a fonte central do direito é composta pelas decisões anteriores do próprio Poder Judiciário. O juiz interpreta os fatos do caso, os compara com os fatos do caso anterior e, se eles forem suficientemente parecidos ou análogos, aplica ao caso em julgamento a mesma solução já aplicada ao caso anterior. Daí a palavra "precedente".

Assim, nem leis, nem decisões judiciais são, em si, sinônimos de Direito. Elas são fontes do Direito, o que significa que as normas jurídicas são extraídas a partir dessas fontes, a partir da interpretação do conteúdo dessas fontes.

2.

Um exemplo do sistema norte-americano ilustra bem o modo como um sistema de precedentes se desenvolve. Trata-se de julgados da Suprema Corte acerca do comportamento das forças policiais em relação aos indivíduos presos. Quer saber mais sobre os casos? Clique em seus respectivos *links*.

Miranda v. Arizona, [384 U.S. 436](#) (1966): por 5X4, a Suprema Corte dos Estados Unidos Decidiu que um preso deveria ser informado de seu direito a se consultar com um advogado e ao silêncio antes de ser interrogado. *Miranda Warning*. A decisão de prestar o depoimento deve ser tomada de modo orientado, racional e voluntário (*knowing, intelligent, and voluntary*)

[Rhode Island v. Innis](#), [446 U.S. 291](#) (1980): declarações dadas espontaneamente, na prisão, mesmo sem o aviso, são válidas, se não forem em resposta a um policial;

[Berkemer v. McCarty](#), [468 U.S. 420](#) (1984): a gravidade da ofensa é irrelevante para o direito ao aviso. No caso, era um contravenção de trânsito.

[New York v. Quarles](#), [467 U.S. 649](#) (1984): Exceção de segurança pública. Se há algum elemento no caso que possa afetar a segurança pública (no caso, uma arma abandonada), os questionamentos podem ser feitos sem aviso.

[Colorado v. Connelly](#), [479 U.S. 157](#) (1986): "orientado, racional e voluntário" é uma análise que pressupõe apenas uma compreensão razoável e aparente.

United States v. Garibay (1998): a pessoa precisa entender a língua em que o aviso é dado, ou ser providenciado um intérprete.

[Missouri v. Seibert](#), [542 U.S. 600](#) (2004): se a polícia questiona, obtém a confissão, dá o aviso e depois questiona de novo, a segunda confissão também é inválida.

[Berghuis v. Thompkins](#) (2010): o pedido de advogado, se for ambíguo, não exige o encerramento do interrogatório.

3.

Como se pode perceber, a sucessão de situações, de casos relativamente similares, mas também relativamente diferentes, permite que o sistema se desenvolva lentamente, sem a necessidade de choques, como ocorre em um sistema de *civil law*, no qual a alteração da lei é abrupta. Ainda que haja um período de *vacatio legis*, é fato que a entrada em vigor da lei é instantânea.

Nesse sentido, é essencial perceber que ambos os sistemas têm suas vantagens e desvantagens:

Civil Law

Previsibilidade em abstrato

Democracia

Controle do poder do juiz

Common Law

Adequação ao caso concreto

Possibilidade de construção gradual do Direito

Possibilidade de adaptação às necessidades do caso

Previsibilidade em concreto

Se os sistemas são equivalentes, por que o *Civil Law* precisa de precedentes?

Em realidade, quando se estuda o sistema mais profundamente, percebe-se que o ideal dos revolucionários franceses, que pretendiam que a norma jurídica era passível de ser extraída diretamente da lei, sem interpretação. O juiz seria, nesse contexto, a “boca inanimada da lei” e, por isso, não haveria motivos para precedentes, já que todos os juízes decidiriam, necessariamente, da mesma forma: aplicando a lei.

4.

Ocorre que o problema é a percepção da ocorrência da chamada virada linguística na filosofia. A virada linguística (em inglês: *linguistic turn*), chamada também em português de giro linguístico, foi um importante desenvolvimento da filosofia ocidental ocorrido durante o século XX, cuja principal característica é o foco da filosofia e de outras humanidades primordialmente na relação entre filosofia e linguagem. Quando a filosofia percebe que a linguagem é criadora, inclusive, da realidade sensível, fica fácil notar que ela é, com mais razão, criadora da realidade jurídica, a qual não se pode pretender unívoca. O seguinte excerto proporciona uma ideia acerca da profundidade do problema com o qual a virada linguística se confronta:

O ponto de vista de que a linguagem 'constitui' a realidade é contrário à intuição e grande parte da tradição ocidental de filosofia. A visão tradicional (que Derrida chama de núcleo 'metafísico' do pensamento ocidental) via as palavras a funcionar como rótulos vinculados a conceitos. De acordo com essa visão tradicional, existe algo como 'a cadeira real', que existe em alguma realidade externa e corresponde aproximadamente com um conceito no pensamento humano chamado "cadeira" ao qual a palavra linguística "cadeira" se refere (essa é a tradicional teoria da verdade como correspondência). Entretanto, o fundador do estruturalismo, Ferdinand de Saussure, sustentava que as definições de conceitos não podem existir independentemente das diferenças entre palavras, ou, dito de outra maneira, que o conceito de algo não pode existir sem ser nominado. Portanto as diferenças entre os significados de uma palavra estruturam a nossa percepção; existe uma cadeira real apenas enquanto nós estivermos manipulando sistemas simbólicos. Nós não estaríamos sequer aptos a reconhecer uma cadeira como uma cadeira sem simultaneamente reconhecer que uma cadeira não é todo o resto – em outras palavras uma cadeira é definida como uma específica coleção de características que são definidas elas mesmas em certas maneiras, e assim por diante, e tudo isso no sistema simbólico da linguagem. Portanto, tudo que nós pensamos como 'realidade' é na verdade uma convenção de nomes e características, uma convenção que ela mesma é chamada de 'linguagem'. De fato, tudo fora da linguagem é por definição inconcebível (sem nome e significado) e portanto não pode invadir ou entrar na realidade humana, pelo menos não sem ser imediatamente apreendido e articulado pela linguagem”.

5.

Para saber mais: https://pt.wikipedia.org/wiki/Virada_lingu%C3%ADstica

E, se você quiser ir um pouco mais fundo, veja: <http://wittgensteinrepository.org/agora-ontos/article/viewFile/2247/2233>

Independentemente das polêmicas filosóficas acerca da virada linguística, para o Direito, algumas coisas se tornaram inquestionáveis:

- a) é impossível que o legislador predetermine todo o conteúdo do direito a partir de leis abstratas;
- b) é impossível que o legislador suprima a liberdade de o juiz interpretar as normas abstratas que produz;
- c) ao interpretar, os juízes chegarão, de boa-fé, a conclusões distintas daquelas a que outros juízes chegarão;
- d) a aplicação de um texto abstrato a um caso concreto é uma operação complexa, não uma mera subsunção, não um mero encaixe automático;
- e) o sistema jurídico contém um inevitável grau de incerteza em sua aplicação.

É nesse contexto que se insere o sistema de precedentes. Ele é um mecanismo para reduzir as incertezas, em um cenário no qual a previsibilidade é valorizada.

É claro que esse sistema também tem seus problemas. A Stanford Encyclopedia of Philosophy resume os questionamentos relacionados à aplicação de precedentes em:

- 1) Quando dois casos são idênticos para fins de aplicação de precedentes?
- 2) Quando dois casos são análogos, para fins de aplicação da decisão do caso anterior?
- 3) Por que a decisão de um caso anterior deveria ter efeitos sobre o caso subsequente?

De fato, a redução da incerteza associada ao uso de um sistema de precedentes é tanto maior quanto mais similares forem os casos. Na medida em que eles se diferenciam, torna-se mais imprevisível a conclusão do juiz posterior, acerca da aplicabilidade ou não do precedente ao caso subsequente.