

## **O DIREITO DE PRECEDENTES: porque Alexis de Tocqueville aponta os juizes como as primeiras forças políticas nos Estados Unidos?**

Alexis de Tocqueville é um aristocrata francês, que se tornou referência no mundo inteiro pela sua filosofia liberal. Defendeu a liberdade individual e a igualdade na política, sendo os dois conceitos, para ele, inseparáveis. Guardião da democracia, logo identificou os riscos inerentes que dela derivam. Em sua obra *Da democracia na América* dissertou de modo a revolucionar toda a economia americana e sua instantânea conjuntura no ponto principal da globalização, tornando os EUA no principal modelo econômico-social a ser seguido no mundo como um todo.

José Guilherme Perquiro, em sua obra “O Liberalismo – Antigo e Moderno”, a importância que Tocqueville dá ao individualismo e destaca as suas reflexões sobre sua estadia na América:

*“Em sua viagem à América, Tocqueville admirou o vigor cívico das reuniões municipais na Nova Inglaterra. Mas nelas divisou antes um corretivo do que um reflexo de **democracia**. A questão pode ser facilmente resolvida se tivermos em mente o significado da palavra democracia em Tocqueville. Algumas vezes, ele empregou o termo em seu sentido político normal, de um sistema representativo fundado num amplo **sufrágio**. Mas, com mais frequência, o empregou como um sinônimo para sociedade igualitária, coisa com que ele não designava uma sociedade de iguais, mas uma sociedade em que a hierarquia já não era a regra do princípio aceito da estrutura social.” [1]*

Tocqueville expandiu seus horizontes ao sair da França. Comparou sua cultura com outras, em especial, com a Americana. Nos EUA, Tocqueville encontrou uma cultura onde não há nobreza (como na França, incluindo a família de Tocqueville), nem privilégios especiais para as castas. Desde então, o sociólogo se dedica ao estudo da Democracia, a partir da Revolução Francesa, suas consequências e seus dilemas. Alguns dos pontos mais notórios analisados por Tocqueville foram as assembleias legislativas divididas em 03 esferas (municipal, estadual e federal); os votos distritais (sistema em que cada membro do parlamento é eleito individualmente nos limites geográficos de um distrito pela maioria dos votos -simples ou absoluta-) e a diferença drástica entre os judiciários, uma coisa muito conhecida entre o meio jurídico hoje, o sistema Anglo-Saxão conhecido como Common Law predominava na América naquele momento, perdurando até os dias de hoje, o que aos olhos de Tocqueville era totalmente novo, uma vez que estava acostumado com o direito Romano-Germânico, conhecido como Civil Law (adotado em nosso Estado democrático brasileiro).

O direito encontrado por Tocqueville é conhecido como Common Law, é o direito que se desenvolve por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos executivos ou legislativos. Ou seja, podemos afirmar que é o direito criado e aperfeiçoado pelos próprios juízes, isto é, uma decisão a ser tomada em um caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta diretamente o direito a ser aplicado no futuro.

Enfim, quando as partes discordam entre si do direito a ser aplicado, um tribunal procura uma decisão precedente do tribunal competente, e caso uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, sua decisão é soberana no caso, devendo ao juiz observar o precedente ali estabelecido.

Nesse sistema, se não existe um precedente legal ao caso em análise, cabe ao juiz do caso específico criar este direito, estabelecendo o precedente. Chamo isso de “Matter of first impression” ou melhor “assunto de primeira impressão” que ocorre toda vez que o tribunal conclui que a controvérsia em análise se trata de modo substancial diferente de todos os casos anteriores e tem que decidir de primeira mão, estabelecendo ou melhor criando neste exato momento um novo precedente legal.

Enfim, o sistema judiciário americano tem como sua fonte principal de direito a jurisprudência e não a lei em si. Isso permite ao país ter um sistema aberto, onde as mudanças na sociedade são logo absorvidas pelo sistema judiciário.

Como disse o próprio Alexis Tocqueville, no livro Da democracia na América:

“O mais difícil para um estrangeiro compreender nos Estados Unidos é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas.” [2]

O juiz americano nos olhos de Tocqueville se parece perfeitamente com os juízes de outras nações, o que os difere de fato é o imenso poder político atribuído aos juízes norte-americanos. Mas porque esse poder é atribuído aos juízes? Uma vez que vimos o tamanho poder os dados pela questão do direito de precedentes, isso nos instiga a pensar o real motivo do poder tão vasto ser dado na mão dos “árbitros” que julgam os processos.

A constituição americana, ou melhor, Bill of Rights era em seu início uma medida “desconfiada”, digo isso no sentido de limitar o poder político parlamentar e executivo, uma vez que é derivada de um período pós revolução americana, onde as pessoas estavam muito desconfiadas que os soberanos fizessem emendas constitucionais que limitassem o direito do povo.

Mas para solucionar este mistério vos dado, a mente mais célebre para tratar do assunto é o próprio Tocqueville, ao abordar em seu livro Da democracia na América a seguinte hipótese:

“A causa está neste simples fato: os americanos reconhecem aos juizes o direito de fundar suas decisões na constituição, em vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecerem inconstitucionais. Sei que semelhante direito foi reclamado algumas vezes pelos tribunais de outros países, mas nunca lhes foi concedido. Na América, é reconhecido por todos os poderes; não encontramos um partido nem mesmo um homem que o conteste. A explicação disso deve se encontrar no princípio mesmo das constituições americanas.” [3]

O caso DRED SCOTT Vs. SANDFORD é um nítido exemplo do “Matter of first impression” que abordei acima, uma vez que estamos falando sobre um histórico precedente sobre o direito a igualdade e que gerou impactos intensos na constituição americana no que tange a abolição da escravidão nos Estados Unidos. Dred Scott foi um escravo afro-americano que ficou conhecido por ter tentado pleitear, e falhou, em conseguir sua liberdade no infame caso decidido pela Suprema Corte, em 1857.

Assim ficou noticiada a primeira vez que a imprensa americana abordou o caso de Dred Scott:

“Washington, Sexta-feira, 6 de Março – O parecer da Suprema Corte no caso Dred Scott foi prolatado pelo Juiz Presidente Taney. Foi uma longa e elaborada declaração sobre as visões da Corte. Foram decididos os segundos pontos importantes: Primeiro – Negros, sejam escravos ou livres, isto é, homens da raça Africana, não são cidadãos dos Estados Unidos segundo a Constituição; Segundo – A Ordenação de 1787 não tinha força constitucional ou legal independente após a adoção da Constituição, e não podia operar de forma a conferir liberdade ou cidadania dentro do território do Nordeste a negros que não são cidadãos segundo a Constituição; Terceiro – As provisões do Ato de 1820, comumente conhecido como o Compromisso do Missouri, no que concerne a excluir a escravidão negra e comunicar liberdade e cidadania na parte norte da Louisiana, foi um ato legislativo que excedeu os poderes

do Congresso, logo nulo, e sem efeito legal para tanto”  
[4]

Pela primeira vez na imprensa americana a história sobre o caso envolvendo o escravo Dred Scott e seu proprietário fora noticiada. O resumo do processo fora bem estipulado por Guilherme Amorim Montenegro em seu artigo **ENQUANTO A TEMPESTADE NÃO VEM: O CASO DRED SCOTT E OS DIQUES ROMPIDOS DE UM CONFLITO IRREPRESÁVEL**: “É vendido para John Emerson, médico-cirurgião militar, que se muda para o Illinois, e depois para Wisconsin, onde a escravidão havia sido proibida pelo sobredito Ato de 1820, conhecido popularmente com o Compromisso de Missouri. Scott casa e tem filhos, retornando a Saint Louis em 1842 com seu proprietário. No ano seguinte, seu senhor falece; Scott, sua mulher e filhos passam a trabalhar como escravos de ganho para outras famílias. Em 1846, após uma tentativa frustrada de comprar sua liberdade por 300 dólares, processa Irene Emerson, viúva de seu antigo mestre, reclamando a sua liberdade, de sua mulher e seus filhos. Argumenta que, por ter vivido mais de dez anos em estados onde a escravidão era proibida, teria se tornado também livre. Em 1847, sua ação é considerada improcedente pela justiça estadual, mas lhe é permitido recorrer. Em 1850, um júri popular decide em favor da família Scott. A senhora Emerson recorre à Suprema Corte estadual em 1852, que decide em seu favor, retornando à condição de escravo os membros da família Scott.” [5]

### **Referências bibliográficas**

[1] MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo: antigo e moderno. Trad. Henrique de Araújo Mesquita. São Paulo. É Realizações, 2014. p. 119-120

[2] de Tocqueville, Alexis. Da democracia na America. CAPÍTULO VI: Do poder judiciário nos Estados Unidos e de sua ação sobre a sociedade política. P.111

[3] de Tocqueville, Alexis. Da democracia na America. CAPÍTULO VI: Do poder judiciário nos Estados Unidos e de sua ação sobre a sociedade política. P.113-114

[4] No original: “Washington, Friday, March 6 - The opinion of the Supreme Court in the Dred Scott Case was delivered by Chief Justice Taney. It was a full and elaborate statement of the views of the Court. They have decided the following important points: First - Negroes, whether slaves or free, that is, men of the African race, are not citizens of the United States by the Constitution. Second - The Ordinance of 1787 had no independent constitutional force or legal effect subsequently to the adoption of the Constitution, and could not operate of itself to confer freedom or citizenship within the Northwest Territory on negroes not citizens by the Constitution. Third - The provisions of the Act of 1820, commonly called the Missouri Compromise, in so far as it undertook to exclude negro slavery from, and communicate freedom and citizenship to, negroes in the northern part of the Louisiana cession, was a Legislative act exceeding the powers of Congress, and void, and of no legal effect to that end.”  
<http://nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0306.html#article>

**REINALDO MONTANARI GONÇALVES OLIVEIRA**  
**CÓDIGO PESSOA: 928198**  
**SGA: 616906**

[5] Montenegro Guilherme, *A m e r í n d i a*, vol. 4, número 2/2007, ENQUANTO A TEMPESTADE NÃO VEM: O CASO DRED SCOTT E OS DIQUES ROMPIDOS DE UM CONFLITO IRREPRESÁVEL

**REINALDO MONTANARI GONÇALVES OLIVEIRA**  
**CÓDIGO PESSOA: 928198**  
**SGA: 616906**