Semana 2: Teoria dos precedentes

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 aI*., 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.

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](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Supreme_Court_cases%2C_volume_384) [U.S.](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Reports) [436](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/) (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*](https://en.wikipedia.org/wiki/Rhode_Island_v._Innis), [446](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Supreme_Court_cases%2C_volume_446) [U.S.](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Reports) [291](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/446/291/) (1980): declarações dadas espontaneamente, na prisão, mesmo sem o aviso, são válidas, se não forem em resposta a um policial;

 [*Berkemer v. McCarty*](https://en.wikipedia.org/wiki/Berkemer_v._McCarty), [468](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Supreme_Court_cases%2C_volume_468) [U.S.](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Reports) [420](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/420/) (1984): a gravidade da ofensa é irrelevante para o direito ao aviso. No caso, era um contravenção de trânsito.

 [*New York v. Quarles*](https://en.wikipedia.org/wiki/New_York_v._Quarles), [467](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Supreme_Court_cases%2C_volume_467) [U.S.](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Reports) [649](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/649/) (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*](https://en.wikipedia.org/wiki/Colorado_v._Connelly), [479](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Supreme_Court_cases%2C_volume_479) [U.S.](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Reports) [157](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/157/) (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*](https://en.wikipedia.org/wiki/Missouri_v._Seibert), [542](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Supreme_Court_cases%2C_volume_542) [U.S.](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Reports) [600](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/600/) (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*](https://en.wikipedia.org/wiki/Berghuis_v._Thompkins) (2010): o pedido de advogado, se for ambíguo, não exige o encerramento do interrogatório.

Como se pode perceber, a sucessão de situações, da 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 sitemas têm suas vantagens e desvantagens:

|  |  |
| --- | --- |
| **Civil Law**  | **Common Law** |
| Previsibilidade em abstratoDemocraciaControle do poder do juiz | Adequação ao caso concretoPossibilidade de construção gradual do DireitoPossibilidade de adaptação às necessidades do casoPrevisibilidade 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.

Ocorre que o problema é a percepção da ocorrência da chamada virada linguistica 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 lingística 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“.

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.