



PORQUE NO DIREITO (E EM
QUALQUER LUGAR) O PRECEDENTE
NÃO É TOTALMENTE (OU MESMO
SUBSTANCIALMENTE) SOBRE A ANALOGIA¹

WHY PRECEDENT IN LAW (AND ELSE WHERE) IS NOT
TOTALLY (OR EVEN SUBSTANTIALY) ABOUT ANALOGY

Frederick Schauer²

(Tradução de Jefferson Carús Guedes³ e Thiago Santos Aguiar de Pádua⁴)

SUMÁRIO: Introdução; 1. A analogia como um amigo; 2. O precedente como um adversário; 3. Sobre a Diferença Entre Analogia e Precedente; 4. O Constrangimento Precedente Faz Algum Sentido?; 5. Em Direção a um Programa de Pesquisa em Precedente; Referências.

1 - Publicado originalmente em: SCHAUER, Frederick. Why precedent in law and elsewhere is not totally or even substantially: about analogy. In: Perspectives on Psychological Science, v. 3, n. 6 p. 454-460, 2008.

2 - Frederick Schauer é titular da cadeira Frank Stanton sobre a Primeira Emenda, na John F. Kennedy School of Government, Harvard University, e Professor na Harvard Law School. Este artigo emergiu de uma série de trocas e conversas luminosas com Dan Simon e Barbara Spellman, e eu sou grato a eles por servirem de auditório involuntário; e Spellman por também realizar comentários críticos sobre a primeira versão do rascunho. Matt Stephenson, Carol Steiker, Bill Stuntz, Larry Tribe, Mark Tushnet, e Lloyd Weinreb forneceram material bastante útil para as citações. Apoio de pesquisa acadêmica foi fornecido pela Harvard Law School e pela Joan Shorenstein Center on the Press, Politics and Public Policy, Harvard University.

3 - Mestre e Doutor das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor da Graduação em Direito e do programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. Líder do Grupo de Pesquisa "ISO – Justiça Processual e Desigualdade". Advogado da União.

4 - Mestre e Doutorando em Direito no UniCEUB. Professor da Graduação e da Especialização em Direito do UniCEUB. Líder do Grupo de Pesquisa "Cortes Constitucionais, Democracia e Isomorfismo". Advogado. Foi assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.



RESUMO: Cientistas cognitivos e outros pesquisadores do raciocínio analógico geralmente defendem que o uso do precedente no direito seria uma aplicação do raciocínio pela analogia. Entretanto, o princípio jurídico do precedente é bem distinto. O uso típico da analogia, incluindo o uso analógico de decisões pretéritas na argumentação jurídica, envolve a seleção de uma fonte - análoga dentre múltiplos candidatos, em ordem a auxiliar na melhor decisão possível no presente. Mas o princípio jurídico do precedente demanda que uma decisão anterior seja tratada como vinculante, mesmo se o tomador de decisões atual discordar dela. Quando a identidade entre a decisão anterior e a atual é óbvia e inescapável, o precedente impõe uma restrição bastante diferente do efeito típico da argumentação por analogia. A importância de desenhar esta distinção não é tanto a de mostrar que a proclamação comum nas literaturas das ciências psicológicas e cognitivas estão equivocadas, mas a de que a possibilidade de tomar decisões sob as imposições de um precedente vinculante é - em si mesmo - uma importante forma de tomada de decisão que merece ser pesquisada no seu próprio campo.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Analogia. Direito Constitucional.

ABSTRACT: Cognitive scientists and others who do research on analogical reasoning often claim that the use of precedent in law is an application of reasoning by analogy. In fact, however, law's principle of precedent is quite different. The typical use of analogy, including the use of analogies to earlier decisions in legal argument, involves the selection of an analog from multiple candidates in order to help make the best decision now. But the legal principle of precedent requires that a prior decision be treated as binding, even if the current decision-maker disagrees with that decision. When the identity between a prior decision and the current question is obvious and inescapable, precedent thus imposes a constraint quite different from the effect of a typical argument by analogy. The importance of drawing this distinction is not so much in showing that a common claim in the psychological and cognitive science literature is mistaken, but that the possibility of making decisions under the constraints of binding precedent is itself an important form of decision-making that deserves to be researched in its own right.

KEYWORDS: Precedent. Analogy. Constitutional Law.

INTRODUÇÃO

Raciocinar por analogia é uma característica central e de domínio geral da cognição humana⁵, assim como é um componente chave da tomada de decisão profissional e dos especialistas⁶.

Políticos, médicos, cientistas e inúmeros outros raciocinam analogicamente, e há muito mais a ser aprendido sobre como as pessoas pensam através da compressão de como as analogias funcionam e são utilizadas na vida comum e profissional.

Muito embora o raciocínio analógico seja uma importante chave de compreensão do pensamento humano, discursos sobre a importância da pesquisa analógica se tornam mais e mais abertas ao desafio quando psicólogos defendem que raciocinar por meio da analogia é o que os juristas fazem quando eles se valem do juridicamente penetrante fenômeno do precedente⁷, ou quando os juízes o fazem ao utilizar um precedente como componente essencial do seu raciocínio e tomada de decisões⁸. Uma série de estudos, por exemplo, sugere que podemos aprender sobre o raciocínio judicial e a tomada de decisão jurídica, geralmente a partir do estudo sobre como as pessoas comuns constroem analogias⁹. Uma pesquisa recente, sobre a analogia, assevera que o uso dos precedentes judiciais “é a aplicação formalizada do raciocínio analógico”¹⁰, enquanto uma outra visão geral sustenta a profunda penetração do precedente no direito como o motivo para que advogados e juízes estudem analogia¹¹. Outro artigo recente descreve o raciocínio analógico estudado pelos psicólogos como “típico do direito”¹². E está bastante clara a reivindicação de um psicólogo cognitivo no sentido de que “o princípio do precedente [no] common law” é “inteiramente baseado na analogia”¹³.

5 - FORBUS, K.D. Exploring analogy in the large. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*. Cambridge, MA: MIT Press, 2001; HOFSTADTER, D.R. Analogy as the core of cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*. Cambridge, MA: MIT Press, 2001; HOLYOAK, K.J.; THAGARD, P. *The analogical mind*. *American Psychologist*, 52, 1997.

6 - BLANCHETTE, I.; DUNBAR, K. *Analogy use in naturalistic settings: The place of audience, emotion and goals*. *Memory and Cognition*, 29, 2000, p. 330-335; HOLYOAK, K.J. (1982). An analogical framework for literary interpretation. *Poetics*, 11, 1982, p. 105-126; HOLYOAK, K.J. Analogy. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 117-142; KHONG, Y.F. Analogies at war: Korea, Munich, Dien Bien Phu, and the Vietnam decisions of 1965. Princeton: Princeton University Press, 1992; SPELLMAN, B.A.; HOLYOAK, K.J. If Saddam is Hitler then who is George Bush?: Analogical mapping between systems of social roles. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62, 1992, p. 913-933; TETLOCK, P.E. Theory driven reasoning about possible pasts and probable futures: Are we prisoners of our perceptions? *American Journal of Political Science*, 43, 1999, p. 335-366.

7 - KOKINOV, B.N.; FRENCH, R.M. Computational models of analogy-making. In L. Nadel (Ed.), *Encyclopedia of cognitive science*, v.1. London: Nature Publishing Group, 2003, p. 113-118.

8 - HOFSTADTER, D.R. Analogy as the core of cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*. Cambridge, MA: MIT Press, 2001.

9 - HOLYOAK, K.J.; SIMON, D. Bidirectional reasoning in decision making by constraint satisfaction. *Journal of Experimental Psychology: General*, 128, 1999, p. 3-31; SIMON, D.; KRAWCZYK, D.C.; HOLYOAK, K.J. Construction of preferences by constraint satisfaction. *Psychological Science*, 15, 2004, p. 331-336.

10 - HOLYOAK, K.J. Analogy. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 117-142.

11 - ELLSWORTH, P. Legal reasoning. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning* (p.). Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 685-704.

12 - HUNT, E. Expertise, talent, and social encouragement. In Ericsson, K.A., Charness, N., Feltovich, P.J., & Hoffman, R.R. (Eds.), *The Cambridge handbook of expertise and expert performance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006, p. 31-40.

13 - SPELLMAN, B.A. Reflections of a recovering lawyer: How becoming a cognitive psychologist – and (in particular) studying analogical and causal reasoning – changed my views about the field of law and psychology. *Chicago-Kent Law Review*, 79, 2004, p. 1187-1214.



Professores de Direito tem escrito amplamente sobre a analogia¹⁴ porque o uso das analogias para os casos passados é um componente comum da argumentação jurídica. Mas o uso frequente do raciocínio analógico no direito não permite a conclusão de que o raciocínio do tipo precedente seria a mesma¹⁵ coisa¹⁶. Ao invés disso, seguir precedentes é uma forma de raciocínio segundo a qual dos juízes se espera que adiram às decisões anteriores, abordando a mesma questão, a despeito do seu próprio posicionamento acerca de como tais questões deveriam ter sido decididas.

Assim, os juízes são obrigados a responder a mesma questão de forma idêntica a que os outros responderam antes dele, mesmo que eles tivessem preferido responder de maneira distinta. Constrangimento precedente, em direito, é precisamente esta obrigação de seguir decisões prévias apenas por causa de sua existência, e não por causa de sua percepção como sendo mais adequada (por parte do atual julgador), e esta forma contraintuitiva de raciocínio - ubíqua no raciocínio jurídico (além de espalhada por toda parte) é - de uma forma importante - diferente da forma típica de raciocínio analógico, seja dentro ou fora do Direito.

Embora os advogados utilizem analogias frequentemente, seu uso por parte dos advogados não permite a conclusão de que o raciocínio analógico representa toda, ou a maior parte do raciocínio jurídico, especialmente porque o seguimento obrigatório de decisões anteriores é substancialmente distinto da seleção de uma analogia para iluminar ou informar uma decisão atual. Um argumento a partir do precedente requer uma determinação inicial de alguma similaridade relevante, mas nisso os caminhos divergem, e o uso típico do precedente, especialmente por parte dos juízes, carrega consigo muito menos afinidade com o raciocínio analógico do que a maioria dos psicólogos - e talvez até mesmo alguns advogados - parecem acreditar. Ou isso é o que eu defendo aqui.

Meu objetivo não é (apenas) demonstrar que uma reivindicação comum na literatura psicológica está equivocada. Isto, por si só, pode ser útil, mas ainda mais seria a demonstração de que o seguimento do precedente representa uma forma distinta - mas raramente estudada - de tomada de decisão. Se tal conclusão é rumorosa, então o reconhecimento das distinções do raciocínio dos precedentes pode abrir uma porta para a pesquisa psicológica sobre o precedente, que pode ser tão rica e útil quanto tem sido a pesquisa psicológica acerca da analogia.

Considere, por exemplo, o criticismo contemporâneo acerca da Suprema Corte falhar em seguir precedentes de Cortes anteriores¹⁷. Quando os críticos batem na mesma tecla sobre a

14 - ASHLEY, K.D. Modeling legal arguments: Reasoning with cases and hypotheticals. Cambridge, MA: MIT Press, 1990; BREWER, S. Exemplary reasoning: Semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument. *Harvard Law Review*, 109, 1996, p. 923-1028; HUNTER, D. Reason is too large: Analogy and precedent in law. *Emory Law Journal*, 50, 1997, p. 1197-1243; LEVI, E. Introduction to legal reasoning. Chicago: University of Chicago Press, 1949; SUNSTEIN, C.R. On analogical reasoning. *Harvard Law Review*, 106, 1993, p. 741-791; WEINREB, L.L. Legal reason: The use of analogy in legal argument. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005.

15 - ALEXANDER, L.; SHERWIN, E. The rule of rules: Morality, rules, and the dilemmas of law. Durham, NC: Duke University Press, 2001; LAMOND, G. Precedent and analogy in legal reasoning. In N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006.

16 - "Não existe palavra mais utilizada de maneira perdida ou com grande variedade de sentidos que a Analogia". Cf: MILL, J.S. Considerations on representative government. In J.M. Robson (Ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, 29, (1963). Toronto: University of Toronto Press, 1861, p. 371-577.

17 - Tecnicamente, a obrigação de uma Corte seguir suas próprias decisões anteriores é referida como "stare decisis" ("mantenha o que já foi decidido"), e "precedente", termo mais abrangente, é utilizado para se referir tanto ao "stare decisis" quanto à obrigação de uma corte inferior seguir as decisões de uma corte superior. O que se sustenta aqui se aplica a ambos os tipos de precedente, embora "stare decisis" seja mais contraintuitiva para os que são de fora do direito. Cfr.: Editorial - Justice Denied. 2007. *New York Times*, July 5, 2007, 12.

Suprema Corte não seguir precedentes em temas como aborto, direitos dos acusados em processo criminal, ou de ações afirmativas, eles não estão sugerindo que a Suprema Corte tenha utilizado uma analogia equivocada, identificada como análoga a um caso pretérito apenas superficialmente, mas não em termos de similaridade estrutural com o caso atual, ou que tenha falhado em mapear os componentes adequados relacionados ao caso pretérito (fonte) para o caso atual (alvo em mira).

Ao invés disso, eles insistem que quando se deparam com uma situação na qual a mesma questão fora decidida anteriormente pela mesma Suprema Corte (mesmo se sua composição for diversa), a Corte atual é obrigada a alcançar a mesma conclusão sobre a mesma questão, inclusive se a maioria dos membros atuais do Tribunal acredite que a decisão pretérita tenha sido equivocada.

É uma argumentação que se encontra aberta: saber se a Suprema Corte se encontra decidindo agora aquilo que seus críticos a acusam, assim como também se encontra aberta a argumentação sobre se seria sábio requerer que os juízes (não apenas daqueles integrantes da Suprema Corte) adotem decisões que sejam contrárias aos seus próprios e melhores julgamentos, apenas por causa de alguém ter tomado no passado uma decisão distinta que parece ser um equívoco.

O que parece ser menos aberto a questionamentos, entretanto, é que a forma de raciocínio através do qual as decisões passadas foram tomadas como vinculantes apenas por causa de sua existência, e não por causa de sua sabedoria, é diferente de uma forma de raciocínio segundo a qual os atuais julgadores escolhem, a partir de um grupo de decisões anteriores, aquela que será mais adequada a eles, ou mais persuasiva para os demais. Raciocinar com o precedente, sustenta-se, é um componente central da argumentação jurídica, assim como fica claro no exemplo do criticismo contra a Suprema Corte, mas trata-se de um componente cujos integrantes remanesçam incompreendidos e não estudados por tanto tempo enquanto os psicólogos e outros estudiosos equivocadamente igualarem isso com o raciocínio por analogia.

Agora, o que torna ainda mais importante, compreensível e investigável o raciocínio do precedente é que seu uso não se restringe ao sistema jurídico. Isso é bem entendido pelos pais de um grupo de filhos, quando o filho mais novo reclama o direito de ter permissão para fazer, com a mesma idade, aquilo que ao filho mais velho foi permitido fazer em razão da idade, pois a criança está argumentando a partir do precedente, e, demandando que a decisão pretérita seja seguida a despeito dos atuais pontos de vista do julgador sobre a sabedoria da decisão prévia¹⁸.

Assim como os juízes, algumas vezes as crianças raciocinam analogicamente¹⁹, mas elas também utilizam argumentos de precedente, o que, compreendendo a diferença entre ambos, ajudará a compreender o pensamento e o raciocínio das crianças (e dos adultos) assim como auxiliará na mesma coisa com relação aos advogados e juízes. Assim também com relação às decisões administrativas dos governos e das universidades, onde, novamente, é arguido de maneira comum que os administradores devem seguir decisões anteriores e práticas passadas, apenas pelo bem da consistência, sem considerar se aqueles administradores tiveram boas razões para crer que as decisões anteriores e suas práticas passadas tenham sido sábias ou não.

18 - ALEXANDER, L. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, 63, 1989, p. 1-64; SCHAUER, F. Precedent. *Stanford Law Review*, 39, 1987, p. 571-605.

19 - BROWN, A. L.; KANE, M. J.; LONG, C. Analogical transfer in young children: Analogies as tools for communication and exposition. *Applied Cognitive Psychology*, 3, 1989, p. 275-293.



Até mesmo o consumidor, quando demanda a mesma prática de um revendedor que tenha feito a mesma coisa no passado, está relacionado ao “*precedente pelo bem do precedente*”, novamente destacando a profundidade do fenômeno cuja equação equivocada com o raciocínio analógico tem impedido a pesquisa psicológica que facilitaria conhecer quando, e sob quais circunstâncias, o raciocínio precedente é possível, qual tipo de processo mental isso envolve, e se alguns daqueles que raciocinam (seja em razão de uma inclinação natural ou de treinamento especializado) podem fazer isso melhor do que os outros.

1. A ANALOGIA COMO UM AMIGO

Muito embora haja alguma divergência²⁰, há um amplo consenso entre os psicólogos sobre a estrutura básica do pensamento analógico. Então, é mais ou menos lugar comum que o raciocínio analógico envolve, em primeiro lugar, o processo de recuperação através do qual um julgador - enxergando orientação ou procurando persuadir - seleciona a fonte análoga que será comparada em algum aspecto com uma situação em mira; segundo, o processo de mapeamento, no qual as similaridades relevantes entre a fonte e a situação em mira são identificadas, e; terceiro, a transferência, através da qual os elementos estruturais da fonte são utilizados para alcançar uma conclusão ou fazer um arranjo a respeito da situação em mira²¹.

Uma referência implícita - embora raramente analisada - sobre a imagem padrão da analogia é que aquele que raciocina de maneira analógica possui tipicamente a escolha das fontes análogas, e que a fonte análoga selecionada é uma fonte “potencialmente útil”²², mesmo na tomada de decisão ou na persuasão dos outros sobre a sabedoria acerca do curso de uma ação escolhida²³. Nós utilizamos a analogia, portanto, porque elas são úteis. Elas auxiliam na tomada de decisões, elas ajudam a persuadir os outros sobre a correção de nossas decisões, e elas iluminam aspectos de uma situação atual que de outra maneira pode ter sido obscura.

E na melhor das hipóteses, elas permitem a nós a identificação ou a construção de generalizações que conectam a fonte com a situação em mira, facilitando, desse modo, o desenvolvimento de novas teorias que a seu turno podem auxiliar na previsão de eventos futuros. Assim, quando o Presidente George W. Bush comparou analogicamente Saddam Hussein com Adolph Hitler, de forma a buscar apoio na primeira guerra do Iraque²⁴, e quando os oponentes da segunda guerra do Iraque compararam analogicamente aquela guerra com a desventura americana na guerra do Vietnã, ambos escolheram suas fontes análogas (respectivamente, Hitler e Vietnã) dentre várias potenciais candidatas, e eles escolheram aquelas em razão de

20 - HOFSTADTER, D.R. (2001). Analogy as the core of cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*. Cambridge, MA: MIT Press, 2001, p. 499-538; FORBUS, K.D.; et al. Analogy just looks like high level perception: Why a domain general approach to analogical mapping is right. *Journal of Experimental and Theoretical Artificial Intelligence* 10, 1998, p. 231-257.

21 - GICK, M.L.; HOLYOAK, K. J. (1980). Analogical problem solving. *Cognitive Psychology*, 12, 1980, p. 306-355; GICK, M.L.; HOLYOAK, K. J. Schema induction and analogical transfer. *Cognitive Psychology*, 15, 1983, p. 1-38.

22 - HOLYOAK, K.J. Analogy. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 117-142.

23 - SPELLMAN, B.A.; HOLYOAK, K.J. Pragmatics in analogical mapping. *Cognitive Psychology*, 31, 1996, p. 307-346.

24 - SPELLMAN, B.A.; HOLYOAK, K.J. If Saddam is Hitler then who is George Bush?: Analogical mapping between systems of social roles. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62, 1992, p. 913-933.

sua capacidade subsequente de, com a analogia, persuadir aqueles que de outra maneira tivessem discordado da posição ofertada pelo usuário da analogia.

Consistente com os exemplos anteriormente utilizados, alguém procuraria em vão na literatura psicológica por exemplos de analogias restritas. Muito embora as analogias sejam geralmente utilizadas para sustentar de maneira contrária a algo, ao invés de algum curso de ação (cigarros não devem ser banidos por causa das lições sobre a proibição) e embora as pessoas geralmente selecionem analogias equivocadas²⁵, ainda seria o caso de as analogias serem selecionadas por causa da crença na ajuda condutora que são levadas a oferecer, na crença sobre a iluminação a que são sugeridas a promover, ou na persuasão que se crê facilitar. A seleção intencional de uma analogia que previne o seletor de fazer o que (do ponto de vista de quem seleciona) de outra maneira seria uma melhor ideia, é algo estranho na literatura psicológica, com a mensagem implícita de que os tomadores de decisão jamais (ou raramente) selecionam (ou veem) as analogias que impedem um curso de ação que, exceto para a analogia, teria muito a recomendar sobre isso.

2. O PRECEDENTE COMO UM ADVERSÁRIO

Com este esboço simplificado sobre o raciocínio analógico em mente, nós nos voltamos para o conceito jurídico de precedente. Mais precisamente, nós nos voltamos para o cenário no qual os precedentes judiciais impedem uma decisão que de outra forma seria outra, ao invés de uma prévia decisão ser selecionada em ordem a apoiar um argumento agora. Está última é a bem estudada versão do raciocínio analógico no direito, mas a primeira - que é um pouco diferente - é o que chamamos (assim como o direito) de genuína restrição do precedente.

Nós podemos começar com um exemplo. Considere-se o voto do justice Potter Stewart em 1973, no caso *Roe v. Wade* (aborto). A questão central foi saber se o direito à privacidade, não explicitamente reconhecido no texto da Constituição Norte-Americana, poderia ser utilizado para apoiar o direito das mulheres de escolher o ato, assim como fora reconhecido no caso anterior de utilização de contraceptivos (caso *Griswold v. Connecticut*). Para os juízes que concordaram com o resultado do caso *Griswold v. Connecticut*, o resultado adotado em *Roe v. Wade* não foi excepcional. A partir de sua perspectiva, eles meramente estenderam de uma maneira estrita o amplo princípio à privacidade estabelecido em um caso anterior. Para o justice Stewart (no caso *Griswold*), a ausência de robustecimento textual de um direito como o da privacidade foi conclusivo. Mesmo que o justice Stewart tenha apoiado e acreditado no caso *Griswold*, e não tenha - por todos os motivos - abandonado esta visão (mesmo 8 anos depois), ele não divergiu no caso *Roe*, concluindo que a obrigação em seguir o precedente, mesmo continuando a acreditar que os fundamentos adotados no caso *Griswold* continuavam equivocados.

Muito embora tal deferência quebradiça ao precedente seja rara na Suprema Corte²⁶, ela é quase ausente. Nas décadas de 1950 e 1960, o justice Marshall Harlan também se juntou à maioria nas decisões sobre procedimento criminal, nas quais ele discordou dos princípios básicos

25 - KHONG, Y.F. *Analogies at war: Korea, Munich, Dien Bien Phu, and the Vietnam decisions of 1965*. Princeton: Princeton University Press, 1992.

26 - SEGAL, J.; SPAETH, H. The influence of stare decisis on the votes of Supreme Court justices. *American Journal of Political Science*, 40, 1996, p. 971-1004.



em julgamentos anteriores, assim como o justice Byron White em 1981, no caso *Edwards v. Arizona*, o qual se sentiu obrigado a seguir fielmente as decisões anteriores da Suprema Corte no caso *Miranza v. Arizona*, um caso no qual ele esteve entre os que divergiram dos fundamentos. E no caso *Ring v. Arizona*, de 2002, que envolveu o requerimento de que um julgamento por júri determinasse quaisquer fatos necessários para apoiar a punição em um caso criminal, em que o justice Anthony Kennedy proclamou explicitamente que “*muito embora minha visão ainda seja de que o caso anterior (Apprendi) tenha sido equivocado, ele agora é o direito aplicável, e, portanto, deve ser utilizado de forma principiológica*”.

Os exemplos poderiam ser multiplicados enormemente se formos analisar as decisões de cortes inferiores nos níveis estadual e federal, bem como o direito em outros países do *common law*, mas o ponto já deve estar claro: o sistema jurídico, no uso do precedente, não é relativo a recuperação de um, entre vários candidatos, como fonte análoga, e nem se trata de utilizar a analogia para o auxílio na tomada de decisão judicial da melhor maneira possível. Ao invés disso, trata-se da obrigação do julgador em seguir uma prévia decisão equivocada (do ponto de vista dele) apenas porque ela existe. Isto se relaciona, em apertada síntese, com o julgador se sentir obrigado a adotar o que ele considera ser uma decisão errada.

3. SOBRE A DIFERENÇA ENTRE ANALOGIA E PRECEDENTE

Talvez a diferença mais impressionante entre a limitação do precedente e o caso clássico do raciocínio por analogia seja a ausência típica de liberdade na percepção daquele que segue o precedente em termos de sua seleção. Enquanto aqueles que raciocinam analogicamente compreendem amplamente possuir uma escolha entre vários candidatos dentre fontes análogas, e enquanto geralmente se alega que os especialistas podem ser distinguidos dos neófitos através da maneira que eles recuperam fontes análogas, na base da estrutura, ao invés das similitudes superficiais do caso em mira²⁷, tal liberdade é ordinariamente ausente na limitação do precedente.

O justice Stewart pode ter pensado ser bizarra a sugestão de encontrar outro caso anterior para permiti-lo escapar da restrição do **caso Griswold**, assim como o justice White certamente teria dado risadas sobre a ideia de que se sentir obrigado pelo **caso Miranda** era simplesmente uma das funções de não ter selecionado a melhor fonte para o caso. Muito embora seja correto que advogados efetivos, “criativos de ocasião”, possam persuadir uma Corte a enxergar um caso através de luzes inteiramente novas, é muito mais frequente que uma decisão prévia sobre a questão “x”, p. ex., pareça tão ampla que seria implausível para um julgador evitar aquela decisão alegando que o caso presente se refira a “y” e não a “x”.

Assim sendo, em um sentido técnico bastante atenuado, um automóvel Toyota Corolla 2004 verde floresta é o mesmo carro que um outro automóvel Toyota Corolla 2004 verde floresta, e seria peculiar um dos proprietários do automóvel criticar o outro proprietário dizendo: “*Eu possuo o mesmo carro*”. Assim também no presente caso, onde quaisquer dos casos anteriores em

27 - GENTNER, D. Structure mapping: A theoretical framework for analogy. *Cognitive Science*, 7, 1983, p. 155-170; GENTNER, D., RATTERMANN, M.J.; FORBUS, K.D. The role of similarity in transfer: Separating retrievability from inferential soundness. *Cognitive Psychology*, 25, 1993, p. 524-575; HOLYOAK, K.J.; Koh, K. Surface and structural similarity in analogical transfer. *Memory and Cognition*, 15, 1987, p. 323-340.

que os atos, instâncias ou eventos são - em alguma medida - diferentes, mas na verdade sua equação geralmente é inescapável.

Com efeito, é característica das instâncias ordinárias do constrangimento ou limitação por precedentes que a questão atual seja tão amplamente percebida para que seja a mesma resposta de uma decisão anterior que, dos pontos de vista político ou profissional, não esteja aberta para o atual julgador assegurar que haja uma diferença relevante. Um julgador na década de 1990, em política externa, pode ter sido capaz de realizar analogia de plausibilidade, de equivalência aproximada, sobre Saddam e Hitler (e entre o Iraque e o Vietnã), mas um juiz da Suprema Corte ao qual se pediu para julgar, em 2008, o tema da constitucionalidade de uma lei estadual que proíbe totalmente o aborto, acharia isso virtualmente impossível: dos pontos de vista lógico, linguístico, psicológico, profissional e político, em termos de distinção entre aquele caso e o precedente *Roe v. Wade*.

Assim também ocorre com o precedente fora do direito. Uma criança que pede para ficar acordada até às 22 horas, em razão de isso ter sido permitido a sua irmã mais velha quando ela possuía a mesma idade, não será persuadida por meio de argumentos sobre circunstâncias distintas, assim como o burocrata que justifica um ato pela confiança em práticas passadas raramente será convencido de que neste caso haveria uma diferença relevante. Para práticas passadas - precedentes - determinarem um resultado apenas por causa da existência de práticas anteriores (e não em razão da percepção de que seja correta), a similaridade entre as práticas passadas e os problemas presentes deve ser visto como inescapável, mas a tomada de decisões (judiciais e não judiciais) aparenta fornecer numerosos exemplos deste tipo de similaridades, percebidas como inescapáveis entre a fonte e o caso em mira.

Uma vez que tenhamos compreendido que a seleção das fontes de decisão está no caso precedente, tipicamente não sendo percebido como uma escolha, é certo, assim, poderemos enxergar a mais dramática diferença entre a analogia e o precedente. Enquanto no caso da analogia aquele que raciocina está procurando por auxílio em alcançar a melhor decisão (ou em persuadir alguém mais sobre a melhor decisão), no caso do precedente o efeito é justamente o oposto. A similaridade inevitável entre a fonte e o caso em mira, quando combinados com um requerimento sistemático de que o caso em mira está ladeado às fontes do caso, isso significa que o julgador que opera sobre a norma do precedente irá, ao menos algumas vezes, se sentir obrigado a alcançar aquilo em que acredita, de maneira simples, ser o resultado equivocado. Enquanto no caso da analogia, por outro lado, o tomador da decisão está procurando pela fonte da decisão (ou evento) de forma a auxiliá-lo a tomar a decisão correta agora, no caso do precedente o tomador de decisão se sente constrangido e compelido a adotar o que considera ser agora a decisão equivocada.

4. O CONSTRANGIMENTO PRECEDENTE FAZ ALGUM SENTIDO?

A partir desta descrição, dificilmente seria autoevidente que o constrangimento precedente seja um modo desejável de abordagem para pensar, raciocinar ou tomar decisões. Por que, depois de tudo, alguém adotaria uma decisão equivocada, e por que a sociedade gostaria de ter decisores que tomassem essas decisões que acreditam ser equivocadas, e que, de fato, podem ser decisões equivocadas?



Alguns podem responder que geralmente a sociedade não quer isso. Uma vez que apreciamos que o raciocínio a partir do precedente, tipicamente, demanda dos julgadores que adotem decisões que pensam ser incorretas²⁸, pode-se visualizar o porquê de a confiança no precedente ser uma exceção, e não a regra.

Os cidadãos não esperam que o Presidente Bush siga os precedentes do Presidente Clinton apenas porque este lidou com as mesmas questões, assim como nós não esperamos que os cientistas adotem as conclusões alcançadas por seus predecessores apenas por esta razão. De fato, existem textos introdutórios de lógica que descrevem argumentos de precedente como falácias lógicas. No entanto, muito embora negar o valor da restrição pelo precedente seja a regra, existem exceções dignas de nota.

Quando esperamos que os pais, ou os burocratas ou os revendedores façam o fizeram antes, mesmo que agora eles pensem ser um equívoco, ou façam o que seus predecessores fizeram, mesmo que achem que tenham sido equivocados, reconhecemos o mandamento de tratar casos similares de forma parecida (*treatlike cases alike*), e nós também reconhecemos, assim como o justice Brandeis na famosa citação, que “na maioria das coisas é mais importante que [as questões] sejam estabelecidas do que sejam decididas corretamente”²⁹. Assim como reconheceu Brandeis, geralmente é desejável reconhecer o valor da determinação pelo bem da determinação, e o valor da consistência pelo bem da consistência.

Certamente é uma responsabilidade especial inerente ao direito acolher os valores da consistência, da estabilidade e da fixação. Enquanto estes valores possuem seu lugar em outros domínios da tomada de decisão, a centralidade do precedente no direito pode refletir um certo papel que se espera do sistema jurídico, mais do que, podemos dizer, a legislatura promulgar uma lei, ou um executivo administrar uma ordem, ou um médico diagnosticar uma doença, ou um terapeuta aconselhar um paciente. O ato de raciocinar a partir de um precedente, e a limitação que o precedente impõe, existe em inúmeros lugares, mas pode existir mais densamente no direito do que em qualquer outro local por causa da expectativa normativa sobre o papel do ordenamento jurídico.

5. EM DIREÇÃO A UM PROGRAMA DE PESQUISA EM PRECEDENTE

Duas conclusões são retiradas dos argumentos acima. Em primeiro lugar, a estrutura de um argumento a partir do precedente é muito diferente da estrutura de um argumento por analogia. Em segundo lugar, tomar decisões a partir da restrição pelo precedente - fazendo a coisa errada apenas porque foi adotada anteriormente - é altamente contraintuitiva, e, conseqüentemente, fazer isso se torna muito difícil para todas, ou para a maioria das pessoas.

Mas, se alcançar a decisão errada (primeira ordem) por causa da restrição do precedente (segunda ordem) é tão difícil quanto esperado, e isso traz importantes questões sobre como geralmente os tomadores de decisões podem atuar em termos daquilo que consideram ser decisões

28 - Por evidente, geralmente pode ser o caso de o precedente, evento ou decisão, ser consistente com aquilo que o julgador deseja fazer agora. Em tais casos, entretanto, a existência do precedente não tem efeito. Apenas quando a existência de um precedente restringe o julgador a fazer o que ele não faria, é que o precedente faz a diferença, e isto é o que distingue um precedente em termos de peso de um precedente que possua algum efeito causal na decisão.

29 - Caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissentindo).

equivocadas, enquanto algumas pessoas são melhores que as outras, enquanto algumas podem ser treinadas - como advogados e juízes, mais obviamente - para fazerem aquilo que de outra forma achariam difícil ou impossível, e, enquanto a habilidade em submeter os resultados das preferências de alguém para o caso presente, como a habilidade de generalização a partir de um contexto particular se correlaciona com medidas comuns de inteligência geral³⁰. Em parte, por causa da suposição errônea de que raciocinar com o precedente seria a mesma coisa que raciocinar por analogia. Entretanto, não tem havido praticamente nenhuma pesquisa sobre nenhuma destas importantes questões.

Apenas a título de sugestões preliminares, portanto, podemos imaginar experimentos destinados a determinar, por exemplo, se aqueles auto selecionados para a capacitação jurídica (ou que sejam selecionados para o treinamento jurídico) são melhores, antes de receber este treinamento, em subjugar suas preferências para a resposta correta em uma norma do precedente; se aqueles que são treinados na restrição do precedente (bacharéis em direito recém-formados, por exemplo) são melhores em seguir precedentes desconfortáveis (para eles) do que aqueles que, controlados pela auto seleção, ainda não receberam tal treinamento; ou se aqueles auto selecionados para julgar, ou aqueles selecionados para serem juízes são melhores do que advogados práticos com experiências similares.

Tudo isso para tentar determinar se existem especialistas em seguir o precedente, e quais características estes especialistas possuem (que os não especialistas não possuam), e quais habilidades estes especialistas teriam, e que os neófitos não. Fica claro com o recente discurso sobre a Suprema Corte, que muitas pessoas esperam que os juízes sigam precedentes com os quais discordem, mas nós temos poucas pesquisas para saber se isso é possível (e, se o for), e quem seria bom nesta tarefa, e qual o treinamento necessário para isso.

Esta é uma pesquisa para os psicólogos, e não para os juristas, e é lamentável que a equivocada confusão entre o precedente e a analogia tenha impedido psicólogos de ingressarem nesta seara. Mais do que isso, se seguir os precedentes, mesmo que eles pareçam errados para o julgador, não é apenas uma grande parte do direito, mas uma parte substancial da tomada de decisão - mesmo que não tão ampla quanto nos campos da família, da vida pessoal, administrativa, burocrática e comercial; então a pesquisa psicológica sobre o seguimento do precedente no direito pode nos dizer muito acerca do seguimento do precedente nestes domínios ainda mais profundos da tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, L. (1989). Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, 63, 1-64.

ALEXANDER, L., & SHERWIN, E. (2001). *The rule of rules: Morality, rules, and the dilemmas of law*. Durham, NC: Duke University Press.

30 - STANOVICH, K.E.; WEST, R.E. Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate. *Behavioral and Brain Sciences*, 23, 2000, p. 645-665.



ASHLEY, K.D. (1990). *Modeling legal arguments: Reasoning with cases and hypotheticals*. Cambridge, MA: MIT Press.

BLANCHETTE, I., & DUNBAR, K. (2000). Analogy use in naturalistic settings: The place of audience, emotion and goals. *Memory and Cognition*, 29, 330-335.

BREWER, S. (1996). Exemplary reasoning: Semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument. *Harvard Law Review*, 109, 923-1028.

BROWN, A. L.; Kane, M. J.; Long, C. Analogical transfer in young children: Analogies as tools for communication and exposition. *Applied Cognitive Psychology*, 3, 1989, p. 275-293.

Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting).

Editorial – Justice Denied. 2007. New York Times, July 5, 2007, 12.

Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).

ELLSWORTH, P. (2005). Legal reasoning. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*, (p. 685-704). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

FORBUS, K.D. (2001). Exploring analogy in the large. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science* (pp. 23-58). Cambridge, MA: MIT Press.

FORBUS, K.D., Gentner, D., Markman, A.B., & Ferguson, R.W. (1998). Analogy just looks like high level perception: Why a domain general approach to analogical mapping is right. *Journal of Experimental and Theoretical Artificial Intelligence* 10, 231-257.

GENTNER, D. (1983). Structure mapping: A theoretical framework for analogy. *Cognitive Science*, 7, 155-170

GENTNER, D., RATTERMANN, M.J., & Forbus, K.D. (1993). The role of similarity in transfer: Separating retrievability from inferential soundness. *Cognitive Psychology*, 25, 524-575.

GICK, M.L., & HOLYOAK, K. J. (1980). Analogical problem solving. *Cognitive Psychology*, 12, 306-355.

GICK, M.L., & HOLYOAK, K. J. (1983). Schema induction and analogical transfer. *Cognitive Psychology*, 15, 1-38.

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

HOFSTADTER, D.R. (1995). *A review of Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*. AI Magazine, Fall 1995, 75-81.

HOFSTADTER, D.R. (2001). Analogy as the core of cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*, (p. 499-538). Cambridge, MA: MIT Press.

HOLYOAK, K.J. (1982). An analogical framework for literary interpretation. *Poetics*, 11, 105-126.

HOLYOAK, K.J. (2005). Analogy. In K.J. Holyoak & R.G. Morison (Eds.), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*, (p. 117-142). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

HOLYOAK, K.J., GENTNER, D., & KOKINOV, B.N. (2001). Introduction: The place of analogy in cognition. In D. Gentner, K.J. Holyoak, & B.N. Kokinov (Eds.), *The analogical mind: Perspectives from cognitive science*, (p. 1-19). Cambridge, MA: MIT Press.

HOLYOAK, K.J. & KOH, K. (1987). Surface and structural similarity in analogical transfer. *Memory and Cognition*, 15, 323-340.

HOLYOAK, K.J., & SIMON, D. (1999). Bidirectional reasoning in decision making by constraint satisfaction. *Journal of Experimental Psychology: General*, 128, 3-31.

HOLYOAK, K.J., & THAGARD, P. (1995). *Mental leaps: Analogy in creative thought*. Cambridge, MA: MIT Press.

HOLYOAK, K.J., & THAGARD, P. (1997). The analogical mind. *American Psychologist*, 52, 35-44.

HUNT, E. (2006). Expertise, talent, and social encouragement. In Ericsson, K.A., Charness, N., Feltovich, P.J., & Hoffman, R.R. (Eds.), *The Cambridge handbook of expertise and expert performance*, (p. 31-40). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

HUNTER, D. (1997). Reason is too large: Analogy and precedent in law. *Emory Law Journal*, 50, 1197-1243.

KHONG, Y.F. (1992). *Analogies at war: Korea, Munich, Dien Bien Phu, and the Vietnam decisions of 1965*. Princeton: Princeton University Press.

KOKINOV, B.N., & FRENCH, R.M. (2003). Computational models of analogy-making. In L. Nadel (Ed.), *Encyclopedia of cognitive science*, vol. 1 (pp. 113-118). London: Nature Publishing Group.

LAMOND, G. (2006). Precedent and analogy in legal reasoning. In N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec/>>

LEVI, E. (1949). *Introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press.

MILL, J.S. (1861). Considerations on representative government. In J.M. Robson (Ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, 29, 371-577 (1963). Toronto: University of Toronto Press.



Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

Ring v. Arizona, 536 U.S. 584, 613 (2002) (Kennedy, J., concurring).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

SCHAUER, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 39, 571-605.

SEGAL, J., & SPAETH, H. (1996). The influence of stare decisis on the votes of Supreme Court justices. *American Journal of Political Science*, 40, 971-1004.

SIMON, D., KRAWCZYK, D.C., & HOLYOAK, K.J. (2004). Construction of preferences by constraint satisfaction. *Psychological Science*, 15, 331-336.

SPELLMAN, B.A. (2004). Reflections of a recovering lawyer: How becoming a cognitive psychologist – and (in particular) studying analogical and causal reasoning – changed my views about the field of law and psychology. *Chicago-Kent Law Review*, 79, 1187-1214.

SPELLMAN, B.A., & HOLYOAK, K.J. (1992). If Saddam is Hitler then who is George Bush?: Analogical mapping between systems of social roles. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62, 913-933.

SPELLMAN, B.A., & Holyoak, K.J. (1996). Pragmatics in analogical mapping. *Cognitive Psychology*, 31, 307-346.

SPIRO, R.J., FELTOVICH, P.J., COULSON, R.L., & ANDERSON, D.K. (1989). Multiple analogies for complex concepts: Antidotes for analogy-induced misconception in advanced knowledge acquisition. In S. Vosniadou & A. Ortony (Eds.), *Similarity and Analogical Reasoning*, (p. 498-531). New York: Cambridge University Press.

STANOVICH, K.E., & WEST, R.E. (2000). Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate. *Behavioral and Brain Sciences*, 23, 645-665.

SUNSTEIN, C.R. (1993). On analogical reasoning. *Harvard Law Review*, 106, 741-791.

TETLOCK, P.E. (1999). Theory driven reasoning about possible pasts and probable futures: Are we prisoners of our perceptions? *American Journal of Political Science*, 43, 335-366.

WEINREB, L.L. (2005). *Legal reason: The use of analogy in legal argument*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.