

PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO NO NOVO CPC: POR UMA VISÃO ARGUMENTATIVA DO DISCURSO JURÍDICO

Gustavo Silva Alves¹

1- Teoria das Fontes do Direito

Como aponta Bustamante (2013, p. 301), a Teoria das Fontes do Direito, nos tempos atuais é uma herança do positivismo jurídico do sec. XIX para qual somente existiria um modo de produção jurídica, a lei, ou seja, *auctoritas, non veritas facit legem*.

Afirma-se isso, pois, predomina na doutrina o pensamento positivista quanto às fontes do direito, como afirma Castanheira Neves (1982, p. 210):

“A teoria tradicional e ainda de algum modo dominante das fontes do direito é, com efeito, um corolário da concepção estatuto-legislativa do direito em geral – a concepção postulada pelo positivismo jurídico – e pressupõe a instituição demoliberal do Estado-de-Direito formal ou de legalidade”.

Guibourg (1994, p. 11) aponta que diante da visão clássica positivista predominante desde a época das codificações, “se gênero, um culto de la ley escrita, que se juzgaba, sobre la base de una verdade histórica contingente, más racional y justa que el mosaico de las prácticas anteriores”.

Entretanto, como se tentará mostrar na sequência, essa visão formalista de fontes do direito não deve prevalecer no atual estágio em que este se encontra.

1.1 - Críticas ao Positivismo Jurídico

Analisando o atual estágio do direito Bustamante (2013, p. 304) assevera que nenhuma das acepções positivistas de fontes do direito é adequada para entender a força das fontes do direito na argumentação jurídica.

Uma teoria de fontes do direito que pretenda ser relevante para a prática, deve superar a deficiência do positivismo em ser insuficiente na fixação de critérios para entender quais tipos de argumentos e razões devem contar na justificação de uma decisão jurídica.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Aluno Especial do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Processo Civil pela UFES. Advogado.

Além disso, a teoria positivista não consegue responder a pergunta de MacCormick: Por que nós devemos tratar todas as decisões alcançadas em conformidade com uma regra válida segundo nosso critério de validade como suficientemente justificadas?.

Devemos entender que o Direito não é apenas um conjunto de normas positivas autoritariamente estabelecidas (aspecto formal), mas também tem um lado ideal, ou seja, a pretensão de correção.

Segundo Hermes Zaneti Jr. (2014, 2ª ed., p. 100) com base em Robert Alexy, a pretensão de correção significa “o comprometimento com a aporia fundamental do direito: a justiça.” Deve-se buscar sempre a solução mais adequada para o caso concreto.

1.2 - Conceito Argumentativo de Fontes do Direito de Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik.

Diante de todo o exposto apresentamos aqui uma teoria argumentativa de fontes do direito, proposta e defendida pelos juristas escandinavos Aulis Aarnio e Aleksandre Peczenik.

O primeiro afirma ser fonte do direito “*every reason that can – according to the generally accepted rules of the legal community – be used as the justificatory basis of the interpretation*” (AARNIO, 1986, p. 78).

Já Peczenik, na mesma linha, entende por fonte do direito “*All legal reasons are sources of law in the broadest sense. All texts, practices etc. a lawyer must, should or may proffer as authority reasons are sources of the law in a narrow sense, adopted in this work*” (PECZENIK, 2009, p. 260).

Diante disso podemos perceber que Aarnio (1994, p. 95-96) aponta a importância das regras que constituem as fontes do direito para a argumentação jurídica, pois, como afirma Giorgio Pino (2014, p. 16) “*l’interprete decide, al di fuori di precise indicazioni giuridico-positive o di elenchi ufficiali delle fonti del diritto, che un certo atto o tipo di atto è in effetti fonte del diritto*”.

Na sequência, Aarnio enumera os diversos tipos de fontes que podem ser assim considerados (AARNIO, 1986, p. 78-88): *Law texts, travaux préparatoires, customary law, court decisions, general principles of law, moral principles, doctrinal opinions and practical reasons.*

Com o intuito de sistematizar a matéria Aarnio apresenta uma tabela que divide as fontes do direito, utilizando-se da classificação de Peczenik (2009, p. 262-262) quanto a vinculatividade das fontes e também de sua classificação (AARNIO, 1991, p. 92-93) quanto aos tipos de razões das fontes:

Tabela 1 de Fontes do Direito (Aarnio X Peczenik)

	<i>Must-Sources</i>	<i>Should-Sources</i>	<i>May-Sources</i>
<i>Authoritative Justification</i>	Texto Legais	<i>Travaux preparatoires</i> Precedentes	Dogmática Jurídica Direito Estrangeiro etc.
<i>Substantial Justification</i>	Costumes		Princípios Gerais do Direito, Princípios Morais, Argumentos Práticos

Fonte: Próprio Autor.

1.3 - Problema das Fontes Jurídicas e o Precedente Judicial

Segundo doutrina de Bustamante (2013, p. 318) classificar os precedentes como fragilmente vinculantes é insuficiente. Isso porque existem diferentes espécies de precedentes, com diferentes graus de vinculatividade.

Assim, utilizando-se da classificação de precedentes sugerida pelo professor Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 346) e também com base nas peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, já que a tabela sugerida por Aarnio refere-se ao direito finlandês, podemos reclassificá-la:

Quadro 2: de Aarnio X Peczenik X Zaneti Jr.

	<i>Must-Sources</i>	<i>Should-Sources</i>	<i>May-Sources</i>
<i>Authoritative Justification</i>	-Texto Legais -Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes	- Costumes -Princípios Gerais do Direito - Analogia	-Dogmática Jurídica - <i>Travaux preparatoires</i> -Direito Estrangeiro -Jurisprudência Persuasiva
<i>Substantial Justification</i>	- Costumes - Precedentes Normativos Vinculantes		- Princípios Morais -Argumentos Práticos

--	--	--	--

Fonte: Próprio Autor.

2- Histórico da Teoria das Fontes no Brasil e o Novo CPC

O ordenamento jurídico brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito português (Ordenações e Bartolonismo). Diante disso, pode-se afirmar que o direito brasileiro teve como fontes, remotas, o direito romano e visigótico e como fontes intermediárias, o direito das ordenações portuguesas.

Esse quadro só foi alterado em 1916 com o advento do Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro deixou de ser influenciado pelos Juristas e pela doutrina escrita, fato que se consolidou em 1973 com a edição do CPC/73.

Nessa época, chamada de “Era dos Códigos”, a lei mostrava-se como “fonte primária, primeira e absoluta do direito. A Jurisprudência e a Doutrina perdem todo o seu valor” (ZANETI JR., 2014, p. 96).

Isso porque, na “Era dos Códigos” é vedada qualquer interpretação da lei, o direito torna-se um sistema do tipo fechado com pretensão de exclusividade, unidade e completude.

Entretanto, como aponta Zaneti Jr., nos últimos tempos a jurisprudência tem influenciado cada vez mais a aplicação prático-argumentativa do direito no Brasil: Julgamentos com base na jurisprudência dominante; Súmulas Vinculantes; Eficácia *Erga Omnes* e com efeito vinculante nas ações de controle de constitucionalidade concentrado.

Dando continuidade a essa evolução, o Novo CPC inovou ainda mais, ao incorporar no ordenamento jurídico brasileiro uma sistemática de precedentes judiciais estabelecendo no artigo 927 um rol de precedentes normativos formalmente vinculantes e no artigo 926 o dever genérico de os Tribunais Brasileiros uniformizarem sua jurisprudência.

Diante disso, os precedentes judiciais ganharam grande importância no ordenamento jurídico e como bem aponta Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 1305) “a mudança de paradigma consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior para assumir o papel normativo dos precedentes atuais”, ou seja, os precedentes devem ser considerados, atualmente, sobre a ótica do Novo CPC, como fonte do direito.

3- Conclusão

Não há como negar, com base na teoria argumentativa de fontes do direito de Aarnio e Peczenik, e, no atual estágio em que o direito se encontra, que a lei seja a única fonte do direito.

Após todo o exposto, podemos afirmar que os precedentes também podem e devem ser considerados como fontes do direito, inclusive dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro, que após o Novo CPC, incorporou uma sistemática de precedentes normativos formalmente vinculantes (artigos 926 e 927 do NCPC).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable. A Treatise on Legal Justification*. (Law and philosophy library) Bibliography: p. Includes index. 1. Law-Interpretation and construction. 2. LawMethodology. I. Title. II. Series, Dordrecht, Holland.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. especial [2]. Belo Horizonte, Universidade de Minas Gerais, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema*. Disponível em <http://www.uc.pt/fduc/corpo_docente/galeria_retratos/castanheira_neves/pdf/homenagem_PM_BC_vol_VIII_1982.pdf>

GUIBOURG, Ricardo. *Fuentes del Derecho*. Disponível em: <<https://filosofiayteoriageneralderecho.files.wordpress.com/2013/10/fuentes-ricardo-guibourg.pdf>>.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Netherlands: Springer, 2009.

PINO, Giorgio. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Mucchi: Modena, 2014.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao artigo 926 do CPC/15. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

_____. *O valor vinculante dos precedentes. O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.