



Priscila Carvalho de Andrade

O argumento baseado em precedente

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio

Orientador: Prof. Noel Struchiner

Rio de Janeiro
Fevereiro de 2019



Priscila Carvalho de Andrade

O argumento baseado em precedente

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito do Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Noel Struchiner

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Ivar Hannikainen

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Perin Shecaira

Departamento de Direito – UFRJ

Rio de Janeiro, 28 de fevereiro de 2019

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Priscila Carvalho de Andrade

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) em 2016. Candidata ao título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica. Tem como principais áreas de interesse a filosofia do direito e a filosofia da linguagem e se dedica principalmente ao tema da argumentação jurídica.

Ficha Catalográfica

Andrade, Priscila Carvalho de

O argumento baseado em precedente/ Priscila Carvalho de Andrade; orientador: Noel Struchiner. – 2019.

99 f. : il. color. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2019.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Filosofia do direito. 3. Precedente. 4. Regra. 5. Analogia. 6. Viés. I. Struchiner, Noel. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

À minha avó (1936-2019).

Agradecimentos

Agradeço aos NERDS, e, em especial, ao Noel, que muito admiro. Também ao Guilherme, ao Ivar e ao Fábio, que contribuíram para o desenvolvimento desta dissertação. Aos demais professores do departamento de pós-graduação em direito da Puc-Rio, que incentivaram interesses e motivaram o trabalho. À Waleska e à Cláudia, bons exemplos que guardo de docência. Aos amigos do mestrado, que me inspiraram, todos e cada um, durante este tempo. À Puc-Rio, pela acolhida, e à CAPES, pelo fomento.

Resumo

Andrade, Priscila Carvalho de; Struchiner, Noel. **O argumento baseado em precedente** Rio de Janeiro, 2019. 99p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O precedente determina que decisão em caso anterior deve ser repetida em um caso atual porque ambos os casos são similares. Trata-se de argumento independente do conteúdo: a anterioridade de decisão em caso similar é importante, e não a qualidade. O precedente implica a valorização de se decidir, preferível, pelo que se supõe com o argumento, que se decidir corretamente ou conforme as melhores consequências. Se os casos são similares, devem receber o mesmo tratamento – ótimo ou subótimo. Mas quando casos são similares? Num sentido possível, casos são similares quando se pode garantir justificação interna num silogismo em que a prescrição extraída da decisão anterior é premissa maior, os fatos do caso atual são premissa menor e a conclusão é o resultado determinado no precedente. O precedente é uma regra. Noutro sentido possível, casos são similares quando se mapeiam categorias fáticas relevantes de ambos e conclui-se que são análogas. O precedente configura analogia. Uma teoria assegura a vinculação do juiz ao precedente, mas não acomoda a prática do *distinguishing*; a outra se ajusta ao *distinguishing*, mas não oferece vinculação – trata-se de um problema de alocação entre estabilidade e flexibilidade. Essas possibilidades teóricas ensejam questões empíricas: existe um conceito ordinário, dedutivo ou analógico, para precedentes? Se o precedente é uma regra, a sua extração de decisão anterior é enviesada pela escolha de seu grau de generalidade? Se o precedente corresponde à analogia, há manipulação da relevância dos fatos do caso precedente para que se atinja um resultado desejável no caso atual?

Palavras-chave

Precedente; regra; analogia; vieses.

Abstract

Andrade, Priscila Carvalho de; Struchiner, Noel (Advisor). **The argument from precedent**. Rio de Janeiro, 2019. 99p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The precedent establishes that a prior decision in a past case must be repeated in a current case because both cases are similar. It is a content-independent argument: the anteriority of the decision in a similar case is important, not its quality. The precedent implicates the value of deciding, which is more desirable, for what it is assumed with the argument, than deciding correctly or according to the best consequences. If cases are similar, they must receive the same treatment – optimal or suboptimal. But when are cases similar? In one plausible account, cases are similar when there is internal justification in a syllogism in which the prescription from the past decision is the major premise; the facts of the current case are the minor premise and the conclusion is the result established in the precedent. Thus the precedent is a rule. In another possible account, cases are similar when relevant factual categories are mapped in both cases and it is possible to conclude that they are analogous. The precedent is an analogy. One account assures precedential constraint, but cannot adjust to distinguishing; the other can make room for distinguishing, but cannot offer precedential constraint. – that is a problem of allocating between stability and flexibility. The theoretical possibilities gives rise to empirical questions: is there an ordinary concept, deductive or analogical, of precedents? If the precedent is a rule, its extraction from the prior decision is manipulated by choosing different generality levels? If the precedent is an analogy, are there biases on the determination of relevance to the facts of a precedent case in order to get a desirable result in the current case?

Keywords

Precedent; rule; analogy; bias.

Sumário

1 Considerações introdutórias	09
1.1 Como usar o precedente: autoridade e persuasão	12
1.2 Por que usar o precedente: consequências e valores	16
1.3 Onde se usa o precedente: fontes de direito e tradições de direito	18
1.4 Algumas concepções sobre o precedente	22
2 Estabilidade e flexibilidade	24
2.1 O modelo da regra	26
2.1.1 Generalidade e <i>distinguishing</i>	31
2.1.2 Vinculação e <i>judge-made law</i>	34
2.1.3 Generalidade e vinculação	38
2.1.4 <i>Ratio e dicta</i>	40
2.1.5 Ajustes no modelo	42
2.2 O modelo da analogia	45
2.2.1 Vinculação, relevância e <i>distinguishing</i>	47
2.2.2 Analogia como dedução, justificação e descoberta e realismo	49
2.2.3 Acordos teóricos incompletos	53
2.2.4 Analogia e metáfora	55
2.2.5 Ajustes no modelo	57
3 Empiria	58
3.1 Qual é o modelo ordinário para precedentes: dedutivo ou analógico?	59
3.2 A extração da regra e a escolha de categorias relevantes	63
3.3 Vinculação e vieses nos modelos da regra e da analogia	66
4 Conclusão	74
5 Referências bibliográficas	77
Apêndice	80

Considerações Introdutórias

O precedente é argumento que determina ou convence – a depender se é usado como autoridade ou de maneira persuasiva – de que, em um caso atual similar, deve haver a repetição de um resultado estabelecido em caso passado. Isso se baseia na proposição que existe dentro do direito (e fora) de que é preciso que se dispense a casos similares, sucessivos no tempo, o mesmo tratamento. Se os fatos são similares, não é justo que o segundo tenha resultado distinto do primeiro. Se já houve decisão, é contraproduutivo que se analisem, de novo, todas as razões para se adotar um ou outro curso de ação. Dentro do direito (e fora), o precedente prestigia a igualdade, e valores conexos, e a eficiência, e utilidades conexas. Sistemas legais da família de *common law* historicamente usam o precedente, embora não se trate de argumento que defina essa tradição – o *common law* existe sem que haja recurso a precedente –, ou que a ela pertença exclusivamente – em contextos de *civil law* também há o argumento (assim como há fora das tradições jurídicas, fora do direito). No capítulo um deste trabalho, considera-se como usar o precedente, por que usar o precedente e onde se usa o precedente.

Mas o que exatamente é o precedente? Não obstante frequentemente tratado como claro, em âmbitos acadêmicos e judiciais, o conceito provoca disputas. Parece certo que é argumento que determina ou influi na aplicação de resultado de caso passado a caso atual – mas isso se refere ao seu funcionamento, e não propriamente a sua natureza. Essa pergunta sobre o que é o precedente implica uma outra: o que significa dizer que caso passado é precedente para um caso atual?

Talvez um exemplo esclareça a pertinência da problematização. Em caso sobre acidente de veículos causado por defeito mecânico de fabricação, do qual tenha resultado danos para integridade física de quem dirigia, é possível que um juiz determine que o consumidor tenha direito a indenização e decline a seguinte razão para decidir: fabricantes têm responsabilidade por danos causados por produtos com defeito. Pode-se cogitar que, posteriormente, surja um caso em que o consumidor tenha sofrido danos a sua integridade física por ingerir bebida contaminada por corpo estranho impróprio para o consumo. Ao que parece, o resultado determinado judicialmente no primeiro caso, o dever de indenizar do fabricante, deve ser replicado

no segundo. Isso é: a decisão do caso sobre acidente de veículo é precedente para o caso de ingestão de bebida contaminada. Mas por quê?

Dentre as abordagens possíveis, as de maior proeminência consideram, de um lado, que o precedente é regra, e, de outro, que se trata de analogia. Se tido como regra, o resultado determinado em caso anterior deve ser repetido em caso atual porque os fatos desse se inserem no âmbito de incidência da regra que foi estabelecida na decisão daquele. Isso significa que o caso sobre acidente de veículo é precedente para o caso sobre ingestão de bebida contaminada porque estabeleceu-se no primeiro caso uma regra de que “fabricantes têm responsabilidade por danos causados por produtos com defeito”, que tem incidência sobre os fatos do segundo caso. Se se trata de analogia, o resultado determinado em caso anterior deve ser repetido em caso atual porque as categorias fáticas relevantes de ambos os casos são análogas. Isso significa que o caso sobre acidente de veículo é precedente para o caso sobre ingestão de bebida contaminada porque há categorias fáticas relevantes análogas nesses casos: defeito de fabricação; danos a integridade física; acidente de consumo; falta de relação contratual direta entre consumidor e fabricante etc.

Tratar esse argumento de um ou outro modo tem implicações em outros conceitos de uma teoria sobre o precedente, especialmente os de vinculação do juiz e *distinguishing*. Considera-se que uma boa teoria sobre precedente deveria viabilizar ambos. Apesar disso, esses conceitos vêm sendo considerados incompatíveis. Tratar o precedente como uma regra acomoda a vinculação do juiz ao precedente, mas não se ajusta ao *distinguishing*; considerar o precedente como analogia viabiliza o *distinguishing*, mas não oferece vinculação. A definição do que é o precedente deve passar por um *trade-off* – o que é mais vantajoso ou menos desvantajoso para uma teoria de precedentes: conservar a vinculação do juiz ou manter a possibilidade de *distinguishing*?

No capítulo dois deste trabalho, traçam-se considerações conceituais sobre os modelos da regra e analogia para o precedente; identificam-se vantagens e desvantagens das suas implicações teóricas e propõem-se possíveis ajustes.

A possibilidade teórica de se tratar o precedente como regra ou analogia enseja questões empíricas: como efetivamente se pensa o precedente? Ao usar o argumento, faz-se obrigatoriamente uma opção por tratá-lo como regra ou analogia, porque para se determinar se a decisão de um caso anterior é ou não precedente para outro atual é preciso que se saiba o que é o precedente. Ainda que não se dedique

especificamente a se pensar no que é o precedente antes de aplicá-lo, a definição de um conceito (mesmo que não consciente) é pressuposta no uso do argumento. Será possível que se verifiquem inclinações cognitivas para se adotar uma ou outra concepção? A investigação pretende constatar qual modelo – da regra ou da analogia – é normalmente atribuído por argumentadores ao precedente. Isso é: há um conceito ordinário?

Se ordinariamente se prefere a regra ou a analogia como modelo para o precedente, ainda é possível que se considerem eventuais vieses na argumentação. Em termos de regra, no caso sobre o acidente de veículo, estabeleceu-se como razão para se decidir que “fabricantes têm responsabilidade por danos causados por produtos com defeito”, mas um enunciado como “fabricantes de veículos têm responsabilidade por danos causados por produtos com defeito mecânico” também resolveria o caso. Se essa regra mais específica tivesse sido estabelecida ao invés da mais geral, o caso sobre a ingestão de bebida contaminada escaparia da incidência da decisão anterior. Será que o funcionamento do precedente enquanto regra permite manipulação de enunciados prescritivos de decisões anteriores para que se atinja, no caso atual, o resultado que se deseja? Em termos de analogia, os casos sobre o acidente de veículo e sobre a ingestão de bebida contaminada têm categorias fáticas relevantes análogas, como se viu. Apesar disso, o caso atual também apresentaria categorias fáticas relevantes e análogas em relação a um caso anterior em que não se atribuiu responsabilidade a uma fabricante de bebidas pela ingestão de um produto que continha um corpo estranho, mas não impróprio para consumo – ambos tratam de defeito de fabricação em bebida; corpo estranho em bebida; ingestão inadvertida pelo consumidor etc. As categorias fáticas consideradas na analogia com o caso sobre o acidente de veículo parecem mais relevantes do que as que determinam a analogia com o caso de ingestão de bebida com corpo estranho não impróprio para consumo – mas como se atribui relevância aos fatos? Será que a operação da analogia possibilita que se escolha, dentre várias decisões anteriores, aquela, cujo resultado é o querido para o caso atual, como precedente?

No capítulo três deste trabalho, apresentam-se resultados de experimentos desenhados para indicar respostas a essas questões. Se há um conceito ordinário, intuitivo para precedentes, é possível que o modelo que o representa tenha uma vantagem empírica em relação ao outro. Se há um modelo mais suscetível a vieses

que o outro, é possível que isso seja uma desvantagem experimentalmente verificada na disputa teórica sobre o que é o precedente.

Com a problematização, quer-se chamar atenção para o fato de que o conceito de precedentes não é unívoco. É possível que, na academia, o tema seja estudado como se todos entendessem a noção de uma mesma maneira. É também possível que, no judiciário, juízes e tribunais numa mesma jurisdição apliquem precedentes diferentemente, e, talvez, pior: é possível que um mesmo juiz (de modo inconsciente ou de má-fé) ora recorra a um modelo, ora a outro, sem que se detecte a incoerência. Com o desenvolvimento das análises teóricas e cognitivas aqui traçadas, quer-se verificar a possibilidade de se apontar qual é a concepção de precedente mais adequada.

1.1

Como usar o precedente: autoridade e persuasão

Decisões anteriores auxiliam na tomada de decisão quando, no caso atual, não se sabe decidir (*problem solver*); fortalecem a decisão que seria tomada ainda que o precedente inexistisse (*friend*); e, no direito (infrequentemente fora), constroem a repetição do que antes se decidiu mesmo que se trate de decisão ruim (*foe*).¹ Nesse último caso, soa contraintuitivo: por que obriga-se a manutenção de decisão do passado se é possível, no presente, alcançar resultado melhor?

O precedente parece implicar a ideia de que decidir é preferível a decidir corretamente ou a alcançar as melhores consequências. Trata-se de argumento institucional, em oposição a argumentos substanciais – de natureza moral ou prudencial. Argumentos institucionais, como são o precedente e a regra, têm uma relação próxima com a autoridade.

A autoridade é conceito que privilegia o melhor juízo de outro em detrimento daquele de quem está vinculado à autoridade. Não é esperado de um tribunal constrangido por *Roe v. Wade*, em que se decidiu sobre a possibilidade de interrupção da gravidez no primeiro trimestre gestacional, que determine se se trata de decisão boa ou ruim, para então definir se irá ou não replicá-la. A autoridade da decisão descarta a consideração de razões morais ou prudenciais para se decidir pela

¹ Essa nomenclatura (*problem solver*; *friend*; *foe*) está em Schauer (2007).

impossibilidade do aborto no início da gestação.² Trata-se de força argumentativa excludente da autoridade (em relação a argumentos substanciais).³ O juízo subsequente não pode considerar que há crime de aborto com a interrupção da gestação nos primeiros três meses de gestação, porque entende, por exemplo, que nesse estágio de desenvolvimento do feto há vida (por sua convicção filosófica ou religiosa), ou porque pensa que a descriminalização banalizaria a prática da interrupção da gestação. Isso ocorre porque o argumento baseado em precedente independe do conteúdo. Argumentos morais ou prudenciais, como esses mencionados, já foram considerados e rejeitados, porque tidos como fracos em relação a outros também analisados, pelas autoridades que estabeleceram *Roe v. Wade*. Não importa o que diz o precedente; apenas quem o determina é importante. É a fonte da razão que tem relevância, e não sua qualidade. Autoridade conferida aos precedentes faz com que a decisão judicial anterior deva ser repetida apenas por ser decisão judicial anterior.

Um argumento de autoridade pode ser representado no esquema:

A diz p

A é autoridade no assunto

Então, p⁴

“P” é descritivo se se trata de autoridade teórica; é normativo se se trata de autoridade prática. Em autoridade prática, “A” pode ser fonte do direito. Sistemas legais que adotam *stare decisis* tratam precedentes como fontes que não podem ser ignoradas por juízes. Se há precedente sobre o assunto em juízo, esse deve ser considerado explicitamente na decisão. Há críticas ao argumento de autoridade em termos de racionalidade na perspectiva da autonomia e, especificamente no caso de precedentes, na independência funcional e liberdade decisória de juízes. Se um juiz conclui em um sentido que implica o melhor resultado para certo caso atual, seria racional que decidisse em sentido contrário apenas porque uma maioria de juízes em

² A noção de autoridade não é relevante apenas no direito. Quando os pais designam dever aos filhos “porque sim”, usam de argumento de autoridade, que independe de conteúdo, ainda que antes tenham tentado (sem sucesso) persuadir com o oferecimento de razões baseadas em conteúdo.

³ Joseph Raz, em *Practical Reason and Norms* (1975), trata das *exclusionary reasons*. O tema recebe tratamento mais atento no item 2 deste trabalho.

⁴ Esse esquema está em Edwin Coleman (1995) e é discutido em Shecaira (2017).

um tribunal superior, ou ainda, porque ele próprio tenha decidido caso similar anteriormente?

Embora exclua razões prudenciais e morais uma vez estabelecido – essas razões não influenciam a conclusão, no esquema argumentativo sob análise –, há razões morais e prudenciais para se estabelecer o argumento de autoridade. Trata-se, por exemplo, da valorização da igualdade e da justiça formal. Ou da segurança, previsibilidade, eficiência etc. – isso é objeto de outro tópico (1.2).⁵ Pelo respeito às razões pelas quais se estabeleceu uma sistemática de precedente em um sistema legal, é possível se conferir alguma racionalidade à tomada de decisão sabidamente subótima.

Há outro ponto, talvez mais contundente, contra a alegação de irracionalidade do argumento de autoridade. Em geral, não se trata de conferir ao argumento de autoridade por precedente (ainda que chamado de vinculante ou *binding authority*) força conclusiva. É possível, eventualmente, que se considerem argumentos que concorram com o de autoridade, porque muito persuasivos, ainda que essa pretenda excluí-los. O precedente oferece uma razão apenas *pro tanto* para um resultado. Em certas situações, pode ser excepcionalmente afastado. A conclusão da última parte do esquema deve ser entendida como “então, possivelmente ou provavelmente, p”, e não “então, necessariamente, p”.⁶

Quando argumentos de correção superam, em peso, o precedente, há *overruling*; quando se trata de argumentos de fato, há *distinguishing*. Juízes com poderes para superar o precedente consideram a justiça do decidido (em termos deontológicos ou consequencialistas). Em se tratando de decisão injusta, conferem-se, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*) à decisão de superá-la como precedente. Se não há nenhuma outra regra aplicável, o juiz tem liberdade para decidir como deseja (em termos de razões dependentes de conteúdo) e nova decisão é substitutiva do precedente anterior. O precedente superado deixa de existir no sistema legal. Ainda é possível que um juiz não queira aplicar um precedente ao caso atual, não porque entende que é injusto, mas porque avalia que há uma distinção relevante entre os fatos

⁵ Esses valores frequentemente se chocam com outros sobre a justiça substancial, e, por isso, conferem algum peso à posição de se opor ao que é justo. Isso significa que, a depender do peso que esses valores assumem em um caso, pode ser, paradoxalmente, racional desviar-se da justiça. Sobre o assunto, a decisão de Sócrates de se sujeitar à autoridade é célebre. Sócrates recusou-se a escapar de Atenas na véspera de sua execução porque, apesar de saber da injustiça da sentença que o condenou, aceitava os valores em que se baseia a autoridade.

⁶ Esse assunto é retomado em outro tópico deste trabalho (2.1).

que constituem os casos. Se não há nenhuma regra aplicável, o juiz tem liberdade para decidir como deseja (em termos de razões dependentes de conteúdo), mas a nova decisão coexiste com o precedente não aplicado, ao invés de substituí-la. O precedente que foi distinguido de caso atual se mantém no sistema legal.

Para que precedentes funcionem no esquema argumentativo ora em consideração – agora corrigido para ser entendido de maneira não conclusiva –, é necessário que haja algum reconhecimento institucional ou social da sua fonte como autoridade.⁷ Na ADPF 347, decidida no Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro relator proferiu voto em que cita decisões judiciais anteriores do tribunal constitucional da Colômbia.⁸ Embora estabelecidas por autoridades judiciais, essas decisões anteriores configuram argumentos dependentes do conteúdo no voto do ministro do STF. Porque trazem bons argumentos sobre a configuração de um “estado de coisas inconstitucional” em sistemas penitenciários, constam como razões que apoiam a tese no caso brasileiro. O precedente é usado como reforço argumentativo. O ministro relator da ADPF não poderia decidir que há um estado de coisas inconstitucional na realidade carcerária do país, porque isso foi estabelecido no precedente colombiano; decide nesse sentido porque há, no precedente colombiano, argumentos que convencem sobre quando há estado de coisas inconstitucional, e ainda combina esse argumento a outros (pesquisas empíricas sobre o cárcere no país; análise dos direitos conferidos à pessoa encarcerada pela legislação brasileira etc.). Isso é, o precedente colombiano influi no processo decisório, e não o define.

Há situações, contudo, em que decisões judiciais anteriores, ainda que proferidas por juízes cuja autoridade institucionalmente se reconhece, também não podem figurar como “A” no argumento de autoridade. Isso significa que precedentes não funcionam sempre como autoridade na argumentação jurídica, ainda que estabelecidos por autoridades judiciais. Podem ser “A”, ou podem não o ser. Em um caso sobre aborto, um juiz pode decidir pela admissibilidade, porque essa é a decisão em *Roe v. Wade*. O precedente é autoridade. Mas seria também possível que decidisse pela admissibilidade do aborto porque, como os juízes de *Roe v. Wade*, reconhece que esse é um direito abarcado pela privacidade. Nesse caso, o juiz

⁷ O teste convencional sobre a validade da autoridade remete às considerações sobre a regra de reconhecimento em Hart, e não sobre a teoria do comando em Austin.

⁸ As citações são feitas a partir da página 11 do voto do ministro Marco Aurélio. Essas decisões colombianas tratam do conceito de “estado de coisas inconstitucional”, usado pelo Supremo Tribunal Federal para caracterizar a situação das penitenciárias do país.

convenceu-se do argumento usado pelo tribunal no precedente. Não se trata de usar o precedente porque é autoridade, mas porque traz bom argumento. Quando o precedente é apenas persuasivo, somente ingressa na argumentação para auxiliar o convencimento – apenas *friend* ou *problem solver*, e nunca *foe*. Não há sentido em se falar em *overruling* ou *distinguishing* do precedente persuasivo – a menos que a distinção entre o precedente e o caso atual configure argumento em favor da tese de quem o usa.

Autoridade e persuasão são noções opostas.⁹ Quando há autoridade, não é necessário se persuadir; quando se persuade, não há autoridade. É possível que se opte por usar precedentes de qualquer uma dessas maneiras. Há sistemas legais que conferem ao precedente força de argumento de autoridade; há outros que o empregam com força persuasiva. O precedente apenas pode ser *foe* se tratado como autoridade. Mas, ainda assim, não é *foe* sempre. Mesmo que se trate o precedente como vinculante (ou *binding authority*), há possibilidade de que razões concorram e superem o peso do argumento de autoridade, em uma operação de *overruling* ou *distinguishing*. Ambos os casos liberam o juiz da obrigação de aplicar precedente que geraria resultado que considera subótimo para o caso atual.

1.2

Por que seguir precedentes: consequências e valores

O conceito de um sistema de precedentes se refere ao constrangimento de juízes a seguirem decisões com as quais não concordam. Precedentes oferecem vinculação em dois sentidos: vertical e horizontal. A vinculação vertical ocorre entre órgão jurisdicional mais graduado – tribunal – e órgão jurisdicional menos graduado – juiz. A vinculação parece se embasar em uma ideia de hierarquia: juízes com poder decisório menos abrangente, em termos de jurisdição, devem obedecer decisões de juízes com poder decisório mais abrangente. A vinculação horizontal ocorre em um mesmo órgão jurisdicional. Um tribunal deve observar suas próprias decisões. Essa é uma ideia que causaria estranhamento caso se tratasse de qualquer outra autoridade

⁹ É comum que se fale em expressões como “autoridade vinculante” – *binding authority* – e em “autoridade persuasiva” – *persuasive authority*. Essa representa uma contradição em termos. Aquela, além de retratar pleonismo, pode causar confusões, pois parece dizer que a autoridade vinculante não pode ser derrotada. Schauer (2008, p. 70) sugere que a distinção seja traçada em outros termos: autoridade obrigatória ou facultativa. Isso é explorado em outro tópico do trabalho, sobre fontes do direito (1.3).

fora do direito – um presidente ou legislador não está compelido a seguir as decisões de seus predecessores ou suas próprias decisões anteriores se não mais as aprova; ao contrário, é esperado, pelos que os elegem, que não repliquem as decisões tomadas no passado que consideram ruins. Também no direito, para alguns, parece sem fundamento o comprometimento a decisões com as quais as autoridades do órgão que as proferiram agora discordam.¹⁰ Se sequer quem prolatou a decisão a defende, parece não haver motivos para mantê-la. Para vinculação vertical, a ideia de hierarquia confere alguma racionalidade à tomada de decisão deliberadamente ruim; para vinculação horizontal, nem isso.

Por que sistemas legais optam por compelir juízes a repetirem decisões com as quais não concordam? As razões podem ser consideradas de um ponto de vista consequencialista e também de uma perspectiva deontológica.

No que diz respeito às consequências, a previsibilidade de decisões é um argumento para instituir-se um sistema de precedentes. Se juízes, vertical e horizontalmente, estão obrigados a repetirem decisões anteriores (a menos que se trate de hipóteses de *overruling* ou *distinguishing*), independentemente de sua própria opinião sobre elas, é possível que se saiba qual decisão será tomada em determinado caso, ainda que esse não tenha sequer ocorrido. Do ponto de vista dos que estão sujeitos ao direito, os ganhos com melhoras pontuais no que é decidido sem vinculação a decisões anteriores raramente superam as perdas de não se poder confiar em um precedente subótimo. Do ponto de vista dos juízes vinculados ao direito, considerar algumas questões jurídicas como decididas de antemão viabiliza cognitivamente o processo adjudicatório. Trata-se de conferir eficiência à tomada de decisão. O sistema de justiça funcionaria mal se todas as decisões pudessem ser repensadas a cada vez que o mesmo problema se repete – redundaria em perdas em termos de confiança de quem pede a decisão e de tempo de quem decide. A previsibilidade também está associada a menor sujeição a vieses no julgamento – se a decisão já está fixada, ao jurisdicionado é certo que está sendo tratado pelo direito, e não por inclinações psicológicas do juiz em relação ao seu caso.

¹⁰ Oliver Wendell Holmes considerou “revoltante” que juízes se vinculassem a precedentes “por nenhuma razão, além de o fato de terem sido estabelecidos no tempo de Henry IV.”. Oliver W. Holmes, “The Path of the Law,” 10 *Harv. L. Rev.* 457, 469 (1897). Também Bentham se opôs ao sistema de precedentes, descrevendo-o como “acting without reason, to the declared exclusion of reason, and thereby in opposition to reason.”

Também se pode pensar se o sistema de precedentes é intrinsecamente bom. A igualdade é argumento deontológico importante a favor da opção de se constranger juízes. Casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento; casos diferentes devem receber tratamento distinto. Um sistema de precedentes consagra a ideia de justiça formal. Em *Roe v. Wade*, Jane Roe obteve judicialmente a declaração de inconstitucionalidade (em relação à cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda) da lei do estado do Texas que definia como crime a interrupção da gravidez, exceto se por recomendação médica em caso de risco para a vida da gestante. Em razão da decisão, Jane pôde realizar legalmente um aborto. Seria justo que, depois disso, outra gestante, no estado do Texas, não tivesse reconhecida a possibilidade de também interromper a gravidez? Não houve alteração no direito (a décima quarta emenda continua a valer); não houve alteração fática relevante (apenas alterou-se o nome da apelante). O precedente garante que todas as mulheres no Texas podem abortar nos três primeiros meses de gestação, assim como Jane Roe.

Esses são apenas exemplos. Há outros argumentos sistêmicos – consequentialistas e deontológicos – que conferem racionalidade ao estabelecimento de precedentes em um sistema legal e que tornam aceitável a existência pontual e esporádica de resultados subótimos produzidos pela vinculação a decisões anteriores por nenhuma outra razão a não ser o fato de serem anteriores ao caso atual.

1.4

Onde se usa o precedente: fontes do direito e tradições de direito

É comum que se faça uma associação entre precedentes e a tradição jurídica de *common law*, e regras e a tradição jurídica de *civil law*. É possível que se interprete a associação como sendo uma proposição descritiva de relação preferencial – sistemas legais de *common law* preferencialmente adotam precedentes como fontes do direito, e os de *civil law*, regras –, ou de relação exclusiva – sistemas legais de *common law*, e nenhum outro, adotam apenas precedentes como fontes do direito, enquanto os de *civil law* admitem apenas regras. Essa última pode causar distorções.¹¹ De fato, as fontes do direito são *loci oppositionis* de destaque entre o *common law* e o *civil law*

¹¹ Há contribuições relevantes sobre o precedente que parecem adotar a interpretação de que o precedente é argumento exclusivo do *common law*. Em Adam Rigoni (2014, p. 2), por exemplo: “since I am only interested in theories of precedent, I am interested only in common law systems”.

na literatura. Apesar disso, não se pode definir uma noção a partir da outra – trata-se de conceitos distintos.

O conceito de fontes do direito comporta uma ambiguidade. É possível que se use o termo para se referir a precedentes e regras, mas também pode ser empregado para tratar de juízes e legisladores. No primeiro caso, fala-se em documentos ou materiais jurídicos a que se confere autoridade; no segundo, em pessoas a que se confere autoridade. Qualquer uma dessas fontes pode figurar como “A” no argumento de autoridade cujo esquema antes se apresentou (1.2). Isso significa que, a essas fontes, pode-se atribuir, igualmente, força argumentativa independentemente do conteúdo de “p”. Há uma classificação relevante sobre fontes do direito: são obrigatórias, se os juízes não podem ignorar que existem; são facultativas, caso se admita que decisões sejam tomadas sem que sejam consideradas. Em geral, regras são tratadas como fontes obrigatórias e a doutrina, como facultativa. Sobre precedentes, há alegações de variação conforme a tradição jurídica.

O *common law* é tradição que apresenta uma peculiaridade em relação ao *civil law*: prescrições podem ser modificadas no momento de sua aplicação.¹² Juízes podem adequar as prescrições anteriormente estabelecidas ao caso concreto que analisam. A metodologia do *common law* trata as regras como contingentes e perfectíveis. Isso significa que resultados ruins são considerados defeitos, e não implicações que necessariamente decorrem da generalidade das prescrições.¹³ Os fatos podem alterar o direito para que resultados satisfatórios sejam alcançados. Essa é uma característica que implica na admissão de juízes como fontes do direito – já que são os juízes que examinam casos, modificam e aplicam prescrições, determinando o que é o direito aplicável. O fato de que juízes são fontes do direito no *common law* não significa, contudo, necessariamente, que precedentes também sejam. A metodologia do *common law*, enquanto *judge-made law*, é anterior a práticas de

¹² Em Schauer (1991, p.175), “a distinctive feature of the common law, apart from the fact that its rules are made by judges and not by legislators, is the status these rules have when confronting facts of a particular case. It is characteristic of the common law that the rules taken to exist prior to some case, and which would be known to lawyers prior to some case, are subject to modification when confronting the facts of a particular case.”.

¹³ Subinclusão e sobreinclusão, efeitos da generalização que cria prescrições, como se confere em Schauer (1991, p.31), são corrigíveis no momento da aplicação. Parece que é isso que Fuller tinha em mente quando tratou do *common law* como “working itself pure”.

precedentes.¹⁴ Isso quer dizer que, embora comumente se faça esta associação, os conceitos não se confundem: há possibilidade de *common law* sem precedentes, e assim houve por séculos. É relativamente recente que sistemas reais de *common law* temperem o método de otimização de resultados com a estabilização de resultados através de precedentes.¹⁵ O *common law* não se define pelo uso de precedentes; ao contrário, há entendimentos de que o precedente torna o *common law* mais próximo de sistemas de tomada de decisão baseada em regra legislada.¹⁶

Há também precedentes sem o *common law*. Esquemas de argumento baseado em precedentes são tratados em manuais de teoria geral da argumentação. Não se trata de argumento da teoria da argumentação jurídica especificamente. Fora do direito, também são invocadas decisões anteriores pelo argumentador para fazer com que o tomador de decisão se sinta constrangido pela coerência – filhos mais novos trazem a experiência dos mais velhos, autorizada anteriormente pelos pais, pretendendo que a decisão se repita; alunos argumentam com professores fazendo menção a decisão passada com intuito de compeli-los. O precedente não é argumento exclusivo de uma tradição do direito, porque tampouco é argumento exclusivo do direito.

Há que se considerar os possíveis usos do precedente. Um juiz que trata de uma decisão anterior em uma sentença pode pretender que essa o auxilie a convencer

¹⁴ O *common law*, como método de aplicação da “lei comum”, baseada em costumes, que admite sua modificação no processo de aplicação por juízes, surge no século XII, institucionalizado por Henrique II, na Inglaterra. A constrição de juízes por precedentes, com a doutrina do *stare decisis*, surge apenas nos séculos XVIII e XIX. No século XVII já havia referências a precedentes, mas a possibilidade de obrigar resultado ruim (ser *foe*), não era admitida. Este trecho do *Leviatã*, de Hobbes, esclarece: “There is no place in the world, where [a manifest condemnation of the innocent] can be an interpretation of a law of nature, or be made a law by the sentences of precedent judges, that had done the same. For he that judged first, judged unjustly; and no injustice can be a pattern of judgment to succeeding judges’. Em Duxbury (2008, p. 52), “one of the main insights of this research [charting the development of the doctrine of precedent between medieval and modern times] is that common-law judges have not always resorted to earlier judicial decisions as sources of authority.”.

¹⁵ A autonomia entre conceitos de *common law* e precedentes é evidenciada neste trecho de Schauer (1990, p. 181): “Commonly the methods of the common law are tempered in common law systems by rules, but rules appearing in slightly different form. (...) The vehicle for this entrenchment is often thought to be the idea of precedent, and it is to this that I will now turn.” Schauer trata o *common law* como método – que pretende a otimização de resultados –, e como sistema – ambiente de tomada de decisão em que se adota o método do *common law*, mas não necessariamente apenas esse. O sistema do *common law* adota o método do *common law*, ou adota, além do método do *common law*, outros.

¹⁶ Isso se refere a uma concepção de precedentes segundo o modelo da regra, conforme ainda será discutido no capítulo 2 deste trabalho.

seu auditório a aderir à tese que segue, porque é boa, tanto que já houve decisão que a endossou anteriormente; ou pode pretender demonstrar que está compelido a seguir sua tese, porque não pode ignorá-la, independentemente de sua qualidade. Seria possível que se entendesse que a associação entre *common law* e precedentes se refere ao seu uso como fonte obrigatória do direito, e que isso faria referência reflexa ao seu uso como fonte facultativa no *civil law*. Quer dizer, os precedentes, como fontes do direito, não seriam *loci oppositionis* entre as tradições jurídicas, mas seus usos como fonte obrigatória ou facultativa seriam.

Proposições como essa vêm sendo objeto de estudos sobre a convergência das tradições jurídicas. A experiência brasileira é frequentemente usada como corroboração da tese no que diz respeito a precedentes. Entende-se que esse sistema legal compõe a família do *civil law* – não admite modificação das prescrições enquanto são aplicadas; o ensino jurídico baseia-se em difusão de teorias abstratas, tratadas em manuais de direitos, e não em *casebooks*; fala-se em direito subjetivo como posição que faculta exigência de prestação etc. Apesar disso, desde a emenda constitucional 45/04, há súmulas vinculantes, enunciados criados pelo Supremo Tribunal Federal a partir de suas decisões anteriores que obrigam observância de todos os órgãos judiciais e administrativos. A partir do código de processo civil em vigor (2016), preveem-se textualmente as palavras “precedente”, “distinção” e “superação”, no art. 489, incisos V e VI. A redação desse último é: “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” Isso sugere um uso de precedente como fonte obrigatória do direito em um sistema legal em que predominam características de uma tradição de *civil law*. Houve um movimento: antes dessas alterações nos textos constitucionais e legais, precedentes constavam de decisões judiciais brasileiras se juízes quisessem recorrer a esse argumento – ainda que as partes suscitasse a existência de precedente, juízes poderiam ignorar a menção;¹⁷ após, juízes são obrigados a considerar o precedente suscitado, ainda que para distingui-lo do caso atual ou superá-lo (caso tenha poderes). Isso é suficiente para que se elabore o

¹⁷ Afinal, segundo a jurisprudência dos tribunais superiores do país, o juiz não é obrigado a se direcionar a todas as alegações das partes, se já apresentou motivos suficientes para decisão (Informativo 585, STJ).

argumento aqui proposto – de que sistemas legais de *civil law* também usam precedentes como fontes obrigatórias do direito. Se esse movimento é de convergência, como afirmam alguns, há espaço para disputas.¹⁸

Essas considerações indicam que não há fundamento em se associar o precedente ao *common law*, quer como fonte do direito, quer como fonte obrigatória do direito, se isso implica em uma descrição de relação de necessidade e de exclusão.

1.5

Algumas concepções sobre o precedente

O precedente estabelece uma conexão entre passado e presente. Isso, contudo, não é exclusividade desse argumento. Há outras noções que operam dessa maneira, o que frequentemente provoca confusões sobre o que é o precedente. Aqui consideram-se algumas.

Seria possível se pensar que um precedente é um *standard* – um padrão de conduta. Essa, contudo, é uma noção muito ampla. Um espelho de correção de um exame acadêmico é um *standard*. É anteriormente estabelecido por um corretor como modelo de resposta esperado a uma questão sobre conhecimento: respostas que contenham mais informações comuns ao espelho recebem notas mais altas; a respostas que contenham menos informações que constem do espelho conferem-se notas mais baixas. Apesar de o *standard* ser fixado no passado como parâmetro de julgamento de condutas no presente e, também, oferecer vinculação ao julgador – que não pode atribuir nota alta a resposta que não atenda o espelho, ainda que seja boa -, não se trata de um precedente. Não foi estabelecido a partir de um caso concreto; não foi determinado publicamente antes do exame, de modo a pressionar a conduta; é hipotético.

¹⁸ Proposições sobre a convergência das tradições jurídicas devem ser formuladas com cautela. Há muitos estudos que tratam sobre o tema da perspectiva das fontes do direito. O argumento que aqui se constrói, contudo, é que tradições de direito e fontes do direito não são conceitos que se implicam. Alterações no cenário sobre fontes não necessariamente geram alterações no cenário sobre tradição. Precedentes, como se viu, nem sequer caracterizam o *common law* – por que sua incorporação a sistemas legais de *civil law* significaria convergência em relação a sistemas legais de *common law*? Há muito mais a se falar sobre tradição de direito do que apenas fontes do direito. Em Schauer (2009, p.108), “although convergence is the sophisticated position these days, it is wise not to be too sophisticated. In style, tone, attitude, and even to some extent formal structure, common-law legal systems genuinely do differ from civil-law legal systems.”

Um precedente também é entendido por vezes como um exemplo.¹⁹ Tratar uma decisão judicial anterior como um exemplo, contudo, não parece suficientemente acomodar as situações em que o precedente funcionaria como *foe* – isso é, compelia o juiz a resultado que considera subótimo. Um exemplo ilustra uma tese. É um reforço argumentativo, porque é recurso à situação concreta que embasa proposição em abstrato. Não há nada no conceito que viabilize a noção de vinculação.²⁰

Há ainda a possibilidade de se tratar o precedente como um costume. Isso é frequente especialmente em razão da associação que se faz entre precedentes e *common law*. Ambos, o precedente e a “lei consuetudinária”, parecem ter o mesmo fundamento: a sabedoria do tempo. Há, contudo, algumas razões para que não se equiparem precedentes e costumes. No direito, precedentes são fontes estabelecidas por juízes; costumes são também fontes, mas são ditadas pela prática social (negocial, em matéria de direito dos contratos; familiar, em matéria de direito de família etc.).²¹ Decidir por precedente é fazer referência a um evento determinado no passado, enquanto o costume é de origem indeterminada e difusa, por vezes, inclusive, imemoriável. Seria também possível se pensar que precedentes, frequentemente, contrariam costumes.²²

Há outras maneiras de se entender o precedente. As mais discutidas na literatura são referentes à regra ou à analogia. Teóricos do direito discutem se o precedente é operado como a regra legislada, de maneira dedutiva, ou se precedentes dependem da comparação entre fatos relevantes que compõem os casos, de maneira

¹⁹ Ver Levenbook (2000, p. 185), que argumenta pela existência de “exemplar force” independentemente da justificação.

²⁰ Em Duxbury (2008, p. 07), “the fact that a particular precedent provides a good example, however, is not sufficient to explain why that precedent is treated as authoritative, for we often admire an example that has been set – and may even recognize it as the epitome of decency, good manners, healthy living or whatever – without feeling compelled to follow it.”

²¹ Algumas previsões em que se determina o costume como fonte do direito na legislação brasileira evidenciam que não se trata de precedente, como o art. 1297 do Código Civil, cuja redação determina: § 1º Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação. Os “costumes da localidade”, nesse dispositivo, são práticas que sobrevivem no tempo na relação entre vizinhos. Há abertura, inclusive, para que haja variedade de costumes nessa matéria dentro do sistema legal brasileiro, em que há diversas “localidades”. Não se trata de decisão anterior de autoridade sobre a divisão de despesas com construção e conservação de divisões de propriedades.

²² Outra razão, já comentada (2.3), mas que poderia ser aqui repetida, é o fato de que o *common law*, como direito consuetudinário, é anterior à prática de precedentes.

analógica. Nos capítulos que seguem, consideram-se aspectos teóricos e empíricos implicados nessas maneiras de compreender o precedente. Qual é o desenho teórico possível para a noção de precedente se é entendido como uma regra? E se é tratado como analogia? Há evidência empírica de que o precedente se opera como uma regra? Ou como analogia? Seria possível se considerar de vieses na aplicação de precedente em qualquer dessas concepções?

Em *Donoghue v. Stevenson*,²³ caso decidido na Inglaterra, a Sra. Donoghue sofreu problemas gástricos graves após consumir uma bebida que, dentro de recipiente opaco, continha o corpo em decomposição de uma lesma. Ela processou o fabricante da bebida, e o tribunal que julgou o caso entendeu que, apesar de não existir relação contratual entre as partes, havia dever de indenizar, porque fabricantes têm responsabilidade por danos causados por produtos com defeitos que não podem ser imediatamente verificados pelo consumidor. Nos Estados Unidos, MacPherson adquiriu veículo fabricado pela Buick Motor em uma concessionária.²⁴ Por um problema mecânico em uma das rodas, que, sozinho, sem conhecimento específico, não poderia ter identificado, MacPherson sofreu um acidente que lhe causou lesões. Se os casos tivessem ocorrido em uma mesma jurisdição e em uma relação de sucessão no tempo, por suposição, a decisão de *Donoghue v. Stevenson* determinaria a resolução do pedido de indenização de MacPherson contra Buick Motor?

Num sentido possível, as categorias generalizadas determinadas no caso pretérito encontram-se em sua *ratio decidendi*, que forma um predicado fático, do qual o resultado decisório é consequente jurídico: o precedente é uma regra.²⁵ Aplica-se a decisão anterior quando há incidência da regra, isso é, quando os fatos do caso presente podem ser postos como premissa menor num silogismo em que a *ratio* da decisão anterior é premissa maior. O argumento é dedutivo. Alexander (1989), Alexander e Sherwin (2008) e Schauer (2009) defendem versões desse modelo. Para esses autores, *Donoghue v. Stevenson* claramente estabelece uma regra – fabricantes têm responsabilidade por danos causados por produtos com defeitos que não podem ser imediatamente verificados pelo consumidor – cujo predicado é preenchido pelos fatos de *MacPherson v. Buick Motor Company*. A consequência jurídica estabelecida no primeiro caso – dever de indenização pelo dano – deve também se verificar no segundo.

²³ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562.

²⁴ *MacPherson v. Buick Motor Company*, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

²⁵ O predicado fático é uma afirmação descritiva genérica que, quando verificada, aciona a consequência jurídica da regra. Na regra segundo a qual “é proibido matar”, o falecimento em decorrência de assassinato é predicado fático. Em outro tópico (2.1.5), fala-se sobre a formação e estrutura da regra mais detidamente.

Noutro sentido possível, a aplicação do precedente ocorre a partir da identificação de semelhanças e diferenças relevantes entre o caso anterior e o atual. Este modelo, da similitude, considera o precedente como argumento por analogia. Aplica-se o precedente se os casos anterior e atual são similares. Ambos os casos, anterior e atual, são fontes do direito, não apenas o precedente. Há versões teóricas, mais recentemente influenciadas por ciência cognitiva, que descrevem o processo de identificação de semelhanças e diferenças (por experiência do julgador – comum ou especificamente jurídica – ²⁶, por referência ao caso passado como sendo um exemplo, ²⁷ por níveis – de superfície, de estrutura, de propósito – na comparação ²⁸ etc.). Dan Hunter (2001), Barbara Levenbook (2000), Adam Rigoni (2014) desenvolveram modelos afinados ao da analogia. Para esses autores, Donoghue controla MacPherson já que categorias relevantes mapeadas em cada caso encontram correspondentes no outro (acidente de consumo, vício oculto, falta de relação contratual direta entre consumidor e fabricante etc.). ²⁹

Embora ambos os modelos, nesse caso, ofereçam resposta em um mesmo sentido, de que Donoghue deve ser aplicado a MacPherson, essa conclusão é obtida de maneiras distintas: por dedução, no primeiro modelo, e por analogia, no segundo. Isso significa que, apesar de haver um consenso de que o precedente funciona com a aplicação de conclusão de decisão anterior a caso atual, não há concordância sobre como se opera o argumento. Num conceito de precedente segundo o qual a decisão anterior deve ser repetida em um caso atual porque ambos os casos são similares, pode-se alocar o debate entre modelos da regra e da analogia em “casos similares”. Ou casos são similares quando se pode garantir justificação interna no silogismo em que a prescrição extraída caso anterior é premissa maior, os fatos do caso atual são premissa menor e a conclusão é a decisão do precedente; ou casos são similares quando categorias fáticas relevantes de ambos os casos são análogas.

²⁶ Loyd Weinreb (2005), *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, p.91.

²⁷ Barbara Baum Levenbook (2000), —The Meaning of a Precedent, p. 188.

²⁸ Dan Hunter (2001), —Reason is too Large: Analogy and Precedent in Law, p. 17.

²⁹ Há concepções teóricas sobre a analogia que consideram que o argumento necessariamente envolve a formulação de um princípio ou uma regra, como em Dworkin (1996), MacCormick (1994), Levi (1951). Essas concepções são rejeitadas pelos autores aqui postos que defendem precedentes em um modelo da analogia. Uma crítica que alguns deles formulam, como Hunter (2001, p. 50), é sobre a supervalorização do contexto de justificação em detrimento da descoberta pelos que defendem analogia como dedução. Isso é objeto do trabalho em um outro momento (2.2.2).

Nesse elemento controvertido do conceito de precedente, “casos similares”, está implicado que a decisão anterior, independentemente de sua qualidade em termos de justiça ou consequências, deve ser replicada no caso atual por imperativo de igualdade e também pela valorização da previsibilidade; ao mesmo tempo, está pressuposto que dois casos similares não devem receber tratamento distinto, bem como dois casos distintos não devem receber o mesmo tratamento. Há, por isso, dois pontos de especial importância na análise de teorias sobre o precedente: a) se a concepção comporta a vinculação do julgador à decisão anterior quando o resultado da aplicação é (em termos de razões de primeira-ordem) subótimo; b) se a concepção resguarda a possibilidade da prática de *distinguishing* para evitar a decisão anterior aparentemente aplicável ao caso atual. Esses dois pontos são tradicionalmente (nas versões radicais dos modelos da regra e da analogia) considerados incompatíveis. Uma teoria que viabiliza vinculação ao precedente não poderia permitir o *distinguishing*, e uma teoria que acomoda o *distinguishing* não ofereceria vinculação ao precedente. Trata-se do problema de alocação teórica entre estabilidade e flexibilidade das decisões, de modo que haja segurança ou correção.

Neste capítulo, são analisadas as teorias da regra e da analogia; suas implicações no que se refere à vinculação e ao *distinguishing* e, ainda, possíveis ajustes teóricos para compatibilização desses dois aspectos.

2.1

O modelo da regra

Teorias sobre o modelo da regra consideram a argumentação baseada em precedente como um processo de extração de regras de decisões judiciais passadas e sua aplicação em casos atuais. Extraem-se regras, idealmente, de textos claramente estabelecidos pelos juízes dos precedentes. Aplicam-se regras por dedução: seu enunciado, identificado em decisão judicial passada, é premissa maior; os fatos do caso atual, premissa menor, e disso viabiliza-se conclusão, idêntica àquela do precedente. Casos são similares e merecem ser tratados igualmente se podem ser resolvidos por uma mesma regra.

A regra é a *ratio decidendi* do precedente, ou *holding* ou *ruling*. Algumas considerações - em geral negligenciadas em teorias sobre o precedente - são necessárias. Regras pressionam a conduta; razões justificam a conduta. Não se trata de conceitos coincidentes ou interseccionais, mas autônomos. Como se converte uma

ratio de um precedente, uma razão, em uma regra? Há aqui algumas noções importantes: generalidade e comprometimento.

A estrutura de uma *ratio* e o resultado da decisão que embasa é, tipicamente, “x, porque y”. Dar uma razão consiste em apresentar o resultado em, ao menos, um nível mais geral, isso é, y é uma maneira mais geral de dizer x; ou, dentre outros elementos, x está abarcado em y. É a noção de maior generalidade que define a relação entre a razão e o resultado para o qual é razão. Quando se pergunta a alguém por que carrega um guarda-chuva, a resposta pode ser, por suposição, “porque a meteorologia prevê que irá chover.” Esse enunciado não é explicitamente prescritivo – é descritivo, porque formula proposições de como *é* –, mas implicitamente incorpora algo como “carregue um guarda-chuva quando a meteorologia prever que irá chover” – normativo, porque formula proposição de como *deve ser*.³⁰ Se a razão (porque a meteorologia prevê que irá chover) não implicasse em regra (carregue um guarda-chuva quando a meteorologia prever que irá chover), não justificaria o resultado. Essa regra alcança o fato de que hoje, em reação a uma previsão meteorológica específica, carrega-se um guarda-chuva, mas também alcança outros, futuros (se desconsiderada a possibilidade de retroatividade), de previsões meteorológicas que estão por vir e que farão com que se carregue um guarda-chuva por outras vezes.

Se dar uma razão significa implicitamente apresentar uma prescrição mais geral do que o resultado para o qual é razão, dizer “x, porque y” significa comprometer-se. Se quem recebeu a razão encontrar aquele que a ofereceu sem guarda-chuva em uma ocasião em que a meteorologia previu chuva, isso pode causar um estranhamento. Porque, pela razão, veiculou-se uma regra, espera-se seu cumprimento. No momento em que é declinada, a razão é apta a ser razão para o resultado se implica uma regra cujo predicado fático está preenchido naquela situação. Nessa proposição sobre aptidão para ser razão não há nada implicado sobre sua qualidade. Uma razão pode justificar o resultado, ainda que seja insincera ou de pouco peso. O cumprimento da regra veiculada pela razão, contudo, pode ser comprometido por sua qualidade. Sobre a sinceridade, pode-se pensar que quem

³⁰ A ideia de que o processo de oferecer uma razão não é nada mais que alocar o resultado em um nível maior de generalidade é analisada com detalhes por Schauer (1995 p. 638 a 642). “A reason is the result itself at a greater level of generality (...)”. Também está em Schauer (1995) a formulação da relação entre a razão e o resultado para o qual é razão como “x, porque y”.

ofereceu a razão, na verdade, carregava o guarda-chuva para auxiliar a caminhada, como um apoio, e não por causa da previsão do clima. Nesse caso, em outra ocasião, já superada a dificuldade de se caminhar, é possível que resolva não carregar o guarda-chuva, ainda que a previsão do tempo indique que irá chover. Isso faz com que a razão declinada (porque a meteorologia prevê que irá chover) seja insincera, mas, ainda sim, é apta a ser razão para o resultado, já que implica uma regra cujo predicado fático foi preenchido naquela situação em que a razão foi oferecida. Sobre o peso, pode-se pensar que a razão apresentada seja fraca e que seja derrotada por razões concorrentes. Em outra ocasião, em que se tenha que carregar uma pilha de livros, levar consigo o guarda-chuva em decorrência da previsão meteorológica possivelmente tem menor peso na definição de como agir do que tinha na oportunidade em que se declinou a razão, quando não se tinha nada mais a ser carregado, a não ser o guarda-chuva. Isso não retira a aptidão da razão oferecida de ser razão para o resultado, apenas torna-a mais fraca. Nesses casos, a aptidão para ser razão não é afetada, mas o comprometimento à regra veiculada pela razão é. Porque se tem uma razão para agir em certo sentido, não significa que deve-se assim agir, *all things considered*.

Admitem-se impactos da qualidade da *ratio* no cumprimento do precedente fora do direito (como no caso do guarda-chuva);³¹ dentro, contudo, no modelo da regra – ao menos em uma versão extrema, que é a aqui considerada – não se permite que o resultado do caso atual seja controlado por outras razões se há precedente, sincero ou insincero, seja qual for seu peso. Isso ocorre porque, fora do direito, as *rationes* anteriormente declinadas, que configuram o precedente, são, em geral, de primeira-ordem, isso é, razões prudenciais ou morais consideradas por quem as oferece, que buscam responder corretamente a questão “o que devo fazer?”. Contrariamente, no direito, no modelo da regra, precedentes constituem razões de segunda-ordem, isso é, tratam do julgamento de outra pessoa – uma autoridade judicial – sobre as razões de primeira-ordem relevantes. Quer dizer, o juiz do precedente já considerou razões de primeira ordem ao estabelecer a *ratio*; ao juiz do

³¹ Schauer (1995, p. 645) argumenta por um modelo de comprometimento baseando-se fundamentalmente na existência de uma prática social de conferir essa força às razões. Como ocorre com promessas, razões geram confiança de quem as recebe, o que, para quem as dá, criaria um dever correlato de compromisso. Ainda assim, esse comprometimento em um contexto de simples oferecimento de razões parece mais fraco do que o que há em um contexto de prática judicial de precedentes.

caso atual não cabe considerá-las outra vez, sob argumento de que o precedente estabelecido é insincero ou fraco.³² As razões de segunda-ordem são excludentes, porque substituem as razões de primeira-ordem (como se viu no item 2.1 desse capítulo, na noção de autoridade).

Precedentes apenas funcionam como fontes do direito (com oferecimento de razões de segunda-ordem) se constroem juízes a tomarem decisões que consideram subótimas (em termos de razões de primeira-ordem). O imperativo de repetição de decisão que se entende incorreta é o que teóricos do modelo da regra chamam de vinculação ao precedente, mais intensa que o comprometimento a razões.³³ Essa noção é tida como desenho teórico próprio do modelo da regra – a vinculação ao precedente seria o que falta a teorias que escapam desse modelo sobre precedentes, como se analisa em outro item deste trabalho (2.2).

Em *Riggs v. Palmer*,³⁴ caso julgado pelo tribunal de apelação de Nova Iorque em 1889, Palmer assassinou o avô para garantir e antecipar o recebimento da herança que lhe era atribuída em testamento. Pelo crime, Palmer foi julgado e condenado à prisão. As tias de Palmer, as irmãs Riggs, processaram-no para evitar que ele adquirisse as propriedades do avô por herança. O tribunal decidiu em favor das irmãs Riggs e anulou o testamento que previa Palmer como beneficiário, porque entendeu que ninguém pode beneficiar-se do próprio crime. Anos depois, *Riggs v. Palmer* foi considerado em outro caso. *Youssouppoff*, em 1916, participou da conspiração e do homicídio de Rasputin, conselheiro da família real russa. A CBS, emissora americana, fez produção televisiva da história desse assassinato, e retratou *Youssouppoff* com destaque. A exibição alcançou grande audiência. *Youssouppoff* processou a CBS e pleiteou indenização pela veiculação de sua imagem com fim econômico e sem sua autorização. A decisão de que Palmer não deve receber herança deve ser aplicada ao pedido de indenização de *Youssouppoff*?

³² A distinção entre razões de primeira-ordem e segunda-ordem está em Raz (1985).

³³ Destaca-se que a vinculação ao precedente apenas ocorre quando o juiz considera a decisão anterior ruim, mas, ainda sim, se sente constrangido a repiti-la. Em Schauer (1995, p.654): “When the later decisionmaker agrees with the earlier decision, the constrain of precedent is redundant as is the constraint of commitment to reasons under those circumstances.” Se o precedente determina decisão que o juiz não saberia tomar caso não houvesse decisão anterior, ou se apenas corrobora decisão que o juiz já tomara, mesmo sem consultar o precedente, não há que se falar em vinculação. Isso foi tratado no capítulo anterior com a análise dos papéis do precedente como “problem solver”; “friend” e “foe” (1.2).

³⁴ 115 N.Y. 506 (1889).

A decisão do tribunal no precedente é de que Palmer não pode herdar as propriedades do avô (x), porque ninguém pode se beneficiar do próprio crime (y) – em que y é x levado a um grau mais elevado de generalidade. Há incidência da regra estabelecida em *Riggs v. Palmer* – de que ninguém pode se beneficiar a partir do próprio crime – em *Youssouppoff v. Colombia Broadcasting System Inc.*³⁵ *Youssouppoff* não deve receber indenização. Ele, assim como Palmer, não pode aumentar seu patrimônio em decorrência do fato de ter assassinado alguém. O juiz do caso atual, vinculado à decisão em *Riggs*, não pode cogitar de insinceridade na elaboração da *ratio*. Também não pode considerar que o peso da *ratio* no caso atual seria menor e que, eventualmente, a *ratio* seria derrotada em *Youssouppoff* por se tratar de caso em que o benefício pecuniário pleiteado era apenas decorrência indireta do crime cometido, e não direta, como era em *Riggs*. A existência de um precedente que incide no caso atual determina a vinculação. O juiz deve repetir o resultado de *Riggs* em *Youssouppoff* ainda que entenda que se trate de resultado subótimo.

Outro tipo de concorrência de razões poderia ser considerado. Em um item do capítulo anterior deste trabalho, consideraram-se a previsibilidade – de um ponto de vista consequencialista – e igualdade – de uma perspectiva deontológica – como razões para se implementar um sistema de precedentes. Razões sistêmicas como essas também não podem ser consideradas em concorrência com razões prudenciais ou morais para se decidir o caso em certo sentido. Um juiz, no modelo da regra, não resolve aplicar o precedente porque entende que razões de previsibilidade e igualdade têm maior peso que razões sobre a qualidade da decisão para o caso específico. É o status de regra que determina sua aplicação.³⁶ Isso serve a valores de eficiência e economia na tomada de decisão.

Se nem a *ratio* do precedente nem as razões para se implementar um sistema de precedentes concorrem com razões morais ou políticas de fundo, o modelo da regra parece insatisfatório em termos de justiça de decisões. Teóricos desse modelo argumentam que a aderência a regras, ainda que impliquem resultados subótimos

³⁵ 265 N.Y.S. 754 (Sup. Ct. 1965).

³⁶ Em Adam Rigoni (2014, p. 6) “the judge acting under precedential constraint applies the rule without thinking that doing so is justified by systematic concerns, since she does not consider those reasons at all.” Em Alexander (1989, p. 18), “the constrained court cannot decide to overrule merely because, having weighed equality and reliance against the advantages of a different rule or decision, it has found the balance slightly tilted in favor of the latter.

pontuais e esporádicos, atingem mais resultados corretos em escala do que haveria se cada caso individual fosse decidido corretamente sem que houvesse vinculação.³⁷

2.1.1

Generalidade e *distinguishing*

Sistemas legais que adotam precedentes como fontes do direito, em geral, admitem práticas judiciais de *distinguishing* e *overruling*. Em *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*,³⁸ Adams processou uma companhia de ferries (balsas) pelo furto de sua bagagem em sua cabine privada em uma viagem com uma pernoite. Havia decisão anterior, em que determinou-se que uma companhia de trem não devia indenização a passageiro que fez uma viagem de curta distância, “porque contratados para transporte não têm responsabilidade por pertences furtados”. Há *distinguishing* quando os casos comparados, apesar de superficialmente similares, não são relevantemente similares. Nessas hipóteses, a decisão anterior não se configura como precedente. Não obstante o contrato entre quem viaja e a operadora de ferries ser contrato de transporte, há algo que diferencia esse caso daquele da companhia de trem anteriormente decidido: passageiros pernoitavam à bordo do ferry, e, por isso, obviamente, não poderiam manter vigilância sobre seus pertences durante toda viagem. Pela distinção, seria possível se argumentar que contratos de transporte em geral (em que não há pernoite) e contratos de transporte por ferry (em que há pernoite) deveriam ser tratados de forma diversa. Também seria possível se pensar em *overruling*: ocorre se os casos comparados são relevantemente similares, mas o juiz com poderes para avaliar a qualidade da decisão anterior a considera subótima e não está disposto a repeti-la. Seria possível ao juiz, analisando o caso do ferry, alterar o que deve vincular esse e casos futuros, julgando que, na verdade, contratos de transporte em geral envolvem responsabilidade do fornecedor por pertences furtados.

Com *distinguishing*, há criação de novo precedente, que coexiste, no sistema legal, com aquele que, em razão de circunstância fática que o distinguia do caso atual, não foi aplicado. Com *overruling*, substitui-se o precedente que até então vigia (em

³⁷ Esse argumento aparentemente paradoxal está na concepção de autoridade como serviço de Raz. A substituição de razões de primeira-ordem por razões de segunda-ordem pela autoridade é um serviço, porque: a) coordena as ações para realização de certos bens públicos almejados por todos— como educação, saúde, segurança.; b) a autoridade “knows better”, ou, ao menos, tem mais recursos e tempo para compreender o que é melhor para que se atinjam os bens públicos almejados por todos.

³⁸ *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, 45 N.E. 369 (N.Y. 1896)

geral, com efeitos retroativos) por outro, novo, por ser aquele injusto ou inapto a alcançar as melhores consequências. Coexistência e substituição parecem garantir autonomia conceitual para *distinguishing* e *overruling* em argumentações baseadas em precedentes.

Teóricos do modelo da regra, contudo, resistem em admitir a viabilidade do *distinguishing* como prática judicial autônoma. Nesse desenho conceitual, apenas os fatos que constam do predicado fático da regra do precedente são relevantes para determinação da similitude entre casos. Considerando que o que há entre a operadora de ferry e o passageiro é um contrato de transporte e que houve furto de pertences, não se pode deixar de aplicar a regra estabelecida no precedente segundo o qual “contratados para transporte não têm responsabilidade por pertences furtados”. Fazer o *distinguishing* significaria editar a regra para algo como: “contratados para transporte não têm responsabilidade por pertences furtados, a menos que se trate de transporte por ferry.” Isso, no modelo da regra, é *overruling*.³⁹ O juiz do caso atual não pode modificar a regra estabelecida no precedente para evitar um resultado que entende subótimo, e, ao mesmo tempo, negar que se trata de *overruling*.

A generalidade faz com que uma pluralidade de casos futuros ensejem a incidência da regra do precedente, casos que, possivelmente, não foram antecipados no momento da criação da *ratio*. Quando o tribunal estabeleceu que “contratados para transporte não têm responsabilidade por pertences furtados”, talvez não tenha considerado contratos entre operadores de ferries e consumidores. Há, em cada um dos casos futuros, previstos ou não previstos, duas opções para o juiz: ou a observância da regra que já foi posta ou a constituição de uma nova – nunca há possibilidade de distinguir (apenas manter ou superar).⁴⁰ Se o predicado fático da regra é preenchido, os casos, passado e atual, são similares. Ou a regra deve ser aplicada a ambos ou a nenhum, ainda que quem tenha criado a regra do precedente não tenha cogitado o caso futuro. Não é possível ao juiz do caso atual considerar

³⁹ Alexander e Sherwin (2008, p. 114) admitem: “the rule model does not and cannot distinguish between overruling precedent and modifying or ‘distinguishing’ them.” Para os teóricos do modelo da regra, não se trata de uma falha na concepção de precedente; falha, porque incompatível com a vinculação, é a acomodação ao *distinguishing*. No mesmo sentido em Alexander (1989, p. 19), “any practice of precedential constraint that distinguishes between overruling and narrowing or modifying a precedent is not a practice of the rule model of precedent”.

⁴⁰ Em Alexander (1989, p. 19), se fala em “binary choice: it [the constraint court] can either follow the precedent rule in its canonical form or overrule it”.

circunstâncias que supostamente diferenciam os casos (em termos de razões de primeira-ordem): apenas há ou não há incidência da regra (em termos de razão de segunda-ordem). Isso implica em equiparação conceitual entre *distinguishing* e *overruling*. Ambos são, igualmente, a negação da aplicação de regra anteriormente estabelecida e que tem incidência em caso atual.

A impossibilidade do *distinguishing* torna o precedente uma prática de *judge made law* contraposta ao método do *common law* tradicional (e, talvez, estereotipado).⁴¹ O traço distintivo do *common law*, já se viu (1.4), é a possibilidade de modificação da regra judicial antes estabelecida no momento em que é aplicada para adequá-la ao caso atual e viabilizar obtenção do melhor resultado. As generalizações são contingentes e perfectíveis.⁴² Contrariamente, os precedentes, no modelo da regra, devem ser aplicados como formulados pelos juízes que o criaram – apoia-se, idealmente, na disposição de juízes de declinarem uma *ratio* de maneira clara. Há, contudo, situações excepcionais, em que teóricos admitem a modificação da regra estabelecida no precedente: para eliminar inconsistências com outras regras (que não foram superadas); ou para corrigir erros materiais evidentes. Essa prática é paralela àquela, em geral, admitida em relação a regras canônicas de códigos. Trata-se de imperativo de operacionalidade do sistema legal, e por isso admitida até pelos teóricos do modelo da regra mais inclinados a preservar a vinculação.⁴³

Há alguns problemas em não se acomodar o *distinguishing* em uma teoria sobre precedentes. A obtenção de resultados subótimos, obviamente, é um deles. Parece injusto que o consumidor não seja indenizado pelo furto de seus pertences de sua cabine privada enquanto esteve dormindo, apenas porque já houve decisão de que “não há obrigação de indenizar em contratos de transporte” estabelecida em um caso

⁴¹ Schauer (1995, p. 650) trata dessa ideia do *common law* quando argumenta que oferecer razões gera comprometimento: “the argument for the nonexistence of commitment to reasons in legal practice likely stems from a common law tradition of particularity. Law is not about generality, but about particular situations and decisions in cases that the infinite variety of human experiences ensures will never repeat themselves.”

⁴² Em Schauer (1991, p.175), “It is a characteristic of the common law that the rules taken to exist prior to some case, and which would be known to lawyers prior to the case, are subject to modification when the features of the case demand.” e “The common law’s characteristic lack of canonicity greatly facilitates changing the rules as they are applied.” Essa seria a vantagem de um método de *common law* de desenvolvimento do direito. Como já anotado, parece que era isso que Fuller (1940) tinha em mente quando disse “the common law works itself pure and adapts itself to the needs of a new day”.

⁴³ Ver Alexander (1989, p.23), em que essas hipóteses são admitidas sem que se considere desnaturado o modelo da regra.

cujos fatos permitiam que o consumidor, caso quisesse, mantivesse vigilância sobre seus próprios bens durante toda a execução do contrato. Há também dificuldades em termos de operabilidade do precedente. Dentre elas, está a criação de uma cisão entre teoria e prática judicial. Sistemas legais reais que admitem o precedente como fonte obrigatória do direito incorporam na prática judicial também o *distinguishing*.⁴⁴ Trata-se de noção costumeiramente tratada por profissionais do direito. Em alguns sistemas, há inclusive repercussões na organização judiciária. Por exemplo, nos Estados Unidos, com a proposição de equivalência conceitual entre *distinguishing* e *overruling* do modelo da regra, perde o sentido a diferenciação entre *appellate courts*, que podem distinguir qualquer precedente e superar aqueles estabelecidos por tribunais de instância inferior, e *district courts*, autorizadas apenas a distinguir.

2.1.2

Vinculação e *Judge-made law*

O juiz está vinculado quando os fatos do caso atual preenchem o predicado fático da regra estabelecida em precedente para determinar a consequência jurídica antes fixada. Ao contrário, o não preenchimento do predicado fático da regra do precedente permite que o juiz decida o caso atual conforme deseje, e crie nova regra (se não há nenhuma outra no sistema legal). Após identificar que “fabricantes têm responsabilidade por danos causados por produtos com defeitos que não podem ser imediatamente verificados pelo consumidor” é a regra estabelecida em *Donoghue*, um juiz apenas precisa determinar se um Buick com problema mecânico em uma das rodas é um produto com um defeito que não poderia ser imediatamente verificado por *MacPherson*.⁴⁵ A incidência da regra do caso anterior no caso atual obsta quaisquer outras discussões que eventualmente se considerem sobre, por exemplo, a diferença entre os preços dos produtos do caso *Donoghue* e do caso *MacPherson*; ou entre os

⁴⁴ No Brasil, o Código de Processo Civil prevê expressamente “precedente”, “superação” e “distinção” no artigo 489, inciso VI. Seria possível se pensar, pela disposição legal, que o Brasil não adota o modelo da regra para precedente, já que admite o *distinguishing* como noção separada de *overruling*. Apesar disso, sempre que se argumenta por precedentes em tribunais ou quando o assunto é tratado na academia, há referência a noções como *ratio decidendi* e *obiter dictum*, conceitos próprios do modelo da regra, como se vê em outro item desse trabalho.

⁴⁵ O argumento pressupõe que se trate de regra formulada em precedente livre de problemas como inconsistências, vagezas ou ambiguidades. Sobre o assunto, o debate entre Fuller (1958) e Hart (1958) sobre a regra “é proibido veículos no parque” é representativo de algumas das dificuldades em interpretação.

riscos inerentes ao consumo de cada um desses produtos; ou entre suas comercializações, por pequenos estabelecimentos, no caso da bebida de gengibre, ou por concessionárias especializadas, no caso de veículos. Contrariamente, se não houvesse Donoghue, ou nenhuma outra regra que incidisse em MacPherson, o juiz poderia decidir livremente sobre a responsabilização da Buick Motors, e considerar todos os aspectos fáticos que configuram o caso, e não apenas aqueles que constam de um predicado de prescrição.

Precedentes são uma prática de *judge-made law*.⁴⁶ Apenas depois que Donoghue sofreu danos em relação a sua saúde pela ingestão de bebida contaminada por corpo estranho é que o tribunal inglês competente determinou a responsabilização de Stevensons. Antes, não se admitia responsabilização extracontratual no direito inglês. As autoridades judiciais consideraram especificamente Donoghue v. Stevensons para criação da regra, e houve aplicação retroativa. Desenhos institucionais que acomodam a argumentação por precedentes optam por uma maneira de se fazer o direito em concreto (ao contrário da argumentação por regras, por exemplo, que se apoiam no desenvolvimento do direito em abstrato).

Em razão da generalidade, os casos futuros que preenchem o predicado fático de uma regra estabelecida em precedente são numerosos. Consumidores sofrem danos gerados por defeitos ocultos em produtos com frequência, e todos poderiam ser indenizados pelos fornecedores com base unicamente na anterioridade de Donoghue, independentemente de particularidades que, eventualmente, pudessem ser suscitadas pelo fornecedor em casos futuros para se livrar da responsabilização. Se há incidência de Donoghue, há dever de indenizar, e o fornecedor não poderia argumentar pelo *distinguishing*. Em um único caso estabelecem-se os resultados de vários outros. Admite-se que casos futuros sejam decididos com base em uma especulação imaginativa estabelecida em decisão passada. Se apenas um caso é decidido em uma perspectiva de particularidade, enquanto diversos outros são decididos em uma perspectiva de generalidade, por que exigir que haja um caso para que se crie a regra?

⁴⁶ A tradição do *common law*, enquanto *judge-made law*, é muito anterior ao surgimento de uma prática de precedentes, como se viu no capítulo 1 deste trabalho. Isso significa que, embora seja comum a associação entre *judge-made law* e precedentes, é possível que juízes sejam fontes do direito sem que isso implique necessariamente em um sistema de precedentes. Mas precedentes, por serem criados por juízes que consideram um caso específico e aplicados retroativamente, são necessariamente um sistema de *judge-made law*.

O desenho teórico da vinculação no modelo da regra, sem possibilidade de *distinguishing*, parece se contrapor ao fundamento do precedente enquanto *judge made law* ou enquanto modo de se desenvolver o direito em concreto. Se se admitem juízes como fontes do direito, valoriza-se que o direito seja feito de maneira particularista, mas, ao mesmo tempo, se se incluem precedentes entre as fontes do direito, tolera-se – no modelo da regra, ao menos – que, com a exceção de um, diversos outros casos tenham decisões determinadas por prescrição previamente estabelecida por generalização que não pode ser modificada para se adequar ao caso atual.⁴⁷

O modelo da regra para precedentes parece implicitamente vincular uma proposição de que considerar *um* caso particular é importante para que se tomem decisões gerais. Isso parece alocar o precedente em algum ponto em um *continuum* cujos extremos são: estabelecimento do melhor resultado a cada caso concreto já ocorrido e determinação de um resultado intermediário para um gênero de casos que irão ocorrer. No primeiro, privilegia-se a otimização de decisões; no segundo, a previsibilidade de decisões. Estar entre essas escolhas não significa necessariamente compatibilização de vantagens ou neutralização das desvantagens de um e outro modo de desenvolver o direito. Sobre as vantagens, o precedente no modelo da regra talvez esteja mais inclinado à previsibilidade, já que, em termos numéricos, mais casos são resolvidos em abstrato do que em concreto. Sobre as desvantagens, há, de um lado, problemas de sobre e subinclusão em razão da generalização para casos futuros decididos em abstrato;⁴⁸ de outro, a consideração de apenas um caso para que se desenvolva o direito em concreto deve potencializar as distorções do *judge-made law*. Um exemplo de distorção de métodos de desenvolvimento do direito em concreto vem sendo estudado como “heurística da disponibilidade”. É possível que a proximidade do caso que é julgado por um juiz o induza a superestimar sua representatividade. Cientistas cognitivos demonstram que se houve um tremor de terra na semana passada, as pessoas tendem a acreditar que as chances de que tremores ocorram são maiores do que de fato são, em razão da proximidade da última

⁴⁷ Como se viu no capítulo 1 deste trabalho, “fontes do direito” é termo ambíguo, que pode referenciar agentes ou materiais jurídicos.

⁴⁸ Se se considera o precedente como uma regra, todas as considerações sobre a regra podem ser traçadas também para o precedente. Schauer (1991, p.31) trata da sobre e subinclusão, que ocorrem quando o predicado fático da regra criada sob certo propósito atinge situações que não satisfazem esse propósito (além) ou não atinge situações que, pelo propósito, deveriam ser abarcadas pela regra (aquém).

ocorrência. Isso pode significar que a posição dos juízes não é a mais adequada para se fazer o direito. Após o ataque de um cachorro pitbull em um parque, um juiz pode estabelecer que é proibida a entrada de pitbulls em ambientes públicos. É possível, contudo, que o pitbull agressor não seja típico – se pitbulls são, em geral, dóceis, e ataques ocorrem com pouca frequência, a regra estabelecida com base em um caso pode gerar mais resultados ruins do que evitar ataques (um exemplo similar a esse está em Alexander, 2008, p. 111). Outra distorção que afeta o duplo papel de juízes como adjudicadores e legisladores em concreto é provocada pela “heurística do afeto”. Como a heurística da disponibilidade, implica na valorização dos fatos do caso atual em detrimento dos fatos de outros casos que podem recair sob incidência da regra. Segundo a heurística do afeto, imagens podem criar emoções positivas ou negativas. No caso do pitbull, se se tratar de um ataque do animal a uma criança, essa imagem pode influenciar emocionalmente o juiz a elaborar uma regra sobre a proibição da entrada de cães dessa raça em ambientes públicos. Isso também pode ocorrer no contexto de criação do direito em abstrato, entre legisladores. Mas, no âmbito do desenvolvimento do direito em concreto, a existência de uma imagem não é acidental, mas inerente a essa maneira de criar regras.

Por absorver as vantagens relacionadas apenas à previsibilidade e, ao mesmo tempo, as desvantagens relacionadas à previsibilidade e também à otimização, talvez o precedente no modelo da regra esteja em um lugar pior que os extremos de modos de se desenvolver o direito – isso é, considerar *um* caso para que se determine o que é o direito possivelmente gere mais resultados ruins do que considerar *nenhum* ou *vários*.

Há maneiras de se mover no *continuum*: mais próximo à previsibilidade, estabelecem-se decisões em abstrato, isso é, desnatura-se o precedente; mais perto da otimização de resultados, afrouxa-se a vinculação, isso é, abandona-se o modelo da regra. Para manter-se, esse modelo para precedentes apoia-se na qualidade das *rationes* criadas em decisões anteriores. A aposta do modelo da regra parece ser que boas *rationes* são formuladas, de modo que não haja resolução subótima para uma pluralidade de casos em troca de resolução ótima para um. É possível que se argumente que a construção da *ratio* deve ser menos orientada para o resultado do

caso concreto - o que pode significar que seja preferível uma *ratio* ruim para o caso em que é criada, mas que gera bons resultados para os casos futuros.⁴⁹

2.1.3

Generalidade e vinculação

A generalidade da razão oferecida em relação ao resultado para o qual é razão gera vinculação para casos futuros. Se há uma relação de implicação entre generalidade e vinculação e esses conceitos não são absolutos, é possível que se pense sobre a determinação de vinculação em razão da generalidade *em graus*.

Em *Riggs v. Palmer*, determinou-se a anulação do testamento que previa Palmer como beneficiário, porque entendeu que ninguém pode beneficiar-se do próprio crime. A razão oferecida pelo tribunal é – como apenas poderia ser – mais geral do que o resultado. Em “x, porque y”, y é sempre mais geral que x. Ao se inserir a razão de que “ninguém pode se beneficiar a partir do próprio crime” (y) em um silogismo em que a premissa menor é “Palmer assassinou o avô para garantir e antecipar recebimento de herança” e o resultado é que “Palmer não pode receber herança de seu avô que assassinou” (x) há justificção interna. Isso significa que a razão oferecida pelo tribunal de apelação de Nova Iorque é apta a ser razão para o resultado do caso. Mas não é a única. Entre o resultado do caso (x) e a fórmula mais geral possível de predicado fático da regra do precedente (y mais geral possível) há uma série de níveis de generalidade admissíveis. A *ratio* escolhida pelo tribunal – ninguém pode se beneficiar do próprio crime – é bastante geral, mas não precisava o ser para que se resolvesse o problema em *Riggs*. Haveria justificção interna também se y fosse: ninguém pode adquirir propriedade a partir de crime doloso; ninguém pode adquirir propriedade a partir de crime doloso *contra o testador*; ninguém pode herdar a partir de *homicídio* doloso contra testador; ninguém pode herdar a partir de homicídio doloso contra o testador *seu parente*; ninguém pode herdar a partir de homicídio doloso contra testador seu parente *na linha reta*, e assim por diante.⁵⁰

Em um caso subsequente, por suposição, um beneficiário de testamento comete o crime de homicídio culposo contra o testador, quer dizer: por imprudência,

⁴⁹ Schauer (1995, p. 656) diz que estabelecimento de *rationes* “result-oriented” é recebido de maneira negativa no campo jurídico (apesar de não parecer ruim aos que não compõem esse campo) porque o “bem” produzido no caso original é frequentemente acompanhado de uma série de resultados ruins futuros.

⁵⁰ Em termos próximos, esse exemplo está em Shecaira; Struchiner; (2017).

negligência ou imperícia, mas não por intenção, provoca a morte. A *ratio* estabelecida em *Riggs v. Palmer* determinaria a anulação do testamento também nesse caso: há incidência da regra de que ninguém pode se beneficiar do próprio crime. Ainda que haja categorias de fato e de direito que parecem relevantes e que se distinguem em um caso e outro, homicídio doloso e homicídio culposo, há anulação do testamento como resultado decisório, porque o precedente controla o caso atual. Não se admite o *distinguishing* no modelo da regra, já se viu.

Caso o tribunal de apelação de Nova Iorque tivesse optado por outra *ratio*, contudo, possivelmente o caso de homicídio culposo não estaria vinculado a *Riggs v. Palmer*. Quer dizer, se a *ratio* fosse “ninguém pode adquirir propriedade a partir de crime doloso” o caso atual escaparia do precedente. Se não há preenchimento do predicado fático de regras de casos anteriores, permite-se que o julgador decida o caso atual como deseja, e crie nova regra. Na falta de argumentos institucionais, apenas restam argumentos substanciais na argumentação – afinal, anular o testamento que beneficiaria quem acidentalmente matou o testador parece não ser justo ou conforme as melhores consequências.

Isso significa que o grau de generalidade de que é dotada a *ratio* do precedente determina a amplitude com a qual o juiz está disposto a vincular a si mesmo no futuro – e, eventualmente, se se trata de tribunal, a todos que estão sob sua jurisdição. Quanto maior for o grau de generalidade, mais casos serão resolvidos pela vinculação ao precedente. Com a *ratio* segundo a qual ninguém pode beneficiar-se do próprio crime, *Riggs* alcança casos futuros como o do homicídio culposo do testador pelo beneficiário, e determina resultado subótimo; com a *ratio* segundo a qual ninguém pode adquirir propriedade a partir de crime doloso, não há vinculação a *Riggs*, e o juiz poderia resolver o caso de homicídio culposo do testador conforme razões morais ou prudenciais (considerando que não há outra regra no sistema legal que tenha seu predicado fático preenchido). Há aqui uma concorrência entre tratamento igual de casos similares (pelo parâmetro generalista da incidência da regra) e qualidade de decisões (em perspectiva particularista).

Se oferecer *rationes* em grau de generalidade mais baixos favorece decisões melhores para cada caso, é possível se cogitar de baixar o grau de generalidade de *rationes* a níveis cada vez menos gerais, até que se atinja o próprio resultado da decisão. Isso é, não oferecer *ratio* nenhuma. Sistemas legais com frequência admitem a tomada de decisão sem exigir que se declinem razões, ainda que em casos

excepcionais. Em júris populares, por exemplo, há apenas a resolução de casos, sem que se obriguem jurados a dizer por que decidiram de uma ou outra maneira.⁵¹ Isso indica que a motivação não é tida como exigência de racionalidade de decisões; se fosse esse o caso, seriam exigidas razões até mesmo de decisões de jurados. Há modelos sobre precedentes que operam o argumento sem necessidade de *ratio*, o que viabiliza a otimização de decisões – como se analisa em outro item deste trabalho. No modelo da regra, contudo, a *ratio*, a regra é exigência conceitual; isso vem acompanhado de custos, maiores quanto mais elevados o grau de generalidade das *rationes*.

2.1.4

Ratio e dicta

A *ratio* consiste no que é necessário à conclusão; *obiter dictum* – ou, simplesmente, *dicta* -, no que é desnecessário. Essas noções, de *ratio* e *dicta*, são próprias da concepção de precedentes segundo o modelo da regra. *Ratio* é a regra, *dicta* é o que não é a regra. Outras teorias sobre precedentes as dispensam.⁵²

Ao mesmo tempo em que *ratio* e *dicta* apoiam o modelo da regra para precedentes, também o comprometem. Há dois problemas, um relacionado à vinculação do juiz ao precedente e o outro à generalidade da regra do precedente: a identificação prática e a distinção teórica entre *ratio* e *dicta*.

Identificar o que é *ratio* e o que é *dicta* em um precedente é relevante no modelo da regra, porque enquanto aquela gera vinculação, essa não compromete juízes em casos futuros. Há casos em que a distinção é clara: a *ratio* é explicitamente estabelecida e separada do que é *dicta* pelo juiz do precedente. Há outros em que *ratio* e *dicta* se confundem, pois o enunciado daquela não foi estabelecido de modo a claramente distingui-la dessa. Quando isso ocorre, deve o advogado do autor argumentar que a *ratio* é o enunciado extraído do precedente que garante o resultado

⁵¹ Em regra, a motivação é exigência constitucional. No Brasil, o oferecimento de razões é exigido em todas as decisões judiciais (art. 93, inciso X, Constituição Federal) e também há entendimentos de que é necessário em decisões administrativas. Trata-se de opção que implica tolerância a resultados ruins gerados pelo comprometimento às razões oferecidas no passado. Em caso de crimes dolosos contra vida, contudo, estabelece-se a competência do tribunal do júri, que decide apenas dizendo “sim” ou “não” a perguntas referentes à condenação e absolvição.

⁵² Em Alexander (1989, p.25), “The distinction [between holding and dictum] cannot apply to the natural model of precedent, nor can it apply to the result model of precedent that I shall discuss in Section IV.”

favorável ao seu cliente; deve o advogado do réu argumentar que esse enunciado é, em verdade, apenas *dicta*, e deve o juiz do caso atual definir o que é a *ratio* do precedente, separando-a do que é *dicta*, ao mesmo tempo em que o aplica. Isso gera problemas no que se refere à vinculação ao precedente: se o juiz do caso atual pode escolher o que é a *ratio*, ou, ao menos, escolher seu grau de generalidade, já que não houve definição clara pelo juiz do precedente, o que controla o resultado do caso atual é o juiz do caso atual, e não o precedente. Em *Riggs v. Palmer*, se a regra de que ninguém pode se beneficiar a partir do próprio crime não tivesse sido claramente estabelecida pelo tribunal de apelação de Nova Iorque, o juiz do caso do homicídio culposo do testador pelo beneficiário do testamento poderia determinar o resultado que desejasse com a escolha de *ratio* em grau de generalidade adequado: mais geral, se quisesse anular o testamento; menos geral, se quisesse escapar do controle do precedente e manter o testamento.

Há comprometimento da vinculação pela dificuldade de identificação da regra ainda que haja vários precedentes. A indução determinaria que “os casos c(1), c(2), c(3) ...c(n) estabelecem a regra x”, em que x é um predicado fático generalizado baseado nos fatos desde de c(1) a c(n). Não há, contudo, apenas uma única regra induzível de um conjunto de casos.⁵³

Ainda que *rationes* sejam, na prática, claramente fixadas em precedentes, o modelo da regra se compromete pela fragilidade da distinção teórica entre *ratio* e *dicta*. A *ratio* é o que consta de modo indispensável à decisão e *dicta*, de modo acessório. Essa distinção não parece ser problemática quando se pensa, de uma lado, na regra de que “ninguém pode se beneficiar a partir do próprio crime” e, de outro, nas digressões do tribunal sobre histórico e evolução de regras do direito sucessório. Mas essa regra estabelecida em *Riggs*, como se viu, é muito mais geral do que o necessário para se resolver sobre a validade do testamento de que *Palmer* se beneficiava. Uma regra com grau de generalidade menos elevado, como a de que “ninguém pode herdar a partir de homicídio doloso contra testador seu parente na linha reta”, resolveria *Riggs v. Palmer*. *Rationes*, por serem mais gerais do que o

⁵³ Schauer (1991, p. 91) propõe um exemplo baseado nos apresentados por Wittgenstein (*Investigations and Foundations of Mathematics*): qual número consta em seguida na série 1000, 1002, 1004, 1006, ____? O argumento é que não há uma única resposta, porque várias regras poderiam ser criadas para viabilizar que diferentes números constem da última posição na série. Poderia ser 1008, se a regra induzida for “adicione 2”, mas poderia também ser 1019 se a regra induzida for “se n é menor que 1006, adicione 2, mas se n é igual ou maior que 1006, adicione 13.”.

resultado para o qual são *rationes*, parecem aglutinar as noções de *ratio* e *dicta*. São o necessário e o desnecessário para resolver o caso.

Pela dificuldade prática de identificar a *ratio* em contraposição à *dicta* em precedentes que não as separam claramente e pela dificuldade teórica de sustentar a distinção entre *ratio* e *dicta*, o modelo da regra se compromete por se apoiar nessas noções.

2.1.5

Ajustes no modelo

A inviabilidade da prática do *distinguishing* decorre da inadmissão de se evitar regra antes estabelecida em precedente e que tem incidência no caso atual. Trata-se de argumento de autoridade, que exclui outros, sobre os fatos ou sobre a justiça do precedente. Se, sob qualquer desses pretextos, há argumento forte que, mesmo em concorrência com a autoridade, não pode ser ignorado, há *overruling*. Seja o argumento sobre fatos, seja sobre a justiça do precedente, há sua revogação – em outros modelos, o afastamento do precedente sob argumentação sobre fatos não acarreta no seu banimento do sistema legal; isso só ocorre se se nega a aplicação do precedente sob argumentação sobre sua justiça.

Há, entre teóricos, a formulação de uma proposição de que a equiparação conceitual entre *distinguishing* e *overruling* é necessária para que se trate de um modelo de regra para precedentes.⁵⁴ Há outros, contudo, que, apesar de optarem explicitamente pelo modelo, admitem – por vezes sem sequer se referir à suposta incongruência – que há a possibilidade do *distinguishing*.⁵⁵

⁵⁴ Em Alexander (1989, p. 19), “any practice of precedential constraint that distinguishes between overruling a precedent and narrowing/modifying a precedent is not a practice of the rule model of precedent.”

⁵⁵ Schauer (wp, p.14), após tratar de sua concepção de precedentes, diz: “For obvious reasons, this model of precedential reach, which relies heavily on the exact words used by the precedent court to solve the indeterminacy problem, has been called the “rule model” of precedent.” Sua leitura do precedente também é entendida como uma versão do modelo da regra por outros autores – Katherine Stevens “On the rule-based side, see ALEXANDER & SHERWIN, DEMYSTIFYING, *supra* note 1; and SCHAUER, PLAYING BY THE RULES, *supra* note 2.”. Apesar disso, no tópico do livro “on the force of precedent – distinguishing, overruling and other types of avoidance” (2009, p. 57), é dito que “although it might be said that a binding precedent from a higher court simply obliges the lower court to follow it, it would be more accurate to say that a binding precedent obliges a lower court to follow it *or* to *distinguish* it from the instant case.” e, ao mesmo tempo, “At times, however, a court will believe that one of its previous decisions is extremely wrong or that the consequences of a previously mistaken holding (in the eyes of the instant court) are so grave as to demand *overruling*.”

A acomodação do *distinguishing* para precedentes depende de ajustes no conceito de regra. Se o precedente é uma regra, todas as considerações traçadas para essa se aplicam àquele. Uma possibilidade é a inserção da noção de derrotabilidade no funcionamento das regras. A proposição de que o consequente jurídico deve ser aplicado quando o predicado fático de uma regra é preenchido se torna apenas *pro tanto*. Isso pode justificar a posição, a princípio contraditória, de teóricos do modelo da regra que aceitam o *distinguishing*.

A derrotabilidade é conceito relacionado à tensão entre texto e propósito da regra.⁵⁶ Enunciados de regras (bem como de *rationes* de precedentes) são criados a partir de uma operação de generalização. Ao se tomar um caso paradigma em que é necessário ou desejável que canalizem-se comportamentos, cria-se o predicado fático da regra por abstrações das circunstâncias relevantes do caso – e não de todas que o cercam. A depender das propriedades que se destacam, em detrimento de outras, é possível que se atinjam regras diferentes quanto à direção do que tratam ou, ainda que na mesma direção, em diferentes graus de generalidade. É a justificação da regra, isso é, o objetivo a que se destina, que determina o ponto. Na regra segundo a qual “é proibida a entrada de cães no restaurante”, há algumas justificações possíveis. Uma delas é querer-se evitar que clientes fiquem amedrontados com a presença de cães bravos; outra possibilidade é que querer-se evitar que os clientes fiquem enojados no lugar em que comem pelo cheiro dos animais – o que poderia ensejar regras em outros graus de generalidade (como, por exemplo, “é proibida a entrada de animais”); ou ainda, é possível que se queira evitar a poluição sonora no restaurante – essa justificação, contudo, poderia também sustentar regras em outras direções (como “é proibida a entrada de cães e de aparelhos celulares”). Não obstante esse papel proeminente na criação, é justamente a consideração das justificações que se pretende

⁵⁶ Há um debate tradicional em filosofia do direito sobre o que é a regra. Isso é representado de maneira célebre pelas discussões entre Hart e Fuller. Para Hart, a regra não se confunde com seu propósito, e possui um significado autônomo dado apenas pelas palavras usadas em sua formulação. Fuller insiste que a linguagem de uma regra nunca é suficiente para determinar seu significado, o que importa na impossibilidade de se dissociar texto e propósito da regra. A partir dessas considerações teóricas, o grupo NERDS do departamento de direito da PUC-Rio desenvolveu experimentos para verificar se existe um conceito ordinário de regras. Já houve apresentação de alguns resultados e um artigo está em preparação por Struchiner, Almeida e Hannikainen. Em linhas gerais, verificou-se que há uma maior identificação da regra com seu texto do que com seu propósito. Considerando esses resultados, aqui se fala em regra para se referir ao seu texto.

evitar em casos futuros. Isso é: regras – ou, mais precisamente, seus textos – oferecem a resistência à consideração das justificações de sua criação.

Isso significa que podem surgir situações em que o resultado gerado com base em regra diverge daquele que seria atingido se todos os fatores que cercam o caso, e não apenas os que estão no predicado fático, fossem considerados. Dentre essas situações, há aquelas em que o resultado atingido não é apenas diferente, mas intolerável diante a justificação da criação da regra. Nessas ocasiões, particularmente exigentes, regras perdem a opacidade e tornam-se transparentes às justificações, que passam a regular o caso diretamente.⁵⁷ Isso pode ocorrer na regra da proibição da entrada de cães se se considera que sua justificação é a manutenção do sossego dos clientes, e há um caso sobre a entrada de um cão-guia bem comportado. Se a entrada não viola o propósito da regra, e, contrariamente, a proibição da entrada significa, no mínimo, importunação ao cliente que é guiado pelo cão, há uma situação particularmente exigente. Se esse é o caso, seria possível se pensar que a regra é derrotada em relação ao cão guia, treinado, que não gera nenhuma importunação, mas, ao contrário, auxilia um cliente. Ao se considerar o propósito da regra ao invés de seu texto no caso do cão guia, não há incidência normativa – o cão-guia não ameaça o sossego dos clientes.⁵⁸ Ainda assim, a regra sobre a proibição de entrada de cães não deixa de existir em razão da sua não aplicação ao cão-guia.

Isso, quando aplicado a uma teoria dos precedentes, é, ao que parece, *distinguishing*: há derrota da regra estabelecida na decisão anterior e que tem incidência no caso atual. A regra sobre a proibição da entrada de cães foi derrotada justamente porque, não obstante a incidência, havia sido criada em consideração a fatos (em abstrato, e nisso difere do que ocorre em relação aos precedentes) que se distinguiam relevantemente daquele do cão guia – considerou-se, possivelmente, cães que incomodam, pelo barulho, pelo porte, pela movimentação, pela possibilidade de ataques etc. Quando da formulação da regra, com o estabelecimento de seu propósito e criação de predicado fático, não se consideraram cães treinados não apenas para se comportar em relação às pessoas, mas também para auxiliar pessoas. As diferenças

⁵⁷ Essa nomenclatura “particularmente exigentes” está em Schauer (1991).

⁵⁸ Essa relação entre regra e justificação de sua criação é descrita por Schauer (1991, p. 190) a partir de uma noção de “prioridade do local”, que se opera como uma presunção relativa: regras, por serem locais, devem ser aplicadas, a não ser que a impossibilidade de se tolerar o resultado exija que outras regras mais gerais ou que as próprias justificações de criação da regra, mais distantes do caso, sejam consideradas.

factuais entre casos que deram origem à regra e casos não considerados para se formular a regra provocam a derrotabilidade.

Em termos de teoria do precedente, as diferenças factuais entre caso precedente e caso atual tornam este particularmente exigente em relação à aplicação da regra estabelecida naquele. A proposição é de que, ao se fazer o *distinguishing*, no que se refere ao precedente, o que se faz é declarar a derrota da regra. Em *Riggs v. Palmer* estabeleceu-se que ninguém pode se beneficiar a partir do próprio crime. Essa regra, com esse texto, no caso em que foi criada ao mesmo tempo em que foi aplicada, satisfaz sua justificação (segundo a qual, por exemplo, “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”). A regra de *Riggs* também teria incidência em um caso em que o beneficiário de testamento, apesar de não ter planejado o homicídio do testador, tenha seguido curso de ação em que um dos resultados possíveis, dentre outros também plausíveis, seria a morte do testador, e tenha assumido o risco disso acontecer – quer dizer, atuação em dolo eventual. Os fatos de *Riggs*, o precedente, e do homicídio em dolo eventual, o atual, diferem – a conduta de quem age com dolo direto, perseguindo o resultado, parece mais reprovável (*all things considered*), que a de quem, dentre uma pluralidade de resultados que prevê para sua ação, assume o risco que um deles ocorra. Apesar da distinção dos fatos, o propósito da regra fixada em *Riggs* ainda recomenda que haja anulação do testamento em caso de homicídio com dolo eventual, porque ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Em um caso em que há homicídio culposo do testador, contudo, os fatos são tão distintos que a aplicação da regra do caso precedente que possui incidência caso no atual gera resultado intolerável. Não parece justo que quem acidentalmente tenha matado o testador receba o mesmo tratamento de quem dolosamente assassinou o testador. Isso significa que o caso sobre homicídio culposo é particularmente exigente para a regra de que “ninguém pode se beneficiar a partir do próprio crime”, e, por isso, há derrota. Mas não há revogação – ou, em termos de uma teoria de precedente, *overruling*.

O conceito de derrotabilidade ajusta o modelo da regra para precedentes ao *distinguishing*. As outras objeções aqui traçadas ao modelo, contudo, permanecem.

2.2

O modelo da analogia

Teorias sobre o modelo da analogia consideram a argumentação baseada em precedente como um processo de comparação dos fatos do caso anterior e do caso

atual. Ambos os casos são fontes do direito, e não apenas o precedente. A proposição que se extrai do argumento é que um caso deve ser tratado da mesma maneira que um similar anterior.⁵⁹

A analogia funciona da seguinte maneira, segundo manuais sobre esquemas argumentativos: se dois casos têm certas características relevantes em comum, pode-se inferir uma outra similaridade; ou deve-se determinar para um a mesma consequência do outro. Na primeira forma, há um argumento descritivo; na segunda, normativo. Em ambos os casos há um efeito preditivo – a partir de um caso se prevê algo para outro com a qual guarda semelhança. O argumento normativo por analogia soa bastante como o argumento por precedente. O esquema é este: a) o correto em S1 era agir de maneira x; b) S2 é similar a S1; c) por isso, o correto em S2 é agir de maneira x.⁶⁰ Esse esquema parece se ajustar a um conceito de precedente segundo o qual a decisão anterior deve ser repetida em um caso atual porque ambos os casos são similares – quer dizer: S1 ocorreu antes de S2, e o fato de serem similares é determinante para que se aja de maneira x, como em S1, também em S2. Teóricos do modelo da analogia defendem que essa é a maneira como se opera o precedente.⁶¹ Teóricos do modelo da regra discordam.⁶²

Precedentes podem determinar a decisão do caso atual quando o juiz não saberia decidir se não houvesse precedente; podem justificar uma decisão que já havia sido tomada pelo juiz, e podem constranger o juiz a decidir, ainda que implique em resultado subótimo para o caso atual. Trata-se de papéis de *problem solver*; *friend* e *foe*.⁶³ A analogia pode exercer os primeiros, isso é, pode determinar a decisão e pode funcionar como justificação *post hoc* para a decisão já tomada. Há disputas, contudo, se pode ser *foe*. Críticos do modelo da analogia não admitem que possa - analogia

⁵⁹ Isso está em “analogy” Stanford Encyclopedia, disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>, acessado em 28 de fevereiro de 2019.

⁶⁰ Esse esquema está em Walton (2008, p.316). Esse é um argumento prático de analogia positivo. A versão negativa é: a) o errado em S1 foi agir de maneira x; b) S2 é similar a S1; c) por isso, é errado em S2 agir de maneira x.

⁶¹ Em Dan Hunter, “the obvious example of legal analogy is case law reasoning: prior analogs, called precedents, are used to predict, explain or justify the outcome of the currently undecided case”.

⁶² Schauer (2007, p. 455), em “Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy”, diz que “an argument from precedent does require an initial determination of relevant similarity, but from there the paths [of precedent and analogy] diverge (...)”.

⁶³ Essas expressões são usadas em Schauer (2007, p. 456), como se viu no capítulo anterior (1.2).

seria apenas usada para auxiliar a tomada de decisão. Há sempre opções de fontes da analogia, e, dentre as disponíveis, escolhe-se a que é mais convincente de determinado curso de ação.⁶⁴ Trata-se de argumento usado por quem se interessa em persuadir sobre a melhor decisão. Não obriga uma decisão ruim. Teóricos do modelo da regra não admitem o modelo da analogia para precedentes porque consideram que a analogia nunca funciona como *foe*. Precedentes e analogia seriam conceitos distintos. Teóricos do modelo da analogia insistem que essa concepção pode fornecer vinculação ao juiz.⁶⁵ Essas proposições parecem descritivas, mas falta evidência empírica sobre o assunto.⁶⁶

2.2.1

Vinculação, relevância e *distinguishing*

Em *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*,⁶⁷ já se viu, Adams processou a companhia de ferries pelo furto de sua bagagem em sua cabine em uma viagem em turno noturno. O juiz do caso (por suposição) poderia considerar dois precedentes. No primeiro, decidiu-se pela responsabilidade de proprietário de hotel pela bagagem furtada de um hóspede, porque contratos de hospedagem envolvem o dever de oferecer segurança aos pertences de quem se hospeda. No segundo precedente, decidiu-se que uma companhia de trem não devia indenização a passageiro que fez uma viagem de curta distância, porque contratados para transporte não têm responsabilidade por pertences furtados. Os advogados do autor poderiam argumentar que um ferry é um “hotel flutuante”: há cabines semelhantes a quartos, há restaurantes e passageiros pernoitam no barco. Os defensores do réu poderiam argumentar que um ferry é como “trem sobre o mar”: ferry e trem deslocam-se no espaço e oferecem serviços de conveniência semelhantes aos transportados.

⁶⁴ Em Schauer (2007, p. 456), “one implicit but rarely analyzed assumption in the standard account of the framework of analogical reasoning is that the analogical reasoner typically has a choice of source analogs and that the source analog actually retrieved from among the logically available candidates is one that is “potentially useful” for making a decision or persuading someone else of the wisdom of a chosen course of action.”

⁶⁵ Adam Rigoni (2000, p. 12), “one part of the reasoner’s mind thinks that A is the best course of action. Another part reasons analogically; it selects a similarity metric guided by the question of what to decide in C. It finds a source analog that rises above the standard of sufficient similarity and thus accepts the extrapolation from the source. The extrapolation recommends a non-A course of action. The reasoner is constraint by precedent when he decides to follow the extrapolation without changing the other part of his mind.”

⁶⁶ O terceiro capítulo deste trabalho é dedicado à exposição de evidências empíricas.

⁶⁷ *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, 45 N.E. 369 (N.Y. 1896)

Críticos do modelo da analogia argumentam que o juiz não está vinculado a nenhuma dessas decisões anteriores, nem do hotel, nem do ferry: sempre há maneiras em que casos são semelhantes ou distintos, e quem decide sobre a semelhança entre fatos pode escolher como precedente aquele caso anterior que determina o resultado que deseja (em termos de razões prudenciais ou morais) para o atual. O argumento pode ser assim estruturado: (p1) juízes podem distinguir casos com base em qualquer diferença fática; (p2) entre dois casos, há, ao menos, uma diferença fática; (c) juízes podem distinguir qualquer caso de qualquer outro caso. O argumento é válido. Não obstante sua estrutura lógica não poder ser questionada, as premissas podem. Teóricos do modelo da analogia tentam atacar (p1). Não se trata de distinguir casos com base em qualquer diferença fática, mas em diferença fática relevante.

A relevância é determinante para que o argumento por analogia não se torne falacioso. Em um esquema, de analogia descritiva, em que “se X e Y têm certas características em comum, então outras características descobertas em Y também existem em X”, o argumento não é válido. Não importa quantas características há em comum entre X e Y, é possível que haja tantas ou mais maneiras em que se diferem. Se as características em comum são as relevantes, o argumento se valida. Não se trata de quantidade de semelhanças, mas de qualidade. Também em uma analogia normativa. Em *Donoghue v. Stevenson*, dificilmente alcançou-se o resultado pelo fato de a consumidora ser mulher, de a bebida ser de gengibre e de o corpo em decomposição ser de uma lesma – parece claro que incidente ocorrido com um homem, que consumia uma coca-cola e encontrou na bebida um caramujo morto teria o mesmo tratamento. Se a analogia é traçada com base nesses aspectos, irrelevantes, o argumento torna-se falacioso. Mas e se o recipiente da bebida não fosse opaco? E se o elemento estranho encontrado fosse próprio para consumo, só não esperado naquele produto? E se o consumidor não tivesse chegado a ingerir a bebida? Um caso atual que difere de *Donoghue* em algum desses aspectos não deve ser considerado análogo ao precedente.

Se a relevância dos fatos comparados é necessária para que se evite a falácia, é também indispensável para que se viabilize vinculação do juiz ao precedente. O juiz não pode escolher os fatos que determinam a analogia entre dois casos - deve identificar os que são relevantes. Ocorre que, se a atribuição de relevância aos fatos é feita pelo juiz, persiste a crítica ao modelo da analogia. Se há possibilidade de se escolher se as semelhanças são mais relevantes que as diferenças, ou vice-versa, é

quem faz essa definição que controla o resultado do caso atual, e não o precedente. Teóricos do modelo da analogia se dedicam ao estabelecimento de uma métrica de relevância para que se fale em vinculação ao precedente.

Essa tentativa também recebe críticas. A proposição é que o estabelecimento de uma métrica torna o argumento não analógico. Se o estabelecimento de uma métrica é intuitivo, o precedente não vincula o juiz;⁶⁸ se a determinação da métrica é dedutiva, regras sobre a relevância determinam o resultado do caso atual.⁶⁹ Isso é, ou o que se pretende que seja argumento analógico é argumento moral, ou é argumento baseado em regra. O argumento por analogia não existe.⁷⁰

2.2.2

Analogia como dedução, justificação e descoberta e realismo

É possível que conformações teóricas sobre a analogia como argumento que envolve uma regra decorram da valoração da justificação na argumentação jurídica.⁷¹ Justificar é oferecer publicamente razões que sustentam certo curso de ação. Implicações de se justificar são consideradas por teóricos para que se elaborem proposições descritivas e normativas sobre a argumentação jurídica. É em relação ao que juízes efetivamente declaram em suas decisões que boa parte das teorias sobre o assunto se baseiam.

Sobre o argumento da analogia, teóricos do direito frequentemente descrevem (às vezes prescrevem) a operação por dedução. Entre os casos fonte e alvo da analogia, haveria sempre uma regra (ou princípio, para alguns), aceita por quem argumenta e que persuade quem é auditório. O exemplo do violinista, de Thompson, tornou-se célebre. Obrigado pela força, alguém é submetido a procedimento médico que conecta seu corpo ao de um violinista famoso que sofre de problemas nos rins.

⁶⁸ Em Weinreb (2005, p. 126) , não se trata exatamente de uma “intuição mística”, mas do reconhecimento de semelhanças importantes com base na experiência – em um processo inconsciente de comparação com situações passadas.

⁶⁹ Em Alexander e Sherwin (2008, p.87) Analogical decision making based on factual similarity between cases is either intuitive or deductive. If the process of identifying important similarities is intuitive, the precedent case does not constrain the outcome of the new case in any predictable or even detectable way [i.e., is not a form of reasoning at all]. If the process is deductive, the rules or principles that govern similarity, rather than the outcome of the precedents case, determine the result of the new case”.

⁷⁰ Alexander e Sherwin (2008, p.86).

⁷¹ Em Dan Hunter (2000, p.51), “if we view legal reasoning as only a process of justification, then the deductivist model holds great attraction. Rules are excellent justification mechanisms.”

Por nove meses, para garantir a recuperação, é preciso que o sangue do violinista seja filtrado pelos rins de quem está preso a ele pelos aparelhos médicos. É moralmente permissivo que se opte por liberar quem, forçado, mantém o violinista vivo? Se quem argumenta e quem é convencido admitem que sim, é possível que se trace um argumento analógico a favor do aborto em caso de estupro, segundo Thomson. Este é o argumento em um esquema dedutivo:

1. Concorde-se que é moralmente permitido que quem está conectado ao corpo do violinista seja liberado;
2. Isso porque acredita-se que quem está conectado ao corpo do violinista não é obrigado a sustentar uma vida que tornou-se seu dependente pela força. Trata-se de um princípio.
3. Esse princípio também implica que uma mulher não é obrigada a sustentar uma vida concebida por estupro.
4. A consistência em relação ao princípio acordado determina que se aceite como moralmente permitido que uma mulher aborte uma vida concebida por estupro.⁷²

Não obstante justificar por que se deve admitir o aborto em caso de estupro em razão de um precedente, cujo resultado já foi aceito, é possível que esse esquema não revele a descoberta da admissibilidade dessa prática por quem argumenta. Descobrir se refere à causalidade – quais são as causas da conclusão de que é permitido o aborto em caso de estupro? Isso envolve fatores morais, psicológicos, políticos, religiosos etc. Esse processo de determinação de um curso de ação antecede e é autônomo em relação àquele de oferecimento de razões que suportam o curso de ação.⁷³

⁷² Esse esquema está em Shecaira (2013, p. 411-412), quando trata sobre o argumento de Waller.

⁷³ Em Haidt (2001), evidencia-se a independência entre os contextos de descoberta e justificação com o conceito de *moral dumbfounding*. Dentre os casos usados em pesquisas experimentais, há um sobre incesto. O caso dos irmãos Julie e Mark, que mantiveram relação sexual, desarticula a justificação oferecida pelos participantes da inadmissibilidade moral do incesto (a possibilidade de que se gere uma vida com problemas genéticos é descartada pelo uso de métodos contraceptivos no caso contado; a repercussão social negativa não deve ser considerada, já que os irmãos mantiveram o caso em segredo; a hipótese de prejuízo para a relação entre irmãos é contrariada pelo fato de que, no caso relatado, Julie e Mark fortaleceram seus laços etc.). Após esgotarem-se razões que estão dispostos a oferecer publicamente, os participantes continuam a afirmar que o incesto é moralmente errado (*moral dumbfounding*). Isso significa que a tese da inadmissibilidade do incesto é sustentada em um

Isso corrobora as principais proposições do realismo jurídico enquanto teoria descritiva sobre a tomada de decisão: ⁷⁴ o juiz conhece os fatos do caso e, de imediato, sem recurso a materiais jurídicos, determina a decisão; após, recorre ao direito para justificar a decisão já tomada. Trata-se de ceticismo sobre a vinculação das fontes do direito (inclusive as consideradas obrigatórias, como a lei e o precedente). Essas proposições sobre tomada de decisão com base em elementos extrajurídicos e racionalização jurídica *post hoc* coincide com as considerações da ciência cognitiva sobre descoberta e justificação. ⁷⁵

Essa literatura, de ciência cognitiva, em relação à analogia, tem indicado que esse argumento, apesar de poder ser representado por dedução na justificação, não se processa dessa maneira na descoberta. O *multi-constraint model*, por exemplo, descreve a analogia em três níveis: superfície, estrutura e propósito. ⁷⁶ No primeiro, mapeiam-se semelhanças diretas entre elementos que estão na superfície da fonte e alvo da analogia. Em *Adams v. New Jersey Steamboat*, o caso sobre o *ferryboat*, há algo obviamente semelhante em relação ao precedente do trem: o deslocamento no espaço. Igualmente, há uma semelhança direta em relação ao precedente do hotel: há quartos privados. ⁷⁷ A similaridade, nesse nível, não é um conceito estático – depende do contexto. Para Adams, que pretendia aplicação do precedente do hotel ao seu caso, uma boa estratégia argumentativa seria introduzir um terceiro precedente, por exemplo um caso em que não houve responsabilização por furto de pertences de passageiro em um bonde. Entre hotel, trem e bonde, qual é mais semelhante a um *ferryboat*? O caso do bonde parece agrupar-se ao caso do trem, deixando o caso do

contexto de descoberta (em que fatores morais, políticos, psicológicos estão envolvidos), embora não haja justificação para apoiá-la.

⁷⁴ Especialmente o realismo jurídico escandinavo pode ser entendido como teorias sobre o conceito do direito, e não como teoria da decisão.

⁷⁵ Coincide também com relatos espontâneos de juízes sobre como se decide. O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, declarou, em entrevista, que “Se existe algo que o juiz tem que ter para decidir as causas é sensibilidade. O juiz trabalha com menos paixão que o advogado, o que não significa dizer que ele seja inanimado. Tem que ter emoção nessa decisão. *Primeiro deve-se construir uma solução justa e depois dar a esta solução justa uma roupagem jurídica*. Justiça é algo que se sente”.

⁷⁶ Esse modelo é discutido em Dan Hunter (2000, p. 17-32). Trata-se de modelo descritivo, e não prescritivo.

⁷⁷ Alan Tyree, em *Fact content analysis of case law: methods and limitations*, desenvolve um sistema de computador programado para prever o resultado de casos com base apenas em comparação de fatos, após demonstrar, com experimentos realizados com a participação de estudantes avançados no curso de direito, que seus julgamentos sobre semelhança não ocorre a partir de considerações de *policy* ou doutrina. Os estudantes apenas combinavam fatos no nível de superfície.

hotel mais próximo do caso *ferryboat* por um efeito de contexto. A análise desse nível, de superfície, não encerra a analogia. Um precedente sobre discriminação de funcionários negros pela direção de um hotel ou homicídio em uma linha de trem, apesar de apresentarem semelhanças de superfície em relação a *Adams v. New Jersey Steamboat*, não seriam considerados análogos a esse caso atual. No segundo nível, de estrutura, descrevem-se semelhanças relacionais (ou estruturais). Para o direito, isso deve significar pressão cognitiva para que se identifiquem conceitos e institutos. Em *Adams v. New Jersey Steamboat* e nos precedentes do hotel e do trem, há contrato, há confiança, há furto.⁷⁸ O terceiro nível, sobre o propósito, se refere ao por que recorre-se à analogia. Isso interfere na percepção de casos como análogos ou não análogos. Isso significa que os precedentes do hotel e do trem, que apresentam semelhanças de superfície e de estrutura em relação a *Adams v. New Jersey Steamboat*, são análogos a esse caso atual na percepção, respectivamente, de *Adams* e de *New Jersey Steamboat*. Para um juiz, o propósito envolve fatores como seu próprio senso de justiça, a probabilidade de o tribunal concordar com a analogia, a recepção da opinião pública etc.

Há outros modelos da ciência cognitiva sobre a analogia (em geral, assentados em bases semelhantes ao *multi-constraint model*). Todos tratam sobre a descoberta. São evidências experimentais de que regras (ou princípios) não interferem no argumento. A analogia seria outra operação cognitiva, distinta da dedução.⁷⁹ Essas proposições de ciência cognitiva, como o *multi-constraint model*, apesar de esclarecerem processos que envolvem a descoberta, não respondem às críticas sobre a falta de vinculação do juiz ao precedente em um modelo de analogia. Quer dizer, cientistas que desenvolvem experimentos que contribuem para a descrição satisfatória da analogia em termos cognitivos não estão preocupados em fornecer um modelo que se acomode à noção de vinculação. Esses modelos de ciência cognitiva auxiliam os teóricos do direito a comprovar que a analogia é argumento autônomo em relação às

⁷⁸ Em Dan Hunter (2000, p.25), são apresentados trabalhos que evidenciam preferência de se escolher semelhanças estruturais mais amplas, explicativas de todo o sistema. Isso é chamado de *systematicity principle*. O precedente do hotel seria preferido a um outro sobre furto de pertences em um abrigo público, por exemplo: apesar de haver as mesmas semelhanças de superfície (como quartos privados), o caso do hotel tem semelhança em nível de estrutura mais explicativa do sistema de responsabilidade (há relação contratual, e não regime público).

⁷⁹ Em Dan Hunter (2000, p.31), the three constraints [of the multi-constraint model] do not operate like rigid rules dictating the interpretation of analogies. Instead they function more like the diverse pressures...with some forces converging, others in opposition, and their constant interplay pressing toward some satisfying compromise”.

regras, mas não provam que a analogia pode oferecer vinculação. Ao contrário, o *multi-constraint model*, com o nível de propósito, evidencia que juízes têm sua percepção sobre a analogia influenciada por razões de primeira-ordem, quando analisam uma pluralidade de casos-fonte com semelhanças de superfície e estrutura em relação ao caso-alvo.

Teóricos do modelo da analogia frequentemente respondem às críticas sobre inviabilidade de vinculação do juiz ao precedente com a falta de evidência empírica da proposição.⁸⁰ Quer dizer, modelos como o *multi-constraint model* não comprovam que a analogia pode fornecer vinculação, mas também não fornecem evidências de que isso não ocorre nunca, em nenhuma extensão. O fato de haver um nível de propósito na análise das analogias não significa que não haja, em concorrência, algum constrangimento. Da mesma maneira, não há constatação empírica de que o modelo da regra, especialmente em razão do problema da identificação da *ratio decidendi* em precedentes, constranja mais os juízes a decisões que consideram subótimas. Enquanto não há pesquisa empírica sobre o assunto, ambos os modelos, segundo os teóricos do modelo da analogia, estão sob a mesma suspeita de inviabilidade de vinculação.

2.2.3

Acordos teóricos incompletos

A heterogeneidade de ideias sobre as quais cursos de ação devem ser implementados para que se atinjam bens (como felicidade e justiça) compromete a viabilidade de acordos em termos de abstrações prescritivas.⁸¹ No que se refere aos precedentes, isso pode significar que seja mais adequada uma concepção analógica que uma concepção dedutiva.

Em *Roe v. Wade*, como se viu em outro item (1.2), houve a declaração da inconstitucionalidade de lei do Texas que previa como crime a prática do aborto, exceto em casos de recomendação médica em razão de risco de morte para a gestante. A decisão do caso permitiu que Jane Roe interrompesse a gravidez em algum

⁸⁰ Em Adam Rigoni (2000, p.12), “the reply to this criticism is to point out that (i) we have no reason to think that the selection of similarity metrics is unavoidably biased in this way and (ii) the same problem arises for rules.

⁸¹ Teóricos caracterizam as sociedades ocidentais atuais pela impossibilidade de acordos conteudísticos sobre o que realiza o bem. Essa é a perspectiva de Sunstein (1996), a qual se atribui a expressão aqui usada “acordos teóricos incompletos”.

momento nos três primeiros meses de gestação (e também outras mulheres, pelo efeito *erga omnes*), porque, nas palavras do julgado, esse é um direito abarcado pela privacidade. É possível se cogitar que juízes subsequentes concordem que é devida a admissão de interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação, mas não concordem que esse é um direito que está no âmbito da privacidade. Se se aplica o precedente como analogia, não há necessidade de se considerar o porquê do resultado determinado (o que poderia enfraquecê-lo, considerando a heterogeneidade em ideais morais abrangentes), mas apenas o resultado que foi determinado. Ainda que o precedente seja tratado como autoridade e configure argumento que independa do conteúdo, como visto em outro item desse trabalho, é possível que haja *overruling* e *distinguishing* (que em outro momento argumentou-se aqui tratar de derrotabilidade), e isso é mais provável, caso a *ratio* formulada no precedente seja impopular no meio jurisdicional. A analogia – para teóricos como Sunstein – é mais adequada para operar o precedente, porque permite acordos teóricos incompletos, o que preserva o precedente.

Isso tem repercussões práticas. O fato de a analogia não depender de prescrições abstratas abrangentes viabiliza operacionalmente sistemas de precedentes. Em tribunais em que votos são prolatados e publicados separadamente – sem que haja a formulação de uma *opinion of the court* –, é comum que juízes apresentem a mesma conclusão para um julgado (procedência ou improcedência), mas por razões diversas. Em um modelo da regra para precedentes, isso gera dificuldades na definição de qual é a *ratio* da decisão do tribunal a ser considerada em casos futuros.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, é formado por onze ministros. Esse tribunal decidiu, na ADPF 54, pela possibilidade da interrupção da gestação em casos de feto anencefálico (o que significou procedência da ação no sentido de promover a interpretação conforme do art. 214 e 216 do Código Penal). Seria possível se supor que, dentre os ministros, um deles tenha oferecido, para sua decisão, a razão de que, segundo atestam os experts, não há viabilidade de vida extrauterina para fetos anencefálicos; ainda, outro poderia ter dito que decidia pela admissibilidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, porque a ninguém se pode negar o direito à privacidade, a exemplo da fundamentação em *Roe v. Wade*. Um juiz de caso subsequente, de um lado, com um pedido de autorização judicial para interrupção de gestação, poderia entender que a razão oferecida pelo segundo ministro é a *ratio* do precedente, e que, porque essa *ratio* se aplica ao caso atual que analisa, determinaria o

resultado da admissibilidade do aborto. Outro juiz, de outro lado, poderia considerar que, na verdade, a razão declinada pelo primeiro ministro é que configura a *ratio* do precedente, e que, porque essa razão não tem incidência sobre um caso atual cujo pedido é interrupção da gestação de feto sem anencefalia, o resultado da ADPF 54 não deveria ser repetido.

Em termos de um modelo da analogia para precedentes, isso não seria possível. Um juiz subsequente não poderia cogitar a aplicação da ADPF 54 a um caso sobre interrupção da gravidez por feto sem anencefalia, sob a justificativa de que baseou-se no voto do segundo ministro, já que há uma diferença fática relevante entre o caso-fonte e caso-alvo, independentemente das razões declinadas individualmente em votos. A analogia faz com que o precedente se descole do que pensou um juiz em um dado momento histórico, quando da análise do caso, para que se trate apenas de fatos e resultado decisório.

2.2.4

Analogia e metáfora

Analogias envolvem uma relação de semelhanças entre objetos, e isso transfere significado de um (a fonte) para outro (o alvo). Esse também é o funcionamento de uma metáfora. Pela identidade, há proposição de que analogias, como metáforas, geram semelhanças que não seriam verificadas sem recurso ao argumento ou figura de linguagem. Não se trata de constatar semelhanças que já existem, mas de criar novas.

Em uma metáfora como “Julieta é o sol”, de Shakespeare, o sol é a fonte e Julieta é o alvo. Se a metáfora não tivesse sido proposta, e se pensasse sobre o sol isoladamente, propriedades distintas das que são necessárias para que a metáfora tenha sentido possivelmente seriam destacadas (trata-se de uma estrela; é esférica; de alta temperatura etc.). Porque houve proposição da metáfora, contudo, reorganizam-se as ideias sobre a fonte para que essa se torne semelhante ao alvo. Isso é, Romeu não poderia dizer (ao menos literalmente) que Julieta é uma estrela, que é esférica e de alta temperatura; ao usar da metáfora, quis implicar que não pode viver sem Julieta (o que justifica o suicídio), assim como não pode o fazer sem o sol. A metáfora obriga que se pense sobre características da fonte que podem ser transferidas ao alvo.

Isso também ocorre com analogia. O caso alvo modifica a percepção dos fatos do caso fonte. Em *Adams v. New Jersey Steamboat*, como se viu, o precedente do

hotel torna a privacidade de cabines fato relevante, enquanto o precedente do trem torna o deslocamento no espaço fato relevante. Um terceiro precedente, sobre responsabilidade de uma operadora de cruzeiro, poderia tornar relevante o que ainda não havia sido cogitado: a navegação marítima. Isso é, criam-se semelhanças a partir da analogia.⁸² A analogia é mecanismo criativo de argumentação.

Se a analogia gera semelhanças relevantes entre fonte e alvo, como a metáfora, descrever o precedente no modelo da analogia significa identificar o direito aplicável não apenas a partir do caso anterior, mas também do atual. Se apresentado como fonte da analogia, o juiz não se pergunta o que o caso precedente significa para depois aplicá-lo ao atual, como ocorre para o modelo da regra; ao invés disso, pergunta-se o que caso precedente significaria se aplicado ao atual. O precedente, apesar do nome, passa a envolver significativamente o presente.

Isso quer dizer que, no modelo da analogia para precedentes, casos anterior e atual são igualmente fontes do direito. Isso tem implicações nesse conceito como documentos (ou costume social) que previamente estabelecem prescrições e que são referidos sistematicamente em prática judicial. Têm também impactos sobre a irretroatividade.⁸³ Diferentemente das metáforas, que tem um componente expressivo e afetivo, as analogias têm componente preditivo.⁸⁴ A possibilidade de previsão, contudo, depende da determinação da fonte. O caso-alvo, *Adam v. New Jersey Steamboat* já deve ter ocorrido para que se considere a aplicação do precedente do hotel ou do trem. Cogitar a analogia entre o caso atual e um ou outro anterior geram similitudes. Se a analogia cria novas semelhanças, o direito aplicável é determinado no momento em que se considera a analogia, e não no momento em que se proferiu a decisão do precedente. Segundo as críticas dos teóricos do modelo da regra, a analogia é determinada entre o caso-alvo e o caso-fonte que gere o melhor resultado. A determinação do direito segundo o melhor resultado alcançado em concreto é proposição que se parece com as do método do *common law* de desenvolvimento do

⁸² Em Katharina Stevens (p.45), “metaphors – as well as analogies - confront us with a task: to restructure our idea of the target part of the metaphor or analogy so that the target part and the source part *become* similar for us.”. Stevens trata brevemente sobre o assunto em um item do trabalho cujo título é “analogies *make* us see new similarities”.

⁸³ Em geral, trata-se de garantia constitucional. No Brasil, está expressamente assegurada no artigo 5, incisos XXXIX e XL da Constituição Federal (seria também possível considerar sua previsão implícita no artigo 1, que trata do estado democrático de direito).

⁸⁴ Em Dan Hunter (2000, p.12), “the effect or content of the analogy is therefore predictive or explanatory, while metaphors have largely expressive or affective content.”.

direito. Sobre isso, Jeremy Bentham referiu-se ao *common law* como “*dog law*”.⁸⁵ Quando se quer repelir um curso de ação indesejável de um cachorro, espera-se que esse se verifique, e, depois, pune-se o cachorro. O método de estabelecimento de prescrições aplicado por juízes no *common law* é o mesmo aplicado pelo dono do cachorro. É possível que cachorros ou pessoas no *common law* não soubessem como deveriam se comportar de antemão, mas isso não impede que a punição seja aplicada uma vez verificado o comportamento indesejável. Isso parece se aplicar também ao modelo da analogia para precedentes. É possível que, em *Adam v. New Jersey Steamboat*, a operadora de ferryboat tenha baseado seu comportamento no precedente sobre a irresponsabilidade das empresas de trem, e tenha tomado decisões sobre o quanto reservaria para arcar com processos judiciais ou o seguro que contrataria. O fato de que a defesa de Adams tenha levantado o precedente sobre a responsabilidade do hotel, contudo, pode determinar a analogia, criando o direito retroativamente para *New Jersey Steamboat*.

“*Dog law*” é problemática em termos de segurança e previsibilidade; é adequada, contudo, em termos de justiça. Decidir qual é o direito aplicável após o acontecimento dos casos, quando já se conhece todas as variáveis e implicações fáticas, pode viabilizar resultados melhores.

2.2.5

Ajustes no modelo da analogia

A inviabilidade da garantia de vinculação do juiz ao precedente decorre do fato de que sempre há maneiras em que casos são semelhantes e, ao mesmo tempo, diferentes, como se viu. A depender das categorias fáticas a que se atribui relevância, pode-se escolher, dentre a disponibilidade de casos anteriores, o que tenha o resultado desejável para o caso atual.

De fato, em termos teóricos, essas proposições parecem acertadas. Não há como ajustá-las conceitualmente. Se, contudo, em termos empíricos, isso efetivamente ocorre, é preciso que se realizem testes experimentais. É possível que as categorias fáticas mais intuitivas, mais “naturais” a servirem para descrever o caso-

⁸⁵ Em Schauer (2009 p. 117), “when your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way judges make laws for you and me.”

fonte, sejam manipuladas quando esse caso é pensado como precedente para um outro. Mas é também possível que isso não ocorra – é possível que haja limites cognitivos para se alterarem as categorias fáticas “naturais” de um caso. Isso é objeto do próximo capítulo desse trabalho.

Empiria

Há boas razões para se compreender o precedente como regra ou como analogia em termos conceituais. Isso vem sendo objeto de discussão teórica sobre como se deve operar o argumento. Existem teóricos importantes na defesa de ambos os lados.⁸⁶ Apesar disso, não há evidência empírica sobre o assunto. O argumento baseado em precedente é usado rotineiramente, dentro do direito (e fora), já se viu – como as pessoas se valem dessa maneira de se argumentar: de modo dedutivo ou analógico? Será que há melhores razões, em termos empíricos, para se compreender o precedente como regra do que como analogia, ou o contrário? É preciso investigação experimental.

A filosofia experimental conjuga, fundamentalmente: a) as questões e modelos teóricos tradicionalmente associados à filosofia; e b) os métodos experimentais tradicionalmente associados à psicologia e à ciência cognitiva.⁸⁷ As intuições são os objetos mais marcantes da filosofia experimental. Pesquisas nesse âmbito se baseiam na proposição de que é possível progredir em relação a um tópico através da análise das intuições sobre esse tópico – por exemplo, é sugerido que se pode compreender melhor questões sobre obrigações morais através do exame das intuições sobre as ações que os agentes são obrigados a realizar. Neste trabalho, argumenta-se que, para se progredir na discussão entre os modelos da regra e da analogia no que se refere ao precedente, é preciso análise das intuições sobre isso – de pessoas de dentro e de fora do direito.⁸⁸ Neste capítulo, pretende-se verificar aspectos do conceito do argumento baseado em precedente a partir de resultados de experimentos.

⁸⁶ Katharina Stevens resumiu: “On the rule-side: Alexander (1989), Alexander and Sherwin (2008), Schauer (2008, 2009); on the analogy-side: Levi (1949), Postema (2007), Rigoni (2014), Hunter (2001), Levenbook (2000); against rules, but not for analogies: Lamond (2005)”.

⁸⁷ Isso está no verbete “experimental philosophy” da Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/experimental-philosophy/>, visto em 28 de fevereiro de 2019. A definição que lá consta trata da filosofia experimental como uma abordagem interdisciplinar relativamente nova, tida como relevante apenas a partir dos primeiros anos do século XXI.

⁸⁸ Há, como em relação a qualquer outro campo de estudo, críticas à abordagem. Existem céticos sobre a possibilidade de intuições exercerem papel relevante na filosofia, e existem também céticos sobre a possibilidade de intuições de pessoas não familiarizadas com problemas filosóficos exercerem papel relevante na filosofia. Um visão geral sobre os desafios postos à filosofia experimental está no verbete mencionado na nota anterior.

3.1

Qual é o modelo ordinário para precedentes: dedutivo ou analógico?

Em *Riggs v. Palmer*,⁸⁹ já se viu, decidiu-se pela anulação do testamento, porque ninguém pode se beneficiar a partir do próprio crime. Anos depois, em *Youssouppoff v. Colombia Broadcasting System Inc.*⁹⁰, cogitou-se da aplicabilidade de *Riggs*. *Youssouppoff*, que havia participado do assassinato de Rasputin, conselheiro da família real russa, processou a CBS com pedido de indenização pelo uso de sua imagem em uma produção televisiva que retratava o crime. A decisão de que *Palmer* não deve receber herança deve ser aplicada ao pedido de indenização de *Youssouppoff*?

De um lado, para o modelo da regra, parece claro que *Youssouppoff* não deve ser indenizado. Há incidência da regra estabelecida em *Riggs v. Palmer* – de que ninguém pode se beneficiar do próprio crime – em *Youssouppoff v. Colombia Broadcasting System Inc.* *Youssouppoff*, assim como *Palmer*, não pode aumentar seu patrimônio em decorrência do fato de ter assassinado alguém. De outro lado, no modelo da analogia, é possível traçar uma distinção relevante entre os dois casos: o dinheiro que *Youssouppoff* pleiteava não estava diretamente conectado ao crime que cometeu, como ocorreu em *Riggs v. Palmer*, mas apenas indiretamente. O direito de indenização tem origem imediata no uso não autorizado da imagem para fins econômicos, e não no crime, origem apenas mediata. Isso, no modelo da analogia, poderia afastar o precedente.⁹¹

Em ambas as concepções, há argumentos válidos que sustentam os resultados que indicam. Para se saber qual deles é, ordinariamente, alcançado, há necessidade de evidência experimental exploratória. Qual modelo é o preferido por julgadores quando consideram precedentes? É relevante que se trate de alguém de dentro ou de fora do direito? Sobre essas questões, coloca-se o primeiro experimento deste trabalho. Foi proposto aos participantes que analisassem e que decidissem se há

⁸⁹ 115 N.Y. 506 (1889).

⁹⁰ 265 N.Y.S. 754 (Sup. Ct. 1965)

⁹¹ Como de fato ocorreu. O autor usou o modelo da analogia para caracterização do precedente cogitado, enquanto o réu valeu-se do modelo da regra. Ao final, o tribunal rejeitou a tese formulada pelos advogados da CBS de que o cometimento do homicídio de Rasputin colocava *Youssouppoff* no âmbito da decisão de que “ninguém pode se beneficiar do próprio crime”. Para afastar *Riggs* sem retirar sua força vinculante, o tribunal fez o *distinguishing*.

aplicação de resultados definidos em casos como *Riggs v. Palmer* em casos como *Youssoupoff v. Colombia Broadcasting System Inc.* – isso é, pares de casos em que, conforme o modelo que se tem em mente para precedentes, atingem-se respostas diferentes para a pergunta sobre aplicação do resultado do caso anterior no atual. A decisão do participante revela o modo como usou o argumento por precedente: dedutivo ou associativo.

À pergunta sobre qual é a relação entre os casos *Riggs v. Palmer* e *Youssoupoff v. Colombia Broadcasting System Inc.*, ofereceram-se as seguintes alternativas de resposta aos participantes: o caso de *Palmer* estabelece uma regra que se aplica ao caso de *Youssoupoff*; o caso de *Palmer* estabelece uma regra que não se aplica ao caso de *Youssoupoff*; os fatos descritos são similares, e a decisão do caso de *Palmer* se aplica ao caso de *Youssoupoff*; os fatos descritos não são similares, e a decisão do caso de *Palmer* não se aplica ao caso de *Youssoupoff*.

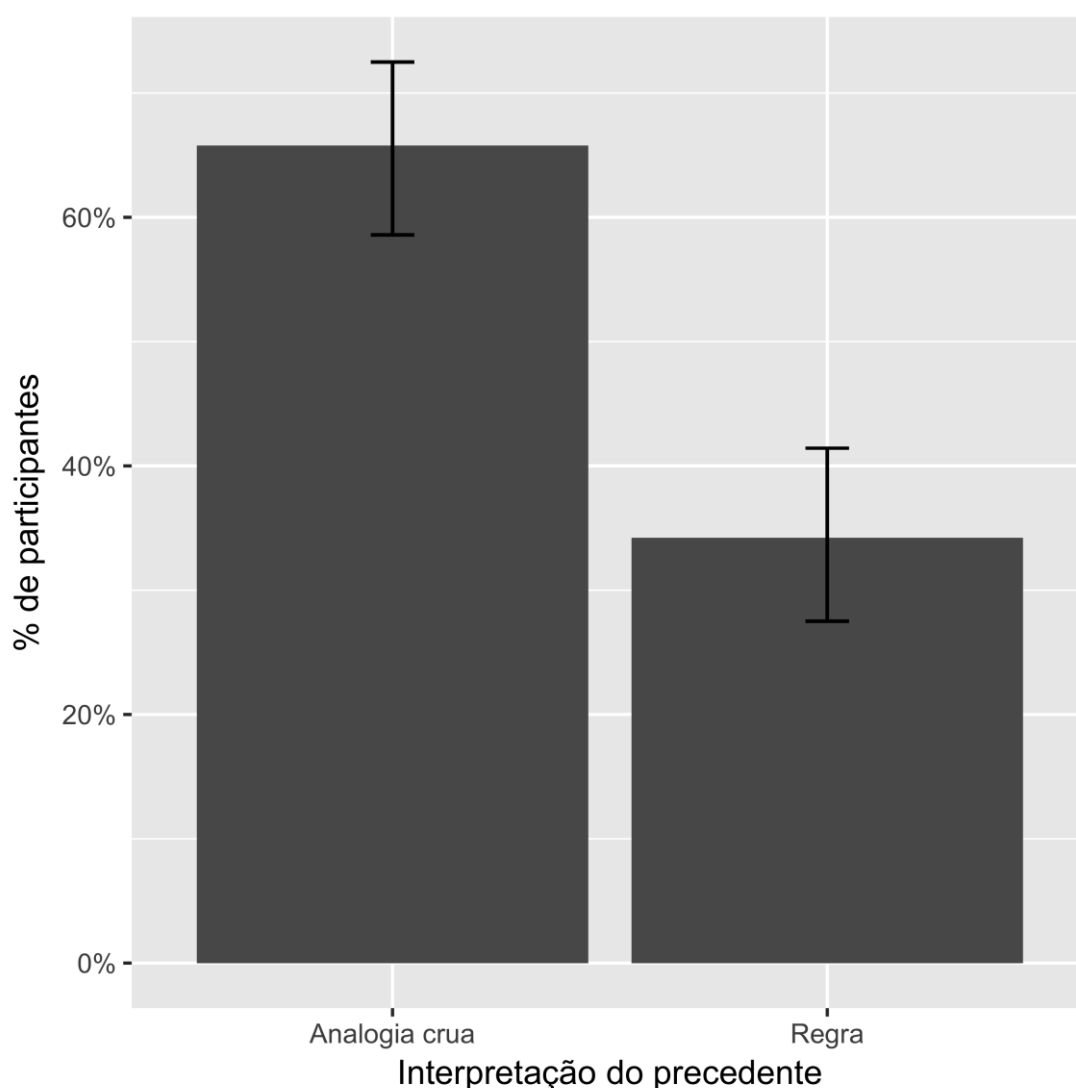
As duas primeiras alternativas de resposta embasam-se no modelo da regra. Um participante que tenha estabelecido que “o caso de *Palmer* estabelece uma regra que se aplica ao caso de *Youssoupoff*” identificou a razão da decisão em *Riggs* como uma regra, cuja aplicabilidade é definida por dedução – se há justificação interna, há incidência. Outro, que tenha entendido que “o caso de *Palmer* estabelece uma regra que não se aplica ao caso de *Youssoupoff*”, também correlacionou os conceitos de razão e regra, mas identificou razões morais e prudenciais de fundo que derrotaram a prescrição – o caso de *Youssoupoff* é particularmente exigente para a regra de que “ninguém pode se beneficiar a partir do próprio crime”.

As duas últimas alternativas de resposta pressupõem o modelo da analogia. Um participante que tenha compreendido que “os fatos descritos são similares, e a decisão do caso de *Palmer* se aplica ao caso de *Youssoupoff*” considerou relevantes categorias factuais como “homicídio doloso” e “percepção de proveito econômico”. Outro, que tenha indicado que “os fatos descritos não são similares, e a decisão do caso de *Palmer* não se aplica ao caso de *Youssoupoff*”, identificou como relevante em *Riggs* o fato de que haveria uma percepção de proveito econômico que diretamente decorria do homicídio doloso, enquanto em *Youssoupoff*, o benefício seria apenas indireto.

Em *Riggs v. Palmer* e *Youssoupoff v. Colombia Broadcasting System Inc.*, a maioria dos participantes operaram o precedente de maneira analógica (76%) – seja para entender que os casos são (14%) ou que não são similares (62%). Isso se altera se

forem consideradas apenas as respostas de participantes que são formados ou estudantes de direito – são menos os participantes que operaram o precedente como analogia (70,37%). Dentre apenas aqueles que estão fora do direito, a preferência pela analogia é ampla (85%).

Esse resultado se repetiu em outros três pares de casos também submetidos à análise dos participantes – cerca de 65% pensaram no precedente como analogia, quando tomados os dados das quatro vinhetas. As demais vinhetas correspondiam aos pares de casos: Donoghue v. Stevensons e MacPherson v. Buick Motors; Adams v. New Jersey Steamboat Co e caso criado sobre responsabilidade do proprietário por furto de bem de hóspede, e MacPherson v. Buick Motors e Campo v. Scotfield. A cada participante apresentaram-se duas vinhetas. Esta é a representação gráfica dos resultados colhidos nos quatro pares de casos:



Alguns indicativos podem ser extraídos.⁹² O precedente não é conceito unívoco. Há quem compreenda o argumento como regra e há quem o opere como analogia. Isso significa que não há como falar sobre precedentes sem que se explicita de que exatamente se fala – é um argumento dedutivo ou analógico? Apesar disso, há uma tendência bastante significativa de que o precedente seja tratado como analogia, o que indica para a existência de um conceito ordinário de precedente.

Fora do direito, isso parece ser especialmente verdadeiro – nesse contexto, argumentadores têm mais chances de compeliem um julgador ao resultado passado que desejam se se dedicam a mapear categorias fáticas relevantes que sejam semelhantes entre caso-fonte e caso-alvo do que se se esforçam a extrair uma regra da decisão anterior e a evidenciar sua aplicação por dedução no caso atual. No direito, isso também ocorre – há um conceito ordinário de precedentes, analógico, mas, considerando que a inclinação pelo modelo da analogia verificada no experimento foi um pouco menos acentuada nesse âmbito, isso está mais suscetível a disputas. Em razão disso, parece ser possível cogitar que a educação jurídica influencia a operação do direito por dedução. Há aqui um apontamento para a possibilidade de que o treinamento do direito aumente a disposição de se subjugar as próprias preferências em relação às decisões anteriormente estabelecidas. Isso é, aumenta-se a tolerância a resultados subótimos.⁹³ Por haver mais disputa sobre o conceito de precedente no direito, talvez seja necessária mais cautela na abordagem do assunto.

As possibilidades teóricas dão ensejo à ambiguidade no conceito de precedente. As evidências empíricas, contudo, demonstram que, ainda assim, é relativamente seguro tratar do precedente como analogia, tanto dentro do direito quando fora. Esse é o conceito ordinário.

⁹² Neste experimento em que competiam os termos dos modelos da regra e da analogia, houve cerca de 130 participações. Por se tratar de amostragem pequena, as considerações traçadas a partir dos resultados devem ser vistas apenas a partir de uma perspectiva indicativa, e não conclusiva.

⁹³ Esta é uma questão formulada em Schauer (2008, p.459): “Merely by way of preliminary suggestion, therefore, one can imagine experiments aimed at determining, for example, whether those who self-select for legal training (or are selected for legal training) are already superior at subjugating their preferences for the right answer to a norm of precedent prior to training (...).” O experimento aqui apresentado indica que essa especulação tem algum fundamento. O fato de que mais de 70% das pessoas que operaram o precedente de Riggs como regra e entenderam que essa se aplicava ao caso de Youssouffoff têm formação jurídica sinaliza para a maior tolerância a resultados ruins.

3.2

A extração da regra e a escolha de categorias relevantes

Uma decisão judicial anterior pode dar ensejo a várias regras; também categorias fáticas variadas de um mesmo caso podem ser destacadas como relevantes. A existência dessas possibilidades está relacionada especialmente a graus de generalidade de enunciados.

Em *Donoghue v. Stevensons*, já se viu, Donoghue ingeriu parte de uma bebida açucarada de gengibre e, depois, percebeu que havia o corpo de uma lesma em decomposição dentro da garrafa de que se servia, no líquido. Ela teve problemas gástricos em decorrência do episódio e processou Stevensons, fabricante da bebida. O tribunal, nesse caso, decidiu que havia direito a indenização.

Nos termos do modelo da regra para o precedente, a análise dessa decisão judicial anterior possibilita a extração de algumas prescrições no que se refere à generalidade. Seria aceitável se cogitar que a regra determinada em *Donoghue*, mas não expressamente fixada pelo tribunal, é: “há direito à indenização pela ingestão de bebida açucarada de gengibre que continha corpo em decomposição de uma lesma que tenha ocasionado problemas gástricos”; ou “há direito à indenização pela ingestão de produtos alimentícios que contenham corpos estranhos impróprios para consumo que tenha ocasionado problemas de saúde”; ou “há direito à indenização por danos causados à integridade física do consumidor por vícios ocultos em produtos”; ou “há direito à indenização por danos causados ao consumidor por vício em produto.”. Todas essas regras se referem a *Donoghue* e impõem o resultado que naquela ocasião foi determinado judicialmente.

Nos termos do modelo da analogia para o precedente, as categorias fáticas destacadas do caso também poderiam variar em graus de generalidade. Seria possível dizer que *Donoghue v. Stevensons* é um caso sobre: “bebida açucarada de gengibre, corpo em decomposição de uma lesma e problemas gástricos”; “produtos alimentícios, corpo estranho impróprio para consumo e problemas de saúde”; “produtos; vício oculto antes do consumo e dano à integridade física do consumidor”; “produtos; vício e dano ao consumidor”. Todas essas categorias fáticas servem para descrever o que houve com *Donoghue*.

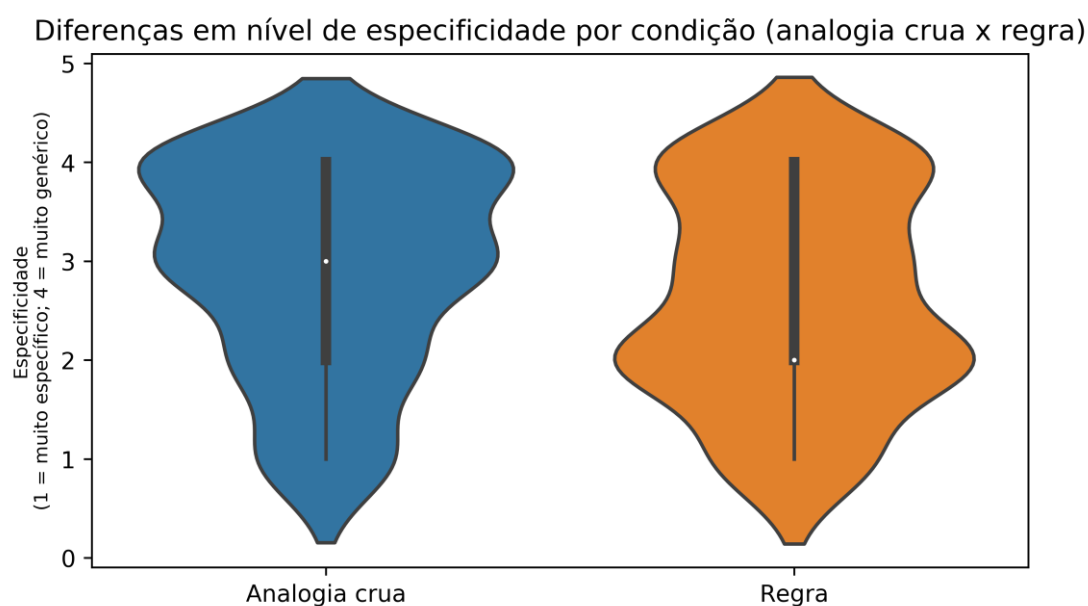
O segundo experimento proposto neste trabalho foi formulado para que se constataste se há predileções a graus de generalidade mais altos ou mais baixos nos modelos da regra e da analogia para o precedente. Os participantes receberam casos

como *Donoghue v. Stevensons* e, dentre as opções de regras e categorias fáticas, escolheram a que melhor poderia ser extraída do caso, em termos de prescrição, e as que representavam os fatos mais relevantes do caso, em termos de descrição. Havia quatro casos no experimento: *Donoghue v. Stevensons*; *Riggs v. Palmer*; *Adams v. New Jersey Steamboat Co* e *Regina v. Dudley*. Cada participante recebeu dois casos em dois blocos – cada bloco tratava sobre um modelo, da regra e da analogia. Em cada caso, havia quatro opções de respostas, como o exemplo que se viu em *Donoghue*, em que a primeira era muito específica e a última muito genérica. Quis-se observar se há diferenças em graus de generalidade escolhidos em função da formulação do precedente ser feito em termos de regra ou analogia.

Os resultados demonstram que existe diferença significativa. Quando questionados sobre qual a melhor regra a ser extraída de *Donoghue v. Stevensons* (e nos demais casos) há uma preferência pela escolha de formulação em graus baixos de generalidade (representada pelas opções “há direito à indenização pela ingestão de bebida açucarada de gengibre que continha corpo em decomposição de uma lesma que tenha ocasionado problemas gástricos”; ou “há direito à indenização pela ingestão de produtos alimentícios que contenham corpos estranhos impróprios para consumo que tenha ocasionado problemas de saúde”). Quando questionados sobre quais são as categorias relevantes de *Donoghue v. Stevensons* (e isto se repete nos demais casos) há uma tendência forte de que se opte por formulações em graus de generalidade altos (representadas, nas opções oferecidas ao participante, por “produtos; vício oculto antes do consumo e dano à integridade física do consumidor” e “produtos; vício e dano ao consumidor”).

Ao analisarem *Donoghue* segundo o modelo da regra, participantes apontaram que o enunciado que melhor poderia ser extraído da decisão é “há direito à indenização pela ingestão de produtos alimentícios que contenham corpos estranhos impróprios para consumo que tenha ocasionado problemas de saúde” (44%). As categorias fáticas que correspondentes em grau de generalidade a essa regra no modelo da analogia seriam “produtos alimentícios, corpo estranho impróprio para consumo e problemas de saúde”, mas essa não foi a resposta escolhida com maior frequência pelos participantes. Ao examinarem *Donoghue* conforme o modelo da analogia, as categorias “produtos; vício oculto antes do consumo e dano à integridade física do consumidor” foram apontadas como mais representativas do caso pela maior parte dos participantes (47%).

Isso significa que há uma inclinação para graus de generalidade mais baixos em formulações de regras, mas uma preferência por graus de generalidade mais altos na fixação de categorias fáticas relevantes em uma analogia. Esta é a representação gráfica para todos os quatro pares de casos que foram submetidos a análises de participantes:



Isso enseja algumas considerações sobre a diferença entre prescrever e descrever. Quem prescreve faz pressão na realidade; quem descreve não exerce qualquer influência sobre a realidade. Ao que parece, com a análise dos resultados do experimento, quando obrigados a prescrever algo, de um lado, participantes preferem restringir o âmbito de realidade em que fazem pressão, ao invés de ampliá-la. De outro, quando obrigados a descrever, há uma tendência à escolha de categorias que extrapolam o caso, e, que, por isso, têm potencial explicativo da realidade mais amplo.⁹⁴ Os participantes do experimento, que indicam posições cognitivas mais gerais que a amostragem, estão menos dispostos a alterar a realidade em larga medida, do que a retratar a realidade em larga medida.

⁹⁴ Esse resultado está em consonância com os trabalhos de ciência cognitiva apresentados em Dan Hunter (2014, p. 25), sobre os quais já se comentou em outro item deste trabalho (ver nota 77). Segundo os resultados colhidos nesses trabalhos, quando há mapeamento de semelhanças, há uma preferência por predicados mais amplos: “this [principle of systematicity] is the idea that people prefer to map systems of predicates which contain higher-order relations with inferential import, rather than to map isolated predicates. That is, we pick clustered groups of relations which are able to explain why the system works as it does, rather than pick isolated predicates which may be similar but are singletons and do not help to explain the system. “

Apenas em relação às regras, é interessante observar que Donoghue é um caso cuja decisão é desejável, quer dizer: houve a condenação de uma empresa que violou seus deveres de cuidado em relação à saúde do consumidor na atividade que empreende, o que parece correto em termos de razões morais e prudenciais. Seria possível se pensar que, nesse caso, especialmente, houvesse uma predisposição maior dos participantes de conferir maior abrangência a esse resultado. Se um enunciado como “há direito à indenização por danos causados ao consumidor por vício em produto” houvesse sido preferido pelos participantes, poderia se garantir a replicação de um resultado moralmente desejável em um maior número de casos. O mesmo ocorreu em Riggs. Parte expressiva dos participantes optou pelo enunciado de regra com menor grau de generalidade dentre os oferecidos – “ninguém pode herdar a partir de homicídio doloso (com intenção de matar) contra o testador” (47%). Isso indica que nem mesmo em casos cujos resultados sejam satisfatórios há disposição de se fazer pressão na realidade significativamente além do necessário para se decidir aquela situação específica.

3.3

Vinculação e vieses nos modelos da regra e da analogia

O embasamento teórico que sustenta a vinculação do juiz ao precedente é o principal argumento em favor de um modelo da regra para o precedente; a falta de embasamento teórico que sustente a vinculação do juiz ao precedente é o principal argumento contra um modelo da analogia para o precedente.

Para o modelo da regra, já se viu, a operação em dedução garante que o juiz não tenha liberdade sobre quando aplicar decisão anterior cuja regra tenha incidência em caso atual. Para o modelo da analogia, o fato de que dois casos são sempre semelhantes e diferentes em diversos aspectos suscita a desconfiança de que o juiz pode escolher as categorias fáticas relevantes de caso anterior conforme deseja ou não deseja que esse se configure como precedente para caso atual.

O terceiro experimento deste trabalho propôs a análise sobre o oferecimento de vinculação do juiz ao precedente pela verificação de eventuais vieses na extração de uma regra e na fixação de categorias fáticas relevantes, nos termos de um modelo da regra e de um modelo da analogia para o precedente.

No que se refere ao modelo da regra, viu-se, no item anterior, que o segundo experimento aqui descrito forneceu informações sobre o grau de generalidade

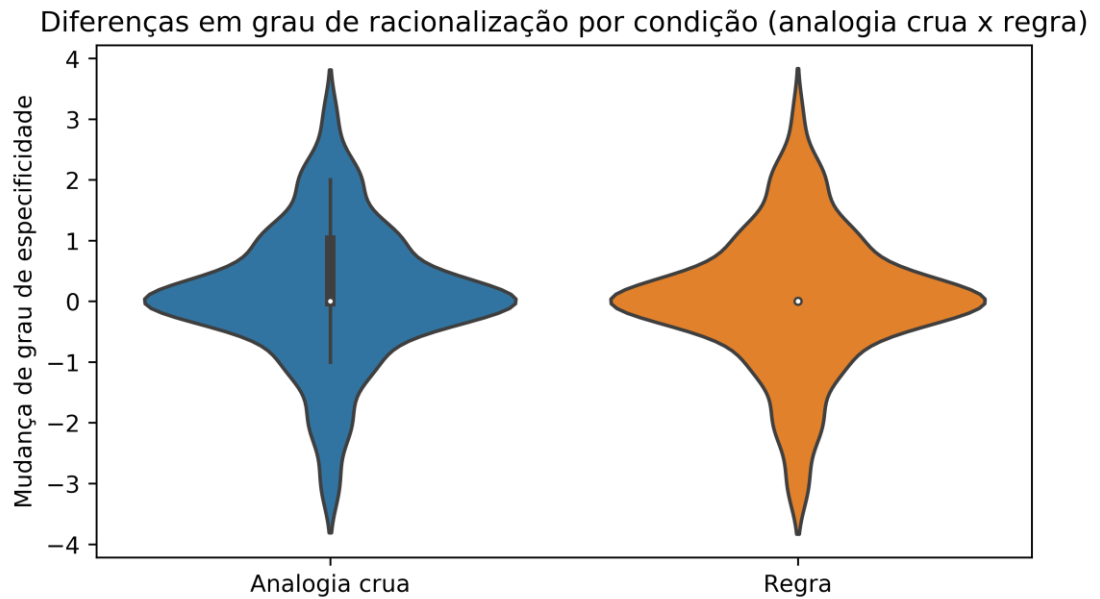
ordinariamente escolhido para regras quando analisado um caso, isolado. Será que o julgador altera sua intuição sobre qual deve ser o grau de generalidade de uma regra de um caso precedente quando considera sua aplicação em um outro atual? Quer-se verificar se, para evitar um resultado moralmente ruim, o julgador está disposto a estreitar a regra; ou se, para alcançar um resultado moralmente bom, está disposto a ampliá-la. A eventual verificação de alterações (por estreitamento ou ampliação), pode significar que a vinculação é ilusória para o modelo da regra, ao menos quando não há *ratio* claramente formulada no precedente.

No que se refere ao modelo da analogia, no segundo experimento também houve apresentação de casos isolados e suas decisões aos participantes, com instrução para que, dentre opções possíveis de conjugação de fatos extraídos do caso, escolhessem a que continha as categorias que consideravam relevantes para a tomada da decisão apontada; neste terceiro experimento, houve apresentação de pares de casos aos participantes, que, para responderem se o anterior se aplicava ao atual, deveriam indicar quais eram as categorias fáticas relevantes para a decisão do precedente. Com isso, se quis verificar se participantes alteram sua concepção mais intuitiva sobre o que é relevante em um caso (segundo experimento) quando consideram a possibilidade da aplicação de sua decisão em um outro caso (terceiro experimento).

Em Regina v. Dudley, caso julgado no direito inglês, houve condenação de três sobreviventes de um naufrágio por terem matado um quarto homem que também havia sobrevivido para comerem sua carne e permanecerem vivos durante o tempo em que estiveram à deriva. Para o experimento descrito no item anterior, havia as seguintes possibilidades de formulações de regras: “não se admite homicídio em casos de naufrágio para salvar a própria vida”; “não se admite antropofagia para salvar a própria vida”; “não se admite homicídio para se salvarem vidas”; “não se admite sacrifício da vida em casos de estado de necessidade para se salvarem vidas”. Em paralelo, as formulações de categorias fáticas relevantes que descrevem o caso eram: “esse é um caso sobre naufrágio, homicídio doloso e salvamento da própria vida”; “esse é um caso sobre antropofagia, crime e salvamento da própria vida”; “esse é um caso sobre escolha trágica, homicídio doloso do indivíduo com menores chances de sobrevivência e salvamento de vidas”; “esse é um caso sobre estado de necessidade, sacrifício e salvamento de vidas.”.

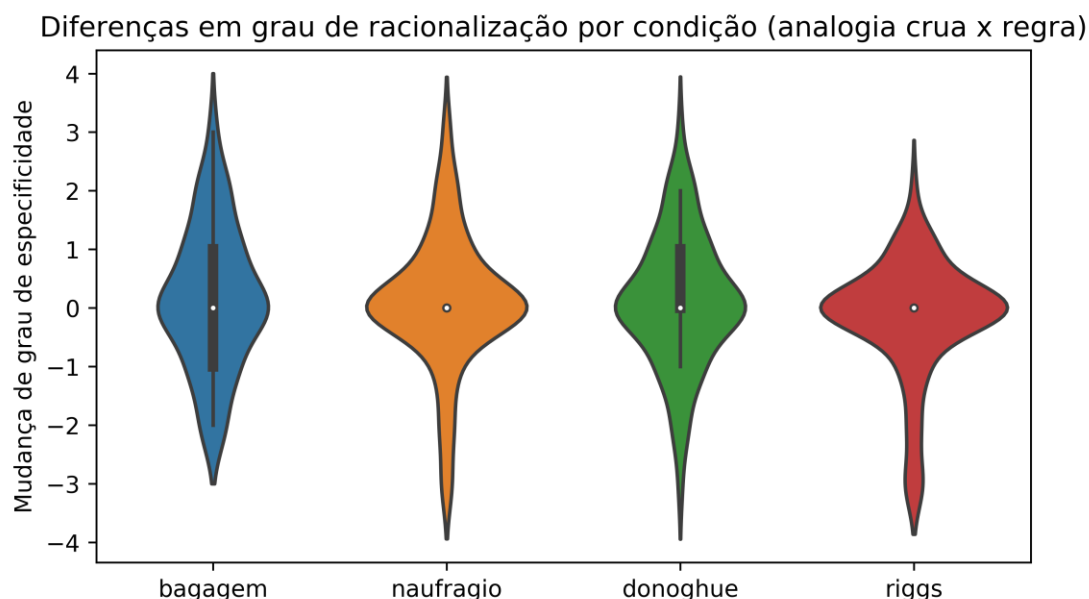
Regina v. Dudley foi considerado em um outro caso. Mary e Jodie, gêmeas siamesas, nasceram com os corpos colados. Apesar de ambas terem seus próprios pulmões, coração e cérebro os órgãos de Mary eram mais fortes, e seu coração, inclusive, oxigenava as artérias da irmã, que, sozinha, não podia manter-se viva. Por saberem que, juntas, as irmãs tinham pouco tempo de sobrevida, e, eventualmente, morreriam ambas, os médicos decidiram fazer a cirurgia de separação, conscientes de que sacrificariam Jodie em decorrência do procedimento. Mary sobreviveu com condições de uma vida saudável. Os médicos foram processados pelo homicídio de Jodie. No terceiro experimento proposto, esses casos foram apresentados juntos aos participantes, que deveriam extrair a regra de Regina v. Dudley e dizer se ela se aplicava ao caso das gêmeas, ou deveriam fixar as categorias fáticas relevantes de Regina v. Dudley e dizer se o resultado desse caso deveria ser repetido no caso das gêmeas – participantes distintos recebiam esses casos com a pergunta sobre regras e com a pergunta sobre a analogia (*between subjects*).

Com esse desenho experimental, quis-se verificar se a regra ou as categorias fáticas relevantes estabelecidas quando da análise de um caso isoladamente (experimento descrito no item anterior) seriam alteradas quando esse caso fosse colocado como possível precedente para um outro (experimento descrito neste item). Os resultados do experimento demonstram que isso não ocorre em frequência relevante, nem em relação a regras, tampouco quanto a analogia. E, nas ocasiões em que ocorre, há uma mudança para graus de generalidade próximos aos que foram antes, na análise isolada de casos, estabelecidos – isto é, as alterações ocorrem pouco, e, quando ocorrem, são pouco significativas. Esta é a representação gráfica dos dados colhidos:



As indicações em numerais positivos significam que houve atribuição de um grau de generalidade mais baixo quando da análise conjunta de casos do que o que havia ocorrido quando da análise isolada de um caso; as indicações em numerais negativos sinalizam que houve uma alteração para graus de generalidade mais altos. Por exemplo, a indicação em 1 quer dizer que houve uma alteração na formulação de regra ou de categorias fáticas em um grau a menos de generalidade (na escala de quatro opções de respostas); a indicação em -1 sinaliza que essa alteração ocorreu para uma resposta um grau mais genérica (na escala de quatro opções de respostas). A maior parte dos casos, nos dois desenhos, da analogia e da regra, concentram-se no centro, no zero, porque não houve alteração das respostas na análise de casos em conjunto em relação ao exame anterior de caso isolado.

Isso se repete quando se examinam o que houve em cada um dos casos apresentados aos participantes. Esta é a representação gráfica:



Riggs v. Palmer foi analisado isoladamente e em conjunto com um caso criado sobre homicídio culposo do testador.⁹⁵ Regina v. Dudley (“naufrágio” na representação gráfica) foi apresentada isoladamente e em conjunto com o caso antes já discutido sobre as gêmeas Mary e Judie.⁹⁶ Em Riggs, a decisão do tribunal determinou a anulação do testamento do avô assassinado que beneficiava Palmer, o que parece ser um resultado subótimo se aplicado ao testamento que favorecia neto que assassinou apenas culposamente o avô. Em Regina, houve condenação de três

⁹⁵ Os casos foram narrados da seguinte maneira aos participantes:

“Palmer assassinou o avô para garantir e antecipar o recebimento da herança que lhe era atribuída em testamento. Pelo crime, Palmer foi julgado e condenado à prisão. As tias de Palmer, as irmãs Riggs, processaram Palmer para evitar que ele adquirisse as propriedades do avô por herança. O juiz decidiu em favor das irmãs Riggs e anulou o testamento que previa Palmer como beneficiário.”

“Daniela, sem saber que seu avô estava embaixo de seu veículo, verificando seu funcionamento mecânico, dirigiu e, sem qualquer intenção, casou sua morte. Daniela tinha um relacionamento de muito amor e proximidade com o avô, e, por isso, ele havia estabelecido em testamento que ela deveria herdar boa parte de suas propriedades.”

⁹⁶ Os casos foram narrados da seguinte maneira aos participantes:

“Em um naufrágio, quatro homens conseguiram se salvar e ficaram à deriva em um barco salva-vidas com alguma comida que levavam consigo. Após esgotarem-se os suprimentos, três dos sobreviventes assassinaram o quarto, o mais fraco, e comeram sua carne para permanecerem vivos. Dois dias depois, foram resgatados. Processados por homicídio, o juiz decidiu que os três sobreviventes deveriam ser condenados pelo crime.”

“Mary e Judie, gêmeas siamesas, nasceram com os corpos colados. Apesar de ambas terem seu próprio coração, pulmão e cérebro, os órgãos de Mary eram mais fortes, e seu coração, inclusive, oxigenava as artérias da irmã, que, sozinha, não podia manter-se viva. Por saberem que, juntas, as irmãs tinham pouco tempo de sobrevivência, e, eventualmente, morreriam ambas, os médicos decidiram fazer a cirurgia de separação, conscientes de que sacrificariam Judie em decorrência do procedimento. Mary sobreviveu com condições de uma vida saudável. Os médicos foram processados pelo homicídio de Judie.”

sobreviventes de um naufrágio que assassinaram um quarto para comer sua carne enquanto estiveram à deriva. Esse também parece ser um resultado subótimo para o caso das gêmeas, em que houve a morte de uma delas após operação de separação planejada e executada pelos médicos, que sabiam que matariam Mary em decorrência disso, mas também estavam certos de que ambas morreriam, caso permanecessem com corpos colados. Os casos Donoghue e Adams (“bagagem” no desenho) tratam, respectivamente, sobre pedidos de indenizações por ingestão de bebida contaminada pelo corpo em decomposição de uma lesma, e sobre furto de bagagem em contrato de transporte.⁹⁷ É interessante observar que Riggs e Regina são casos mais moralmente salientes que Donoghue e Adams, e também são os casos que apresentaram menor variação de respostas no segundo e terceiro experimento. A curva dos desenhos sobre esses casos é mais larga no zero. Houve alguma alteração de respostas para tornar a regra ou as categorias fáticas mais estreitas, o que é representado pelas curvas em 1 e 2. Isso significa que, houve manipulação da regra ou de categorias fáticas para fazer com que Riggs não controlasse o caso sobre homicídio culposo do testador e também

⁹⁷ Donoghue foi analisado em conjunto com *MacPherson v. Buick Motors*, com o seguinte texto:

“Silvia comprou uma bebida açucarada de gengibre, engarrafada em um recipiente opaco, em um café. Derramou uma parte do conteúdo em um copo e consumiu o produto. Quando se serviu novamente, caiu no copo o corpo em decomposição de uma lesma. Silvia teve problemas gástricos em decorrência do evento e processou o fabricante da bebida. O juiz decidiu em favor de Silvia e determinou que ela fosse indenizada.”

“Marcos comprou um carro em uma concessionária de veículos. Por um problema mecânico em uma das rodas, que, sozinho, sem conhecimento específico, não poderia ter identificado, Marcos sofreu um acidente que lhe causou lesões graves a ponto de ter que amputar um dos braços. Resolveu processar o fabricante do carro com o pedido de ser indenizado.”

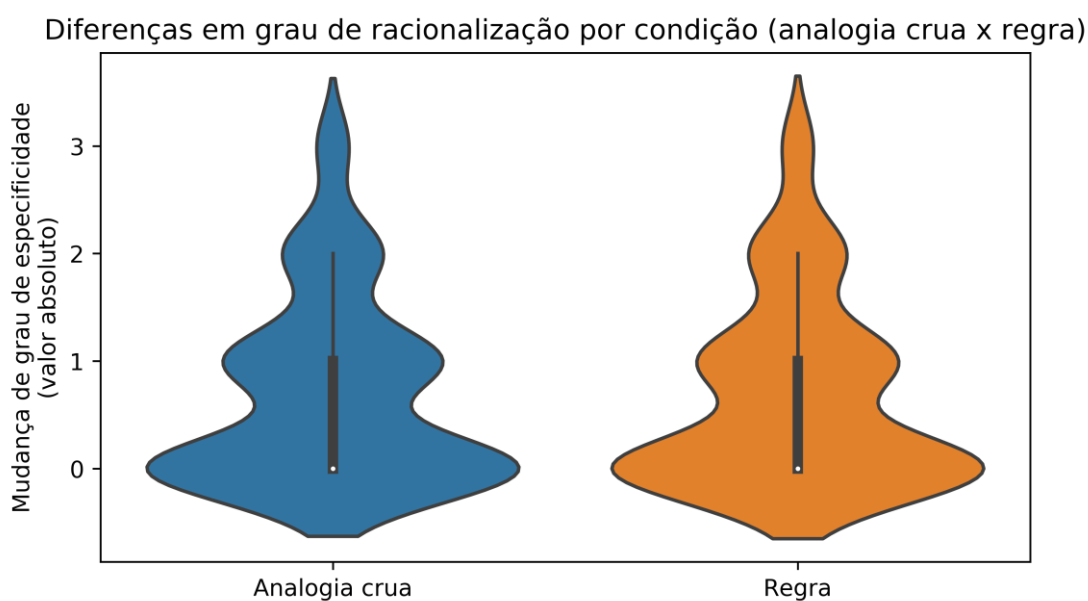
Adams foi examinada com um caso criado sobre furto de bagagem em transporte de trem, nos seguintes termos:

“Smith adquiriu uma passagem de trem para uma viagem de uma hora de duração. Ele deixou sua bagagem em compartimento que ficava sobre o seu assento, onde podia vigiá-la por todo percurso. Ao retirar a bagagem, ao final da viagem, percebeu que havia pertences faltando. Em um momento de distração, não viu quando alguém levou seus bens. Smith processou a companhia de trem e pediu indenização pelo dano que lhe foi causado. O juiz decidiu que Smith não deveria ser indenizado.”

“Adams firmou um contrato de transporte com uma operadora de ferryboat que, em razão da distância entre a origem e o destino, envolvia uma pernoite a bordo do barco, em uma cabine privada equipada com cama e armários. Adams deixou seus pertences em sua cabine, trancada, em uma noite em que esteve no salão principal do barco. Quando retornou, notou que a porta havia sido arrombada e uma de suas malas havia sido furtada. Adams processou a operadora de ferryboat com um pedido de indenização.”

evitar que Regina determinasse o resultado do caso das gêmeas. Mas as curvas que mostram essas alterações são muito pouco relevantes quando comparadas às curvas que evidenciam manutenção das respostas dadas no segundo experimento.

Há maior vinculação do juiz ao precedente em um modelo ou em outro? Algum está mais sujeito a vieses do que o outro? Esta representação gráfica esclarece:



As curvas do modelo da analogia são idênticas as do modelo da regra. Isso significa que não há, como se sustenta em âmbito teórico, maior vinculação do juiz ao precedente no modelo da regra que no modelo da analogia. Os resultados indicam que ambos os modelos oferecem vinculação – a base dos desenhos, mais larga, sinaliza que, na maior parte dos casos analisados por participantes, não houve ajuste da regra ou das categorias fáticas relevantes quando da análise do caso anterior como precedente para um atual em relação às respostas dadas quando do exame isolado de cada caso. Ainda quando houve alguma alteração, isso se verificou tanto no modelo da regra quanto no da analogia – por isso os desenhos na representação gráficas seguem o mesmo formato.

Algumas indicações podem ser extraídas desses resultados experimentais.⁹⁸ Teóricos do modelo da regra criticam a operação analógica do precedente pela

⁹⁸ Nesse projeto, houve participação de cerca de 120 pessoas. Em razão da dimensão da amostra, registre-se, outra vez, a advertência de que os resultados apresentados apenas permitem indicações, e não conclusões peremptórias sobre as investigações.

impossibilidade de oferecimento de vinculação do juiz ao precedente.⁹⁹ Não obstante, evidência empírica aqui desenvolvida indica que há pouca disposição cognitiva de se alterarem as categorias fáticas relevantes antes fixadas para se garantir um ou outro resultado quando o caso anterior é pensado como possível precedente de um caso atual. O modelo da analogia evitou vieses no estabelecimento de relevância aos fatos tanto quanto o modelo da regra evitou manipulações na extração de regras do precedente. Isso significa que, ao menos quando o tribunal que estabelece o precedente não estipula claramente qual é sua *ratio*, os modelos da regra e da analogia não apresentam vantagem ou desvantagem em relação ao outro no que se refere à acomodação da noção de vinculação.

⁹⁹ Essa é considerada uma dimensão psicológica da crítica formulada pelos teóricos do modelo da regra em relação ao modelo da analogia. Em Rigoni (2014, p.08): “[it is] essentially a psychological argument that analogical reasoning cannot explain the mental state required for a judge acting under precedential constraint”.

4 Conclusão

A partir das considerações teóricas e empíricas traçadas, é possível que se estabeleçam algumas conclusões:

1. O precedente é argumento que determina que resultado fixado em caso anterior seja repetido em caso atual similar. Mas quando um caso é similar a outro? Num sentido possível, casos são similares quando se pode garantir justificação interna no silogismo em que a prescrição extraída caso anterior é premissa maior, os fatos do caso atual são premissa menor e a conclusão é a decisão do precedente; noutro sentido plausível, casos são similares quando categorias fáticas relevantes de ambos os casos são análogas. Quer dizer: ou o precedente é uma regra ou é analogia.
2. Há dois pontos de especial importância na análise de teorias sobre o precedente: a) se a concepção comporta a vinculação do julgador à decisão anterior quando o resultado da aplicação é (em termos de razões de primeira-ordem) subótimo; b) se a concepção resguarda a possibilidade da prática de *distinguishing* para evitar a decisão anterior aparentemente aplicável ao caso atual. Esses dois pontos são tradicionalmente (nas versões radicais dos modelos da regra e da analogia) considerados incompatíveis. No modelo da regra, viabiliza-se vinculação do juiz ao precedente, mas não se permite o *distinguishing*; no modelo da analogia, acomoda-se o *distinguishing*, mas não se oferece vinculação ao precedente.
3. No âmbito teórico, cogita-se da possibilidade de ajustes. No que se refere ao modelo da regra, é possível adequá-lo à prática do *distinguishing* se se acrescenta a noção de derrotabilidade ao conceito de regra. No que se refere ao modelo da analogia, a proposição de que não comporta a vinculação do juiz ao precedente tem um caráter psicológico, que exige evidência experimental para que se comprove sua pertinência.
4. No âmbito empírico, verifica-se que há uma preferência cognitiva a se operar o precedente como analogia. Ao que indica evidência

experimental, esse é o conceito ordinário de precedente, no direito e fora.

5. Dentre os modelos, há abertura semelhante a vieses. Com a análise de resultados experimentais, constatou-se que o juiz não está mais vinculado ao precedente no modelo da regra do que no da analogia, não obstante a proposição comumente formulada em âmbito teórico de que apenas uma regra pode gerar comprometimento a resultados subótimos passados. A atribuição de relevância a categorias fáticas do precedente não é, em geral, manipulada para se garantir um resultado ótimo em caso atual. Da mesma maneira, ainda que não haja regra claramente estabelecida no precedente, sua extração não acontece para servir à obtenção de um resultado desejável no caso atual. Em termos de vinculação do juiz ao precedente, os modelos da analogia e regra não diferem.
6. Em contabilização das vantagens e desvantagens, o modelo da analogia parece mais adequado ao precedente: viabiliza a prática do *distinguishing* independentemente de ajustes; dispensa noções problemáticas de *ratio* e *dicta*; permite acordos teóricos incompletos; oferece vinculação tanto quando o modelo da regra, e, ainda, representa o conceito ordinário de precedente. Enquanto isso, o modelo da regra apenas acomoda a prática do *distinguishing* se se ajusta as concepções de alguns teóricos à derrotabilidade de regras; exige noções de *ratio* e *dicta*; absorve os problemas implicados tanto em se fazer o direito em concreto como em se fazer o direito em abstrato; não oferece mais vinculação que o modelo da analogia (a menos que isso ocorra em casos em que há *ratio* clara, o que não foi aqui explorado experimentalmente— não obstante, verificou-se que esse modelo, como o da analogia, já é bastante vinculado até mesmo quando não se apresenta *ratio* explicitamente, e isso, possivelmente, não se altera para os casos em que se esclarece o que é a *ratio*, ou, ainda que se altere, seria possível se argumentar que não é necessário, para se operar o precedente com satisfatória segurança, de mais vinculação do que o que foi demonstrado nos experimentos apresentados), e, por fim, não é o modelo

efetivamente usado, no direito e fora, quando se argumenta por precedente. Por essas razões, recomenda-se que o modelo da analogia seja preferido para definição do conceito de precedente.

Seja como for, alerta-se para a necessidade de que se esclareça, sempre que se trate de precedente, do que exatamente se fala. Não é conceito unívoco, e é preciso que se evitem ruídos na comunicação. Na academia, a clareza conceitual é indispensável para o desenvolvimento teórico sobre a argumentação baseada em precedente. No Judiciário, a transparência sobre qual o modelo de precedente se adota é importante para o controle das decisões que se apoiam em argumentação baseada em precedente.

5 Referências bibliográficas

Alexander, Larry (1989), —Constrained By PrecedentII, in: *S. Cal. L. Rev.*, 63:1, pp. 3-64

Alexander, Larry e Sherwin, Emily (2008), *Demystifying Legal Reasoning*, New York: Cambridge University Press.

Baum Levenbook, Barbara (2000), —The Meaning of a PrecedentII in: *Legal Theory*, 6:2, pp. 185-240.

Brewer, Scott (1996), *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Cambridge, Mass.: Harvard Law Review Pub. Association.

Calabresi, Guido (1982), *A common law for the age of statues*, Cambridge: Harvard University Press.

Duxbury, Neil (2008), *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press.

Dworkin, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Belknap Press.
Goodhart, Arthur L. (1959) —Determining the Ratio Decidendi of a Casell in: *The Yale Law Journal*, 40:2, 161-183.

Goodhart, Arthur L. (1959) —Determining the Ratio Decidendi of a Casell in: *The Yale Law Journal*, 40:2, 161-183.

Goutal, Jean Louis (2011), *Characteristics of judicial style in France, Britain and the U.S.A.* *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 14, pp. 43-72.
Fuller, Lon L. (1940), *The Law in Quest of Itself* 140

Fuller, Lon L. (1958), "Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart," 71 *Harv. L. Rev.* 630.

Haidt, Jonathan (2001). *The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, 108 *PSYCHOL. REV.* 814.

Hart, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Claredon Press.

Hart, H. L. A. (1958), "Positivism and the Separation of Law and Morals," 71 *Harv. L. Rev.* 593.

Hunter, Dan (2001), —Reason is too large: Analogy and Precedent in Lawll. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=239739>.

Lamond, Grant (2005), —Do Precedents Create Rules?ll in: *Legal Theory*, 11:1, pp. 1-26.

Lamond, Grant (2006), "Precedent and Analogy in Legal Reasoning", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL= <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>.

Levi, Edward H (1949), *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press.

Levi, Edward H (1951), An Introduction to Legal Reasoning. _Journal of Philosophy_ 48 (5):167-168

Luecke, H.K. (1989), —Ratio Decidendi: Adjudicative Rational and Source of Lawll in: *Bond Law Review*, 1:1, pp. 36-51.

MacCormick, Neil (2005), *Rhetoric and The Rule Of Law*, Oxford; New York: Oxford University Press.

MacCormick, Neil (1994), *Legal Reasoning and Legal Theory*. : Oxford University Press.

Markesinis, Basil S. (1994), *A Matter of Style*. Sweet and Maxwell.

Markesinis, Basil S. (2000), *Judicial style and judicial reasoning in England and Germany*. Cambridge Law Journal, pp. 294-309.

Merryman, John Henry (2006). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3rd. California: Stanford University Press.

Struchiner, N. (2002) *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro : Renovar.

Struchiner, N. (2011) *Indeterminação e Objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir*. Em MACEDO JR., R. P. e BARBIERI, C. H. C. (organizadores). *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições*. São Paulo : Saraiva.

Struchiner, N. (2005) *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis no direito*. Tese de Doutorado, Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUC-Rio, defendida em 4 de agosto de 2005.

SLOCUM, B. G. (2015) *Ordinary Meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation*. Chicago : The University of Chicago Press.

Perelman, Chaïm (1982), *The Realm of Rhetoric*, Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press.

Postema, Gerald J. (2007), —A Similibus ad Simila: Analogical Thinking in the Lawll in: Edin, Douglas E. (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge UK; New York: Cambridge University Press, pp. 102-133.

Raz, Joseph (1979), *The Authority of Law*, Oxford: Claredon Press; New York: Oxford University Press.

Rigoni, Adam (2014), —Common-Law Judicial Reasoning and Analogyll in: *Legal Theory*, 20:2, pp. 133-156

Schauer, Frederick (1987), —Precedentll in: *Stanford Law Review*, 39:3, pp. 571-605.

Schauer, Frederick (1988), —Is the Common Law Law?ll in: *Cal. L. Rev.* 77.

Schauer, Frederick (1991), *Playing By The Rules*, Oxford, England: Claredon Press; New York: oxford University Press.

Schauer, Frederick (2006), —Do Cases Make Bad Law?ll in: *The University of Chicago L. Rev.*, 73:3.

Schauer, Frederick (2008), —Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) about Analogyll disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1007001>.

Schauer, Frederick (2008a), —Authority and Authoritiesll, in: *Va. L. Rev.* 94, pp. 1931- 1961.

Schauer, Frederick (2009), *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Shecaira, Fabio (2013), —Analogical Arguments in Ethics and Law: A Defense of Deductivismll in: *Informal Logic*, 33:3, pp. 406-437.

Sherwin, Emily (1999), —A Defense of Analogical Reasoning in the Lawll in: *The University of Chicago L. Rev.*, 66:4, p. 1179 ff.

Stevens, Katharina (2018). Case-to-Case Arguments. *_Argumentation_*:1-25.

SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996.^[L]_[SEP]

Walton, Douglas (2005), —Justification of Argument Schemesll disponível em:
<http://philosophy.unimelb.edu.au/ajl/2005>.

Waluchow, Wilfrid J. (2007), *A Common Law Theory of Judicial Review*, Cambridge; New York: Cambridge University Press.

Apêndice

1. Experimento 01 (descrito no item 3.1 deste trabalho).

Redação da instrução inicial apresentada aos participantes:

“Há, em cada bloco que segue, apresentação de dois casos curtos: um deles já foi decidido por um juiz, e o outro ainda não tem decisão. A pergunta a ser respondida é sobre como se deve compreender a relação entre os dois casos, independentemente de qual seria a melhor decisão para o segundo, se esse fosse analisado isoladamente. Há quatro alternativas de resposta e todas podem ser justificadas por argumentos aceitáveis. Dê sua opinião!”

Redação dos casos apresentados aos participantes:

Bloco 01:

Gabriela comprou uma bebida açucarada em um café. Ela consumiu parte do produto até perceber que, dentro da garrafa opaca que não permitia a inspeção do conteúdo, havia o corpo em decomposição de uma lesma. Gabriela teve problemas gástricos em decorrência do evento e processou o fabricante da bebida. O juiz que recebeu o caso decidiu em favor da Gabriela, isso é, determinou que ela fosse indenizada, e apresentou a seguinte razão para sua decisão: fabricantes de produtos alimentícios têm responsabilidade pelos riscos de contaminação próprios da atividade.

Maurício adquiriu um carro em uma concessionária de veículos. Pouco tempo depois, sofreu um acidente na direção causado exclusivamente por um problema mecânico, que ele, sozinho, sem conhecimento específico, não poderia ter identificado antes de usar o produto. O acidente lhe causou lesões. Maurício resolveu processar o fabricante do carro, com o pedido de indenização.

Como juiz do caso de Maurício, que conhece a decisão do caso de Gabriela, marque a alternativa que melhor estabelece a relação entre esses casos:

- a) O caso de Gabriela estabelece uma regra que se aplica ao caso de Maurício.
- b) O caso de Gabriela estabelece uma regra que se não aplica ao caso de Maurício.
- c) Os fatos descritos são similares e a decisão sobre o caso de Gabriela se aplica ao caso de Maurício.

d) Os fatos descritos não são similares e a decisão sobre o caso de Gabriela não se aplica ao caso de Maurício.

Bloco 02:

Paulo assassinou o avô para garantir e antecipar o recebimento da herança que lhe era atribuída em testamento. Pelo crime, Paulo foi julgado e condenado à prisão. As tias de Paulo, as irmãs Mendes, processaram-no para evitar que ele adquirisse as propriedades do avô. O juiz que recebeu o caso decidiu em favor das irmãs Mendes, isso é, anulou o testamento que previa Paulo como beneficiário, e apresentou a seguinte razão para sua decisão: ninguém pode se beneficiar a partir do próprio crime.

Igor participou do planejamento do homicídio de Rasputin, conselheiro da família real russa. A CBS, emissora de televisão, fez produção cinematográfica da história desse assassinato e retratou Igor como um dos principais personagens. A exibição alcançou grande audiência. Igor processou a CBS e pediu quantia em dinheiro para ser compensado pela veiculação de sua imagem com fins lucrativos e sem sua autorização.

Como juiz no caso de Igor, que conhece a decisão do caso de Paulo, marque a alternativa que melhor estabelece a relação entre esses casos:

- a) O caso de Paulo estabelece uma regra que se aplica ao caso de Igor.
- b) O caso de Paulo estabelece uma regra que se não aplica ao caso de Igor.
- c) Os fatos descritos são similares e a decisão sobre o caso de Paulo se aplica ao caso de Igor.
- d) Os fatos descritos não são similares e a decisão sobre o caso de Paulo não se aplica ao caso de Igor.

Bloco 03:

Em uma viagem, Saulo hospedou-se em um hotel, onde teve sua bagagem furtada de seu quarto enquanto esteve fora. Saulo processou o proprietário do hotel e pediu indenização pelo dano que lhe foi causado. O juiz que recebeu o caso decidiu em favor de Saulo, isso é, condenou o proprietário do hotel a pagar indenização, e apresentou a seguinte razão para sua decisão: contratos de hospedagem envolvem a obrigação de fornecer segurança aos pertences dos hóspedes.

Arthur fez um contrato de transporte com uma operadora de ferryboat que, em razão da distância entre a origem e o destino, envolvia pernoite a bordo, em uma cabine privada equipada com cama, armário e banheiro. Arthur deixou seus pertences em sua cabine enquanto esteve no salão principal do ferryboat por algumas horas. Quando retornou, notou que uma de suas malas havia sido furtada. Arthur processou a operadora de ferryboat com um pedido de indenização.

Como juiz no caso de Arthur, que conhece a decisão do caso de Saulo, marque a opção que melhor estabelece a relação entre esses casos:

- a) O caso de Saulo estabelece uma regra que se aplica ao caso de Arthur.
- b) O caso de Saulo estabelece uma regra que se não aplica ao caso de Arthur.
- c) Os fatos descritos são similares e a decisão sobre o caso de Saulo se aplica ao caso de Arthur.
- d) Os fatos descritos não são similares e a decisão sobre o caso de Saulo não se aplica ao caso de Arthur.

Bloco 04:

Marcos adquiriu um carro em uma concessionária. Pouco tempo depois, sofreu um acidente causado exclusivamente por um problema mecânico em uma das rodas do veículo. O defeito estava oculto, já que Marcos, sem conhecimento específico, não poderia tê-lo identificado antes de usar o produto. Em decorrência do acidente, sofreu lesões graves. Marcos processou o fabricante do carro. O juiz que recebeu o caso decidiu em favor de Marcos, isso é, determinou que ele fosse indenizado, e apresentou a seguinte razão para sua decisão: fabricantes têm responsabilidade por danos causados por defeitos em produtos.

Carlos adquiriu um equipamento agrícola em uma loja especializada. Tratava-se de equipamento evidentemente perigoso, já que suas engrenagens movimentavam-se com velocidade e ficavam próximas da abertura em que o operador deveria despejar os alimentos recém-colhidos. O risco oferecido era aparente a qualquer um que operasse a máquina. Em uma ocasião, seu braço se prendeu nas engrenagens e Carlos sofreu lesões tão graves que foi preciso fazer uma amputação. Carlos processou o fabricante do equipamento pelo defeito de segurança, com pedido de indenização

pelos danos que sofreu.

Como juiz no caso de Carlos, que conhece a decisão do caso de Marcos, marque a alternativa que melhor estabelece a relação entre esses casos:

- a) O caso de Marcos estabelece uma regra que se aplica ao caso de Carlos.
- b) O caso de Marcos estabelece uma regra que se não aplica ao caso de Carlos.
- c) Os fatos descritos são similares e a decisão sobre o caso de Marcos se aplica ao caso de Carlos.
- d) Os fatos descritos não são similares e a decisão sobre o caso de Marcos não se aplica ao caso de Carlos.

2. Experimento 02 (descrito no item 3.2 deste trabalho):

Redação dos casos apresentados aos participantes.

2.1 Em relação ao modelo da regra:

Bloco 01:

Em um naufrágio, quatro homens conseguiram se salvar e ficaram à deriva em um barco salva-vidas com alguma comida que levavam consigo. Após esgotarem-se os suprimentos, três dos sobreviventes assassinaram o quarto, o mais fraco, e comeram sua carne para permanecerem vivos. Dois dias depois, foram resgatados. Processados por homicídio, o juiz decidiu que os três sobreviventes deveriam ser condenados pelo crime.

Dentre as opções, selecione a regra que melhor possa ser extraída do caso:

- a) não se admite homicídio em casos de naufrágio para salvar a própria vida;
- b) não se admite antropofagia para salvar a própria vida;
- c) não se admite homicídio para se salvarem vidas;
- d) não se admite sacrifício da vida em casos de estado de necessidade para salvarem vidas.

Bloco 02:

Paulo assassinou o avô para garantir e antecipar o recebimento da herança que lhe era atribuída em testamento. Pelo crime, Paulo foi julgado e condenado à prisão. As tias de Paulo, as irmãs Rios, processaram Paulo para evitar que ele adquirisse as propriedades do avô por herança. O juiz decidiu em favor das irmãs Rios e anulou o testamento que previa Paulo como beneficiário.

Dentre as opções, selecione a regra que melhor possa ser extraída do primeiro caso:

- a) ninguém pode se beneficiar do próprio ato ilícito;
- b) ninguém pode se enriquecer a partir do próprio crime;
- c) ninguém pode adquirir propriedade a partir de crime doloso (intencional);
- d) ninguém pode herdar a partir de homicídio doloso (com intenção de matar) contra o testador.

Bloco 03:

Silvia comprou uma bebida açucarada de gengibre, engarrafada em um recipiente opaco, em um café. Derramou uma parte do conteúdo em um copo e consumiu o

produto. Quando se serviu novamente, caiu no copo o corpo em decomposição de uma lesma. Silvia teve problemas gástricos em decorrência do evento e processou o fabricante da bebida. O juiz decidiu em favor de Silvia e determinou que ela fosse indenizada.

Dentre as opções, selecione a regra que melhor possa ser extraída do caso:

- a) há direito à indenização pela ingestão de bebida açucarada de gengibre que continha corpo em decomposição de uma lesma que tenha ocasionado problemas gástricos;
- b) há direito à indenização pela ingestão de produtos alimentícios que contenham corpos estranhos impróprios para consumo que tenha ocasionado problemas de saúde;
- c) Há direito à indenização por danos causados à integridade física do consumidor por vícios ocultos em produtos;
- d) Há direito à indenização por danos causados ao consumidor por vício em produto;

Bloco 04:

Smith adquiriu uma passagem de trem para uma viagem de uma hora de duração. Ele deixou sua bagagem em compartimento que ficava sobre o seu assento, onde podia vigiá-la por todo percurso. Ao retirar a bagagem, ao final da viagem, percebeu que havia pertences faltando. Em um momento de distração, não viu quando alguém levou seus bens. Smith processou a companhia de trem e pediu indenização pelo dano que lhe foi causado. O juiz decidiu que Smith não deveria ser indenizado.

Dentre as opções, selecione a regra que melhor possa ser extraída do caso:

- a) Contratados para o transporte de trem não têm responsabilidade em relação ao furto de bem armazenado em compartimento sobre o assento do passageiro;
- b) Contratados para o transporte terrestre não têm responsabilidade em relação ao furto de bem que pôde estar sob vigilância do proprietário durante todo o percurso;
- c) Contratados para o transporte não têm responsabilidade por bens furtados;
- d) Fornecedores não têm responsabilidade pela ocorrência de crimes patrimoniais contra consumidores.

2.2 Em relação ao modelo da analogia:

Bloco 01:

Em um naufrágio, quatro homens conseguiram se salvar e ficaram à deriva em um barco salva-vidas com alguma comida que levavam consigo. Após esgotarem-se os suprimentos, três dos sobreviventes assassinaram o quarto, o mais fraco e de saúde mais vulnerável, e comeram sua carne para permanecerem vivos. Dois dias depois, foram resgatados. Processados por homicídio, o juiz decidiu que os três sobreviventes deveriam ser condenados pelo crime.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do caso:

- a) esse é um caso sobre naufrágio, homicídio doloso e salvamento da própria vida;
- b) esse é um caso sobre antropofagia, crime e salvamento da própria vida;
- c) esse é um caso sobre escolha trágica, homicídio doloso do indivíduo com menores chances de sobrevivência e salvamento de vidas;
- d) esse é um caso sobre estado de necessidade, sacrifício e salvamento de vidas.

Bloco 02:

Paulo assassinou o avô para garantir e antecipar o recebimento da herança que lhe era atribuída em testamento. Pelo crime, Paulo foi julgado e condenado à prisão. As tias de Paulo, as irmãs Rios, processaram Paulo para evitar que ele adquirisse as propriedades do avô por herança. O juiz decidiu em favor das irmãs Rios e anulou o testamento que previa Paulo como beneficiário.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do caso:

- a) esse é um caso sobre ato ilícito e obtenção de benefício;
- b) esse é um caso sobre crime e enriquecimento;
- c) esse é um caso sobre crime doloso (intencional) e aquisição de propriedade;
- d) esse é um caso sobre homicídio doloso (com intenção de matar) e recebimento de herança.

Bloco 03:

Silvia comprou uma bebida açucarada de gengibre, engarrafada em um recipiente opaco, em um café. Derramou uma parte do conteúdo em um copo e consumiu o

produto. Quando se serviu novamente, caiu no copo o corpo em decomposição de uma lesma. Silvia teve problemas gástricos em decorrência do evento e processou o fabricante da bebida. O juiz decidiu em favor de Silvia e determinou que ela fosse indenizada.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do caso:

- a) esse é um caso sobre bebida açucarada de gengibre, corpo em decomposição de uma lesma e problemas gástricos;
- b) esse é um caso sobre produtos alimentícios, corpo estranho impróprio para consumo e problemas de saúde;
- c) esse é um caso sobre produtos; vício oculto antes do consumo e dano à integridade física do consumidor;
- d) esse é um caso sobre produtos; vício e dano ao consumidor.

Bloco 04:

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do caso:

- a) esse é um caso sobre contrato de transporte de trem de curta distância, bem em compartimento sobre o assento do passageiro e furto;
- b) esse é um caso sobre contrato de transporte terrestre, bem que poderia ter sido vigiado pelo proprietário durante todo percurso do passageiro sobre o bem e furto;
- c) esse é um caso sobre contrato de transporte e furto;
- d) esse é um caso sobre contrato entre fornecedor e consumidor e crime.

3. Experimento 03 (descrito no item 3.3 deste trabalho).

Redação dos casos apresentados aos participantes.

3.1 Em relação ao modelo da regra:

Bloco 01:

Em um naufrágio, quatro homens conseguiram se salvar e ficaram à deriva em um barco salva-vidas com alguma comida que levavam consigo. Após esgotarem-se os suprimentos, três dos sobreviventes assassinaram o quarto, o mais fraco, e comeram sua carne para permanecerem vivos. Dois dias depois, foram resgatados. Processados por homicídio, o juiz decidiu que os três sobreviventes deveriam ser condenados pelo crime.

Maria e Juliana, gêmeas siamesas, nasceram com os corpos colados. Apesar de ambas terem seu próprio coração, pulmões e cérebro, os órgãos de Maria eram mais fortes, e seu coração, inclusive, oxigenava as artérias da irmã, que, sozinha, não podia manter-se viva. Por saberem que, juntas, as irmãs tinham pouco tempo de sobrevida, e, eventualmente, morreriam ambas, os médicos decidiram fazer a cirurgia de separação, conscientes de que sacrificariam Juliana em decorrência do procedimento. Maria sobreviveu com condições de uma vida saudável. Os médicos foram processados pelo homicídio de Juliana.

Dentre as opções, selecione a regra que melhor possa ser extraída do primeiro caso:

- a) não se admite homicídio em casos de naufrágio para salvar a própria vida;
- b) não se admite antropofagia para salvar a própria vida;
- c) não se admite homicídio para se salvarem vidas;
- d) não se admite sacrifício da vida em casos de estado de necessidade para se salvarem vidas.
- e)

Considerando a regra estabelecida, a decisão de condenação dos três sobreviventes por homicídio no primeiro caso se aplica aos médicos no segundo caso?

- a) Sim;
- b) Não.

Bloco 02:

Paulo assassinou o avô para garantir e antecipar o recebimento da herança que lhe era atribuída em testamento. Pelo crime, Paulo foi julgado e condenado à prisão. As tias de Paulo, as irmãs Rios, processaram Paulo para evitar que ele adquirisse as propriedades do avô por herança. O juiz decidiu em favor das irmãs Rios e anulou o testamento que previa Paulo como beneficiário.

Daniela, sem saber que seu avô estava embaixo de seu veículo verificando seu funcionamento mecânico, dirigiu e, por acidente, causou sua morte. Daniela tinha um relacionamento de muita afinidade e proximidade com o avô, e, por isso, ele havia estabelecido em testamento que ela deveria herdar boa parte de suas propriedades.

Dentre as opções, selecione a regra que melhor possa ser extraída do primeiro caso:

- a) ninguém pode se beneficiar do próprio ato ilícito;
- b) ninguém pode se beneficiar do próprio crime;
- c) ninguém pode adquirir propriedade a partir de crime doloso (intencional);
- d) ninguém pode herdar a partir de homicídio doloso (com intenção de matar) contra o testador.

Considerando a regra estabelecida, a decisão de anulação do testamento que beneficiava Paulo no primeiro caso deve ser aplicada ao testamento que beneficia Daniela no segundo caso?

- a) Sim;
- b) Não.

Bloco 03:

Silvia comprou uma bebida açucarada de gengibre, engarrafada em um recipiente opaco, em um café. Derramou uma parte do conteúdo em um copo e consumiu o produto. Quando se serviu novamente, caiu no copo o corpo em decomposição de uma lesma. Silvia teve problemas gástricos em decorrência do evento e processou o fabricante da bebida. O juiz decidiu em favor de Silvia e determinou que ela fosse indenizada.

Marcos comprou um carro em uma concessionária de veículos. Por um problema mecânico em uma das rodas, que, sozinho, sem conhecimento específico, não poderia ter identificado, Marcos sofreu um acidente que lhe causou lesões graves a ponto de

ter que amputar um dos braços. Resolveu processar o fabricante do carro com o pedido de ser indenizado.

Dentre as opções, selecione a regra que melhor possa ser extraída do primeiro caso:

- a) Há direito à indenização pela ingestão de bebida açucarada de gengibre que contenha corpo em decomposição de uma lesma e que tenha causado problemas gástricos ao consumidor;
- b) Há direito à indenização pela ingestão de produtos alimentícios que contenham corpos estranhos impróprios para consumo e que tenham causado problemas de saúde ao consumidor;
- c) Há direito à indenização por danos causados à integridade física do consumidor por vícios ocultos em produtos;
- d) Há direito à indenização por danos causados ao consumidor por vício em produto;

Considerando a regra estabelecida, a decisão de indenização de Silvia no primeiro caso deve ser aplicada ao pedido de Marcos no segundo caso?

- a) Sim;
- b) Não.

Bloco 04:

Smith adquiriu uma passagem de trem para uma viagem de uma hora de duração. Ele deixou sua bagagem em compartimento que ficava sobre o seu assento, onde podia vigiá-la por todo percurso. Ao retirar a bagagem, ao final da viagem, percebeu que havia pertences faltando. Em um momento de distração, não viu quando alguém levou seus bens. Smith processou a companhia de trem e pediu indenização pelo dano que lhe foi causado. O juiz decidiu que Smith não deveria ser indenizado.

Adams firmou um contrato de transporte com uma operadora de ferryboat que, em razão da distância entre a origem e o destino, envolvia uma pernoite a bordo do barco, em uma cabine privada equipada com cama e armários. Adams deixou seus pertences em sua cabine, trancada, em uma noite em que esteve no salão principal do barco. Quando retornou, notou que a porta havia sido arrombada e uma de suas malas havia

sido furtada. Adams processou a operadora de ferryboat com um pedido de indenização.

Dentre as opções, selecione a regra que melhor possa ser extraída do primeiro caso:

- a) Contratados pra o transporte de trem não têm responsabilidade em relação ao furto de bem armazenado em compartimento sobre o assento do passageiro;
- b) Contratados para o transporte terrestre não têm responsabilidade em relação ao furto de bem que pôde estar sob vigilância do proprietário durante todo o percurso;
- c) Contratados para o transporte não têm responsabilidade por bens furtados;
- d) Fornecedores não têm responsabilidade pela ocorrência de crimes patrimoniais contra consumidores.

3.2 Em relação ao modelo da analogia:

Bloco 01:

Em um naufrágio, quatro homens conseguiram se salvar e ficaram à deriva em um barco salva-vidas com alguma comida que levavam consigo. Após esgotarem-se os suprimentos, três dos sobreviventes assassinaram o quarto, o mais fraco, e comeram sua carne para permanecerem vivos. Dois dias depois, foram resgatados. Processados por homicídio, o juiz decidiu que os três sobreviventes deveriam ser condenados pelo crime.

Maria e Juliana, gêmeas siamesas, nasceram com os corpos colados. Apesar de ambas terem seu próprio coração, pulmões e cérebro, os órgãos de Maria eram mais fortes, e seu coração, inclusive, oxigenava as artérias da irmã, que, sozinha, não podia manter-se viva. Por saberem que, juntas, as irmãs tinham pouco tempo de sobrevida, e, eventualmente, morreriam ambas, os médicos decidiram fazer a cirurgia de separação, conscientes de que sacrificariam Juliana em decorrência do procedimento. Maria sobreviveu com condições de uma vida saudável. Os médicos foram processados pelo homicídio de Juliana.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do primeiro caso:

- a) esse é um caso sobre naufrágio, homicídio doloso (com intenção de matar) e salvamento da própria vida;
- b) esse é um caso sobre antropofagia, crime e salvamento da própria vida;
- c) esse é um caso sobre escolha trágica, homicídio doloso (com intenção de matar) do indivíduo com menores chances de sobrevivência e salvamento de vidas;
- d) esse é um caso sobre estado de necessidade, sacrifício e salvamento de vidas.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do segundo caso:

- a) esse é um caso sobre gêmeos siameses, intervenção médica e salvamento de vida;
- b) esse é um caso sobre má formação embrionária, intervenção médica e homicídio doloso (com intenção de matar);
- c) esse é um caso sobre escolha trágica, homicídio doloso (com intenção de matar) do indivíduo com menores chances de sobrevivência e salvamento de vida;
- d) esse é um caso sobre estado de necessidade, sacrifício e salvamento de vida.

Considerando as semelhanças e/ou diferenças nas categorias fáticas relevantes, a decisão de condenação dos três sobreviventes por homicídio no primeiro caso se aplica aos médicos no segundo caso?

- a) Sim;
- b) Não.

Bloco 02:

Paulo assassinou o avô para garantir e antecipar o recebimento da herança que lhe era atribuída em testamento. Pelo crime, Paulo foi julgado e condenado à prisão. As tias de Paulo, as irmãs Rios, processaram Paulo para evitar que ele adquirisse as propriedades do avô por herança. O juiz decidiu em favor das irmãs Rios e anulou o testamento que previa Paulo como beneficiário.

Daniela, sem saber que seu avô estava embaixo de seu veículo verificando seu funcionamento mecânico, dirigiu e, por acidente, causou sua morte. Daniela tinha um

relacionamento de muita afinidade e proximidade com o avô, e, por isso, ele havia estabelecido em testamento que ela deveria herdar boa parte de suas propriedades.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do primeiro caso:

- a) esse é um caso sobre ato ilícito e obtenção de benefício;
- b) esse é um caso sobre crime e enriquecimento;
- c) esse é um caso sobre crime doloso (intencional) e aquisição de propriedade;
- d) esse é um caso sobre homicídio doloso (com intenção de matar) e recebimento de herança.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do segundo caso:

- a) esse é um caso sobre ato ilícito e obtenção de benefício;
- b) esse é um caso sobre crime e enriquecimento;
- c) esse é um caso sobre crime culposos (não intencional) e aquisição de propriedade;
- d) esse é um caso sobre homicídio culposos (sem intenção de matar) e recebimento herança.

Considerando as semelhanças e/ou diferenças nas categorias fáticas relevantes, a decisão de anulação do testamento que beneficiava Paulo no primeiro caso se aplica ao testamento que beneficia Daniela no segundo caso?

- a) Sim;
- b) Não.

Bloco 03:

Silvia comprou uma bebida açucarada de gengibre, engarrafada em um recipiente opaco, em um café. Derramou uma parte do conteúdo em um copo e consumiu o produto. Quando se serviu novamente, caiu no copo o corpo em decomposição de uma lesma. Silvia teve problemas gástricos em decorrência do evento e processou o fabricante da bebida. O juiz decidiu em favor de Silvia e determinou que ela fosse indenizada.

Marcos comprou um carro em uma concessionária de veículos. Por um problema mecânico em uma das rodas, que, sozinho, sem conhecimento específico, não poderia ter identificado, Marcos sofreu um acidente que lhe causou lesões graves a ponto de ter que amputar um dos braços. Resolveu processar o fabricante do carro com o pedido _____ de _____ ser _____ indenizado.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do primeiro caso:

- a) esse é um caso sobre bebida açucarada de gengibre, corpo em decomposição de uma lesma e problemas gástricos;
- b) esse é um caso sobre produtos alimentícios, corpo estranho impróprio para consumo e problemas de saúde;
- c) esse é um caso sobre produtos de consumo, vício oculto antes do consumo e dano à integridade física do consumidor;
- d) esse é um caso sobre produtos de consumo, vício e dano ao consumidor.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do segundo caso:

- a) esse é um caso sobre carro, problema mecânico em uma das rodas e amputação de membro;
- b) esse é um caso sobre veículos automotores, problema mecânico e lesões;
- c) esse é um caso sobre produtos de consumo, vício oculto antes do consumo e dano à integridade física do consumidor;
- d) esse é um caso sobre produtos de consumo, vício e dano ao consumidor.

Considerando as semelhanças e/ou diferenças nas categorias fáticas relevantes, a decisão pela indenização de Silvia no primeiro caso se aplica ao pedido de Marcos no segundo caso?

- a) Sim;
- b) Não.

Bloco 04:

Smith adquiriu uma passagem de trem para uma viagem de uma hora de duração. Ele deixou sua bagagem em compartimento que ficava sobre o seu assento, onde podia

vigiá-la por todo percurso. Ao retirar a bagagem, ao final da viagem, percebeu que havia pertences faltando. Em um momento de distração, não viu quando alguém levou seus bens. Smith processou a companhia de trem e pediu indenização pelo dano que lhe foi causado. O juiz decidiu que Smith não deveria ser indenizado.

Adams firmou um contrato de transporte com uma operadora de ferryboat que, em razão da distância entre a origem e o destino, envolvia uma pernoite a bordo do barco, em uma cabine privada equipada com cama e armários. Adams deixou seus pertences em sua cabine, trancada, em uma noite em que esteve no salão principal do barco. Quando retornou, notou que a porta havia sido arrombada e uma de suas malas havia sido furtada. Adams processou a operadora de ferryboat com um pedido de indenização.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do primeiro caso:

- a) esse é um caso sobre contrato de transporte de trem em viagem de curta distância, bem em compartimento sobre o assento do passageiro e furto;
- b) esse é um caso sobre contrato de transporte terrestre, bem sob a possibilidade de vigilância do passageiro por todo percurso e furto;
- c) esse é um caso sobre contrato de transporte e furto;
- d) esse é um caso sobre contrato entre fornecedor e consumidor e crime patrimonial.

Dentre as opções, escolha a que melhor representa as categorias fáticas relevantes do segundo caso:

- a) esse é um caso sobre contrato de transporte de ferryboat em viagem de longa distância, bem em cabine privativa do passageiro e furto;
- b) esse é um caso sobre contrato de transporte marítimo, bem em cabine privativa do passageiro e furto;
- c) esse é um caso sobre contrato de transporte e furto;
- d) esse é um caso sobre contrato entre fornecedor e consumidor e crime patrimonial.

Considerando as semelhanças e/ou diferenças nas categorias fáticas relevantes, a decisão de que Smith não deve receber indenização no primeiro caso se aplica ao pedido de Adams no segundo caso?

- a) Sim;
- b) Não.