



Observatório da Jurisdição Constitucional

Ano 1 - Outubro 2007 - Brasília - Brasil - ISSN 1982-4564



METODOLOGIA DE ESTUDO DE PRECEDENTES

Christine Oliveira Peter da Silva
Mestre em Direito e Estado pela UnB
Professora de Direito Constitucional do UniCeub
Professora de Pós-Graduação em Direito Constitucional do IDP
Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal

1 Considerações Preliminares

Muito embora não seja da tradição jurídica nacional, fortemente influenciada pela Escola Romano Germânica¹, o estudo de precedentes como metódica de ensino e pesquisa em Direito, não há dúvidas de que se revela uma das exigências do século XXI o manuseio de precedentes como habilidade essencial para o jurista.

Não se pode pretender investigar o Direito e a norma jurídica numa perspectiva pragmática², sem atentar para a importância dos precedentes e da sua análise crítica. Aceita a premissa, inafastável para a pragmática³, de que os sujeitos que produzem as normas também devem ser considerados como essenciais para a própria existência e significado das próprias

¹ Segundo René David: “Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais dever ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a “doutrina” pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de códigos. Cfr: DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho, 3ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 17-18.

² Para um melhor aprofundamento sobre o conceito de norma jurídica na perspectiva pragmática vide: FERRAZ JR., Tércio Ferraz Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

³ Pragmática quer significar o terceiro ponto investigado pela semiótica, ao lado da sintática e da semântica. Em brevíssimas palavras, seria o estudo da norma jurídica na condição de texto, agregando ao estudo do próprio texto – e suas funções gramaticais; e do seu significado – preocupação afeita à semântica, também o exame do contexto em que a norma jurídica foi produzida e é aplicada. Para maiores esclarecimentos sobre o tema, vide: DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 21-22.

normas, não há como deixar de buscar métodos e procedimentos adequados para tal análise crítica.

O professor Canotilho propõe como um bom método de trabalho para aqueles que se aproximam dos problemas de interpretação das normas constitucionais o resumo de um caso concreto (*briefing a case*).⁴ A receita metódica do professor português é: a) escolher um caso difícil (*hard case*) e paradigmático (*standard-case* or *leading-case*); b) descrever o contexto do caso, em dois planos: o sociológico (qual o problema que desencadeou o caso e os fatos que lhe deram origem) e o legislativo (qual a política de governo e do parlamento formulada para a questão); c) explicitar o texto da norma constitucional envolvida e seu significado (aqui devem ficar assentadas as normas constitucionais específicas e as suas interpretações em casos análogos); d) deixar claras as controvérsias constitucionais suscitadas pela regulação legislativa para a questão; e) revelar os argumentos envolvidos; f) expor a retórica argumentativa do Tribunal Constitucional; g) explicitar qual foi a decisão elaborada pelo Tribunal Constitucional (criticando-a, se for o caso)⁵.

Para que a análise do precedente ocorra de forma satisfatória, faz-se necessário que o jurista domine a teoria de direito processual e material utilizadas, bem como tenha noções acerca de teoria do discurso e argumentação jurídica, pois será tanto mais profunda e proveitosa a análise quanto maior for o grau de entrosamento do jurista com o objeto pesquisado, tanto no que diz respeito à dogmática jurídica de que se lançou mão no processo de tomada de decisão, quanto nas ferramentas metodológicas necessárias para um tratamento consciente da linguagem e discurso utilizados.

O objetivo do presente trabalho é contribuir para a reflexão daqueles que compartilham da premissa de que é imprescindível para a compreensão e interpretação do Direito a análise e discussão dos precedentes dos tribunais. Não se cuida de estudo epistemológico em

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1045-1046.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, op. cit., p. 1046.

que se pretende discutir a validade e/ou possibilidade desse tipo de análise para o jurista, mas de singelas considerações acerca de sua viabilidade prática⁶.

2 Elementos de um estudo de precedente

Um estudo de precedente requer do jurista altivez de pensamento, pois um de seus principais objetivos é que se possa, a partir dessa prática, chegar a conclusões próprias sobre a decisão tomada. A descrição cuidadosa dos fatos bem como a identificação do problema a ser solucionado são os primeiros passos dessa empreitada. Logo depois, torna-se necessário sistematizar argumentos e opiniões, para que, enfim, se chegue a uma conclusão opinativa sobre a questão posta, a partir de uma explicação crítica acerca das razões que levaram àquela conclusão.

Assim sendo, são elementos que não podem faltar em um estudo de precedente: descrição dos fatos; identificação da matéria ou problema a ser solucionado; sistematização dos argumentos/opiniões sobre a questão; descrição da decisão ou conclusão opinativa sobre a questão posta; e explicação sobre as razões (teóricas, sociais, políticas, econômicas, etc) envolvidas na decisão⁷.

Não será possível fazer um estudo de precedente com qualidade científica sem que tais elementos estejam presentes. Isso quer dizer que, para que o precedente sirva como objeto de uma análise crítica qualitativa por parte do jurista deve possibilitar que todos esses elementos sejam identificados.

⁶ Por honestidade acadêmica, sinto-me na obrigação de registrar abalizada opinião de estudiosos pátrios para quem o estudo de precedentes não constitui estudo de caso, retirando do âmbito material dos “estudos de caso” a análise de precedentes. Por todos vide: MARTINS, Gilberto de Andrade. **Estudo de caso: uma estratégia de pesquisa**. São Paulo : Atlas, 2006, p. 5-7.

⁷ Tais elementos encontram-se elencados no texto “Instruções para estudos de caso”: Supreme Court Historical Society - *Instructions for case studies* [internet] Disponível em: www.landmarkcases.org Acesso em 23/07/04.

Uma vez identificados os elementos, já está dado o primeiro passo daquele que consiste no procedimento apropriado para estudar um precedente, qual seja, está-se diante de um precedente relevante para se fazer um estudo sobre ele.

3 Procedimento para estudar um precedente (doutrina norte-americana)

Tomando de empréstimo a doutrina norte-americana, forte na procedimentalização do estudo de precedentes, é possível identificar os seguintes e necessários passos para se fazer um estudo de precedentes: a) escolha do precedente a ser estudado; b) revisão/sistematização dos fatos descritos no precedente; c) identificação clara e objetiva da questão discutida; d) discussão sobre os argumentos (apresentados ou não); e) busca de uma (ou mais) solução para o problema; f) teste de prognósticos das soluções apresentadas.

3.1 Escolha do precedente

A escolha de um precedente para ser objeto de análise crítica e/ou estudo científico depende, em primeiro lugar, da relevância que ele tenha num determinado contexto histórico, político, social ou jurídico. Não há uma fórmula precisa e segura para que seja identificado um precedente interessante e relevante para ser objeto de estudo, mas é imprescindível que seja possível justificar a escolha.

Um possível critério para a escolha de um precedente pode ser a identificação nele, *prima facie*, dos elementos necessários para um estudo, os quais já foram mencionados no item anterior. Mas, por óbvio, que nem sempre tão-só a presença de tais elementos revela-se suficiente para se justificar a escolha.

O que é importante considerar para a escolha do caso são as possibilidades que ele oferece para um estudo e/ou crítica que venha a contribuir para a reflexão jurídica como um todo, seja no plano dogmático, seja no plano sócio-jurídico, ou no plano filosófico-jurídico.

3.2 Revisão e sistematização dos fatos descritos no precedente

É imprescindível ter uma clara idéia dos fatos do caso, sendo necessária uma sistematização objetiva da seqüência de acontecimento das coisas. Algumas questões ajudam nessa fase: a) O que aconteceu? b) Quem são as partes envolvidas? c) Quais fatos/acometimentos são e quais não são importantes? d) Quais informações importantes merecem ser elucidadas? e) Por que as partes se envolveram nesta situação?

A partir desses questionamentos é possível ter-se um quadro razoavelmente seguro dos acontecimentos que levaram àquele precedente, já esgotando a fase descritiva que permite, com boa dose de precisão, um panorama real do caso que levou ao precedente.

3.3 Identificação clara e objetiva da questão discutida

A identificação da questão jurídica em debate é ponto essencial do estudo de caso. Revela-se importante ter em mente que a questão do caso é mais complexa do que a questão jurídica, o que leva a uma visão mais consciente da necessidade de cortes e delimitações, pois os limites da interdisciplinariedade devem também estar bem identificadas.

Não se pode deixar de considerar, nesse particular, as distinções necessárias entre o imaginário comum do jurista/analista crítico, que em geral é dotado de uma pré-compreensão qualificada, com o conhecimento científico necessário para se proceder com qualidade a um bom estudo do precedente.

Se a questão discutida não for bem delimitada e identificada, o resultado do estudo do precedente pode cair nos seus principais vícios: análises intuitivas, primitivas e impressionistas⁸, as quais não conseguem transcender de relatos históricos com alto grau de senso comum.

3.4 Discussão sobre os argumentos

Uma vez que a questão discutida no precedente está bem identificada, é o momento de apresentar os argumentos que fizeram parte da construção da decisão que está sendo analisada. É

⁸ Esta observação também pode ser encontrada em: MARTINS, Gilberto de Andrade. **Estudo de caso: uma estratégia de pesquisa**. São Paulo : Atlas, 2006. p. xii.

importante que estejam bem identificados⁹: a) quais os argumentos a favor e contra cada ponto de vista; b) quais os argumentos mais persuasivos e quais são menos persuasivos e o porquê?; c) que consequências podem ser atribuídas a cada um dos argumentos no curso da ação: para as partes e para a sociedade?; d) existem outras alternativas argumentativas que não foram consideradas no precedente estudado?

Registre-se que, na discussão sobre os argumentos mais e menos relevantes para a resolução do caso, é imprescindível que o jurista esteja envolvido em uma atmosfera de aceitação e abertura, o que significa que, para uma boa análise do precedente, nenhuma hipótese deve ser desconsiderada nem avaliada como a melhor *prima facie*.

3.5 Busca/análise crítica da solução dada para o problema central do precedente

A decisão posta no precedente merece uma reflexão crítica a partir de determinados padrões de verificação: a discordância e a concordância irão depender do parâmetro que se escolhe para a análise crítica implementada. Não é possível afirmar que uma solução é adequada ou inadequada para um determinado problema posto sem que esteja claro o parâmetro posto para tal conclusão.

Neste particular, torna-se relevante que a crítica seja direta e simples, pontuada com clareza e sem rodeios. Não se pode buscar retoricamente validar soluções que não estejam coerentemente postas, com o objetivo de não desagradar aqueles que optaram pela decisão constante do precedente.

Por fim, é relevante destacar que um estudo de precedente passa por um inevitável processo de interpretação dos dados ali constantes, de forma que a crítica ou validação da conclusão ali posta será sempre passível de uma nova avaliação. Dessa forma, nenhum estudo de precedente pode pretender-se a palavra final sobre ele, mas sempre um ponto inicial de debate sobre o próprio precedente.

⁹ Estas perguntas encontram elencadas em: “Instruções para estudos de caso”: Supreme Court Historical Society - *Instructions for case studies* [internet] Disponível em: www.landmarkcases.org Acesso em 23/07/04.

3.6 Teste de prognósticos das soluções apresentadas

Uma vez que foram encontradas soluções para resolver o problema central posto no precedente, revela-se importante aplicar sobre tais soluções um teste de prognósticos, ou seja, submeter cada uma das possíveis soluções vislumbradas para aquela mesma situação a um juízo de prognose, o que significa conjecturar sobre as conseqüências daquela solução para a situação projetada.

Neste particular, é importante que se tenha em consideração o máximo de informações sobre as reais condições fáticas que envolvem o caso estudado, pois somente as múltiplas possibilidades podem fornecer um juízo de prognoses satisfatório. Não há como deixar de registrar que o exercício sobre as possíveis conseqüências que uma dada solução pode gerar será inevitavelmente subjetivo, dependendo das condições circundantes, tanto pessoais quanto institucionais daquele que faz o prognóstico.

Assim, quanto maior for a experiência e expertise do intérprete no momento das conjecturas, melhor será o juízo de prognose se implementará. E ainda, quanto mais dados e informações estiverem à disposição daquele que estuda o precedente sobre as circunstâncias fáticas subjacentes, também melhor o trabalho prognóstico a ser desenvolvido.

Feitas essas considerações, apresentadas a partir do modelo norte-americano de estudo de precedentes, vai-se esboçar algumas considerações sobre a metódica defendida pelo Professor J.J. Gomes Canotilho, que, em sua obra, deu-lhe o nome de “Topologia do Caso”.

4 Topologia do caso do Prof. J.J. Gomes Canotilho

Canotilho¹⁰ também oferece sua sugestão de roteiro para análise de precedente, propondo que seja feita: a) descrição da situação fática; b) descrição das peculiaridades processuais (ação, pedido, causa de pedir, etc); c) descrição das normas envolvidas (constitucionais e infra-constitucionais); d) descrição das controvérsias interpretativas

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, op. cit., p. 1046.

(judiciário/legislativo); e) descrição dos argumentos jurídicos e não-jurídicos da decisão, identificando-os um a um; f) descrição e análise da retórica argumentativa do Tribunal (análise crítica dos argumentos utilizados); g) descrição e análise crítica da decisão final do Tribunal (adequação/correção ou não entre provimento e pedido).¹¹

A proposta do professor português pode ser muito valiosa para o desenvolvimento do estudo de precedentes em nosso país, pois sua influência sempre marcante para o Direito Constitucional pátrio faz-se presente em todo o processo de revitalização e consolidação da democracia brasileira pós-1988.

O sucesso (ou possível fracasso) da cultura de estudo de precedente em nosso país está a depender muito mais da disponibilidade de nossos juristas em tentar algo novo e diferente daquilo que estamos experimentando há há séculos, em virtude da tradição jurídica romano germânica entre nós, do que propriamente da dificuldade metodológica em si.

O maior desafio dos profissionais do Direito no século XXI não é encontrar soluções para os problemas que lhes são postos todos os dias nas suas diversas áreas de atuação, mas, sim, saber identificar as verdadeiras e importantes questões que tais problemas encetam.

Na minha opinião, isso só será possível, quando efetivamente desenvolvermos com alguma solidez a cultura de estudo crítico de precedentes e isso for institucionalizado (inserido no currículo dos cursos jurídicos) em nossa tradição jurídica. Enquanto isso não acontece, abre-se o diálogo a partir de reflexões como a que aqui apresento ao público interessado.

Como citar: Silva, Christine Oliveira Peter da. *Metodologia de Estudo de Precedentes. Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 1, out. 2007. Disponível em: <http://www.idp.org.br/index.php?op=stub&id=9&sc_1=60>. Acesso em: dia mês ano.

¹¹ Num estudo de iniciação científica, o aluno pode cingir-se aos procedimentos explicitados nos itens “a” até “e”. Em estudos de pós-graduação, exige-se do pesquisador a análise completa.

5 Referência bibliográfica

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRAZ JR., Tércio Ferraz Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MARTINS, Gilberto de Andrade. **Estudo de caso: uma estratégia de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2006.

Supreme Court Historical Society - **Instructions for case studies** [internet] Disponível em: www.landmarkcases.org. Acesso em 23/07/04.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Metodologia do ensino jurídico com casos: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.