

OS CRITÉRIOS DEFINIDORES DA FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES E SEUS PARÂMETROS DE INTENSIDADE

Mantovanni Colares Cavalcante¹

“E a coisa mais certa de todas as coisas
Não vale um caminho sob o sol
E o sol sobre a estrada é o sol sobre a estrada é o sol

Por isso uma força me leva a cantar
Por isso essa força estranha”

(Trechos da canção *Força Estranha* [1978].
Letras. Caetano Veloso. Org. Eucanaã Ferraz.
São Paulo: Companhia das Letras, 2022. p. 317)

1. Precedente: a linguagem

Uma das extraordinárias marcas do Constructivismo Lógico-Semântico², cujo incansável condutor, bem o sabemos, é Paulo de Barros Carvalho, é a da garantia da coerência nos textos pautados por essa escola de pensamento, cujo início se deu há exatos cinquenta anos, com a ida de Lourival Vilanova a São Paulo, em 1973, para ministrar curso de Teoria Geral do Direito a docentes da PUC/SP; a partir dali foi ganhando corpo a formação de um núcleo de intelectuais interessados em conferir suas afirmações.

Em 1986, sob a coordenação de Paulo de Barros Carvalho, um grupo de estudos se forma em São Paulo para esquadrihar o que passou a ser denominado de Constructivismo Lógico-semântico³, cujos fundamentos teóricos são de Lourival Vilanova,

¹ Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre pela Universidade Federal do Ceará - UFC/CE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Professor de Direito Processual - UFC/CE. Professor conferencista do IBET. Juiz de Direito de Vara da Fazenda Pública.

² Movimento de cunho metodológico que conduz o observador do fenômeno jurídico a contemplar o texto denominado comumente de norma jurídica e, a partir daí, construir sentidos, dentro de um parâmetro de linguagem e orientado pela lógica jurídica. A proposta dessa teoria é justamente a de estruturar um discurso conectado com premissas, consolidando a coerência em busca de um modelo “para ajustar a precisão da forma à pureza e à nitidez do pensamento”, conforme leciona Paulo de Barros Carvalho (“Algo sobre o constructivismo lógico-semântico”. *Constructivismo lógico-semântico*. Paulo de Barros Carvalho [coord.]. Aurora Tomazini de Carvalho [org.]. São Paulo: Noeses, 2014. v. 1. p. 4 e 5).

³ É o que consta no prefácio da obra *Escritos jurídicos e filosóficos*, de Lourival Vilanova (São Paulo: Axis Mundi/IBET, 2003. v. 1, p. xx).

merecendo posteriormente a ampliação acadêmica em termos nacional pelas mãos de Paulo de Barros Carvalho, ao conseguir formar novas gerações de doutrinadores a divulgar essa escola de pensamento em livros, monografias, capítulos de livros e artigos jurídicos⁴.

Por graça do destino e escolha consciente, firmei no Constructivismo Lógico-Semântico a âncora da nau de minhas reflexões sobre o Direito, tendo por bússolas permanentes a *linguagem* e o *método*⁵. Com elas sigo adiante, no momento propício de levantar âncora e singrar os mares das reflexões a respeito de instigantes temas, como é o caso dos *precedentes*.

Em acontecimento tão simbólico – a vigésima edição do Congresso Nacional de Estudos Tributários, no ano de 2023 –, com debates realizados em diversas mesas de discussão os quais se convertem neste livro, convenci-me de que é chegada a hora de formular proposta no âmbito do Direito Processual, com especial destaque ao Direito Processual Tributário, visando uma melhor percepção e manuseio dessa ferramenta indispensável a que chamam de *precedente*.

Sigo, dentro do arcabouço da segurança ofertado pelo Constructivismo Lógico-Semântico, valendo-me da *linguagem* e do *método*, a fim de lançar uma proposta de classificação com critérios definidores da força normativa dos precedentes e, a partir daí, estipular parâmetros de intensidade dessa força, numa escala que oscila entre precedentes com *força normativa máxima (efeito vinculante)* até precedentes *sem força normativa*, com a possibilidade de se ter, entre esses dois extremos, precedentes com *força normativa média* e *força normativa mínima*, a gerar efeitos de persuasão e de influência, respectivamente.

Para tanto, proponho um *método* considerando *três critérios* definidores da força normativa – I) o hierárquico, II) o funcional e III) o de suporte –; sendo que, em cada um desses três critérios se faz o encaixe do precedente num dos *dois complementos*. A depender de qual dos dois complementos em cada critério se enquadra o objeto de estudo, ter-se-á o *elemento identificador* da força normativa do precedente, numa gradação de a) força máxima, b) força média, c) força mínima e d) sem força normativa.

A proposta contém *método*, tendo em vista que, na aplicação desses parâmetros, mantem-se a coerência da classificação e seus resultados práticos.

⁴ Assim destaquei em “O método do constructivismo-lógico semântico e a linguagem em Fernando Pessoa: um encontro possível” (Capítulo de livro de autoria coletiva - *Constructivismo lógico-semântico*. Paulo de Barros Carvalho [coord.]. Aurora Tomazini de Carvalho [org.]. São Paulo: Noeses, 2020. v. 3. p. 519-540).

⁵ Para compreender a importância desses dois eixos na estruturação do pensamento científico, obrigatória se mostra a leitura do livro-referência *Direito tributário: linguagem e método*, de Paulo de Barros Carvalho, com sua proposta metodológica inovadora para o Direito Tributário, na concepção epistemológica demarcada a partir da Filosofia da Linguagem e se valendo dos pressupostos do Constructivismo Lógico-semântico.

Tudo isso será esmiuçado ao longo do texto, mas é preciso, antes de ingressar no *método* por mim elaborado, abordar a questão da *linguagem*, especificamente do termo *precedente*.

Precedente. Eis a palavra por demais utilizada em nosso meio, notadamente a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015. Só que, até agora, não se tem no Brasil um consenso sobre esse termo. Afinal, o que seria um precedente em nosso país, considerando nossa tradição do *civil law*, sendo que o precedente é algo próprio do *common law*⁶? Atualmente, a percepção é a de que, ao adotar a tradição do Direito ancorado em estruturas legais codificadas e lastreadas em doutrinas, o país pertence à família do *civil law*; ao passo que, quando o sistema é formado pelos costumes e pela prática consolidada pelos tribunais, esse país integraria a tradição do *common law*.

Exatamente por isso se faz a imediata associação do termo *precedente* com a cultura do sistema jurídico do Reino Unido ou dos Estados Unidos da América⁷. Michael J. Gerhardt, a propósito, define precedente como quaisquer votos constitucionais, decisões ou posições nas quais a Suprema Corte ou autoridades não judiciais se investem com suas autoridades normativas, servindo de referência para futuros casos, de tal modo que o valor ali contido passa a integrar o próprio Direito, sendo que os precedentes assumem várias formas, incluindo não somente os votos pretéritos dos tribunais, mas também normas, práticas históricas (costumes) e tradições⁸; por isso mesmo ele destaca que esses precedentes teriam como funções a transparência (*controle social*) além de mostrar como as autoridades públicas tiveram limites históricos, legais e culturais (*rastros de civilidade*) na construção do Direito⁹.

⁶ John Henry Merryman, em notável obra sobre o tema, nos explica que existem três grandes sistemas legais no mundo ocidental, que o autor prefere chamar de tradições, que são o *civil law*, o *common law* e o *socialist law*, sendo que esse último seria um novo sistema, de natureza híbrida, com a visão econômica do Direito, no sentido de que o Direito seria um instrumento da economia e da política social. O *civil law*, por sua vez, é o resultado da formação de três subsistemas: o direito romano (*roman civil law*), o direito canônico (*canon law*) e o direito comercial (*comercial law*). O primeiro componente do *civil law*, que é o *roman civil law*, teve como referência maior o *corpus juris civilis*, que era conservador e adequado às soluções dos problemas legais sem que houvesse possibilidade de interpretação pelos estudiosos do Direito. Assim, sua finalidade era a de impedir a interpretação por juristas. Já o *common law* possui como característica a doutrina do *stare decisis*, que é a obrigatoriedade de os tribunais decidir verificando os precedentes. Ou seja, o precedente é algo intimamente ligado à tradição do *common law* (*The Civil Law Tradition – An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*. Second Edition. Stanford, California: Stanford University Press, 1985).

⁷ Guido Fernando Silva Soares nos ensina que a expressão *common law* tem vários sentidos, desde sua primeira aceção, de um direito nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster (cortes constituídas pelo Rei, subordinadas a ele, e que acabaram por eliminar os direitos costumeiros próprios de cada tribo da Inglaterra), até se chegar à concepção de alguns setores do Direito na Inglaterra que se submetem a um modo de pensar o Direito, como o direito criminal e o dos contratos (*Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32 e seguintes).

⁸ *The power of precedent*. Oxford University Press: 2008. p. 3.

⁹ Ob. cit., p. 147.

Ao examinarmos o Código de Processo Civil, verificamos que a palavra *precedente* foi utilizada em seis ocasiões; sendo que, em duas delas, as prescrições normativas já foram alteradas¹⁰. Portanto, somente por quatro vezes permanece o uso desse termo na codificação processual civil em vigor. O mais espantoso, porém, é que em nenhuma dessas quatro vezes o legislador se preocupou em fixar um *conceito* ou mesmo indicar *características* que possam identificar de modo claro a natureza dessa ferramenta ou fenômeno.

Provavelmente, o trecho mais compatível com o uso do termo *precedente* em seu significado autêntico seja aquele no qual se diz que o precedente motiva a criação de súmula, cujo enunciado corresponde à jurisprudência dominante de um tribunal¹¹. Ou seja, indica-se aí um percurso entre um julgamento que será tido como precedente, a gerar uma jurisprudência dominante, e depois estabelecer um enunciado de súmula.

Assim, um precedente não seria a súmula, muito menos a jurisprudência, tanto que esses dois fenômenos são destacados em separado quando se fala em fundamentação de decisão judicial que invoca precedente ou enunciado de súmula, ou que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte¹².

Todavia, quando o Código de Processo Civil determina que os tribunais devam dar publicidade a seus *precedentes*, não se sabe se o legislador está se referindo somente ao julgamento que gerou a jurisprudência dominante e posteriormente a súmula¹³ ou, num espectro mais largo, às diversas formas de julgamento, decorrentes de técnicas que resultam em fixação de teses, tais como a) em controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, b) na edição de súmulas vinculantes e súmulas em geral, c) no julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos, d) no julgamento de

¹⁰ O inciso IV do art. 988 do CPC teve sua redação alterada pela Lei 13.256/2016, e foi retirada a palavra *precedente* de seu teor. Essa mesma Lei revogou o inciso II do art. 1.042 do CPC/2015, que continha a palavra *precedente*.

¹¹ Código de Processo Civil: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

¹² Código de Processo Civil: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - 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”.

¹³ §§ 1º e 2º do art. 926 do Código de Processo Civil, transcritos anteriormente em nota de rodapé.

incidente de resolução de demandas repetitivas, e e) no julgamento de incidente de assunção de competência¹⁴.

Poder-se-ia ainda concluir, pela leitura do Código de Processo Civil, que *precedente* é algo relacionado a) a tese jurídica jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, b) a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou jurisprudência oriunda de julgamento de casos repetitivos, e c) a enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, tendo em vista que essas situações estão sequenciadas em parágrafos do art. 927 do referido Código, que desaguam num parágrafo final impondo aos tribunais a obrigação de dar publicidade aos seus *precedentes*, não se sabendo exatamente a que essa regra se refere, de modo que *precedente* poderá vir a ser qualquer uma dessas hipóteses aqui destacadas¹⁵.

Eis o descuido da *linguagem*, a afetar qualquer tentativa de *método*, visando equacionar o manuseio desse fenômeno.

Particularmente, entendo que não temos *precedentes* no Brasil, no sentido de um modo de pensar a construção de entendimento no caso concreto (presente) a partir de um julgamento pretérito (passado), escolhido somente naquela ocasião como paradigma a servir para casos idênticos que venham a surgir (futuro), como se faz na tradição do *common law*. A propósito, Michele Taruffo lembra que o precedente se fundamenta sobre a analogia segundo a qual o juiz percebe identidade entre os *atos* do caso que decidirá e os *atos* de outro caso já decidido, e sob essa condição se pode aplicar a mesma regra firmada nas razões de decidir (*ratio decidendi*) do julgamento anterior¹⁶.

¹⁴ Código de Processo Civil: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

¹⁵ Código de Processo Civil: “Art. 927. (...) § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

¹⁶ “Las funciones de las cortes supremas. Aspectos Generales”. *La misión de los tribunais supremos*. Michele Taruffo, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (Coords.). Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 244.

Aqui em nosso país, em praticamente todas as situações nas quais se fala em *precedente*, o que se quer dizer, na verdade, é: *juízo realizado propositadamente para fixar uma tese com força normativa em relação a casos idênticos atuais e futuros*. Só se trabalha com o presente e o futuro, ignorando o passado. E com um fator agravante: no Brasil, há uma cultura consolidada de valorização de *ementas*, pois as decisões de órgãos colegiados em tribunais seguem todo um texto de um julgador que expôs sua opinião (*voto*), mas ao final se faz um *resumo* com a indicação do resultado (*ementa*) e muitas vezes ainda se faz um desdobramento para um *resumo* mais apertado, a *súmula*¹⁷.

O certo é que o termo *precedente* acabou por contaminar nossa realidade jurídica, sem a mesma percepção que se tem nos países que pertencem à família do *common law*. Assim, é preciso adotar um sentido de *linguagem* para evitar dificuldade no trato com o método a ser proposto mais adiante.

Por isso, sem querer abandonar a palavra tão ao gosto da doutrina nacional e dos julgamentos¹⁸, firmo uma opção no campo da linguagem, e passo a utilizar o termo *precedente* como sendo *o resultado de um desses produtos elaborados em tribunais*:

- I) Decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II) Enunciado de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional;
- III) Enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional;
- IV) Acórdão do Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso extraordinário repetitivo;
- V) Enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

¹⁷ Analisei esse aspecto em “Frasas sem texto: a utilização de precedentes a partir de ementas”. *Texto e contexto no Direito Tributário*. Paulo de Barros Carvalho (coord.). Priscila de Souza (org.). São Paulo: Noeses, 2020. p 881- 895.

¹⁸ No texto apontado na nota de rodapé anterior, afirmo ser inadequado o uso do termo *precedente* no *civil law*, considerando a própria estrutura do Direito Processual em suas veiculações normativas (Constituição Federal e leis processuais); ressalto que, na verdade, o Código de Processo Civil de 2015 materializou de modo definitivo o efeito transindividual da jurisdição, mediante o regramento de diversas técnicas que atribuem força vinculante a teses firmadas em tribunais, induzindo juízes e tribunais a aplicar essas teses em todos os casos semelhantes que lhes são submetidos (art. 927). Esse produto, a tese vinculante, é elaborado num único julgamento, cujos meios de produção se valem de diversas ferramentas, como os incidentes – assunção de competência (art. 947) e resolução de demandas repetitivas (art. 976) – e o julgamento de recursos repetitivos, no caso, o extraordinário e o especial (art. 1.036). A aplicação de tese vinculante é efetivada em várias etapas do processo, nas múltiplas modalidades de decisões, sejam elas de natureza provisória (art. 311), ou mesmo mediante um julgamento liminar do pedido (art. 332), ou ainda por ocasião do reexame obrigatório da sentença pelo tribunal, independentemente de recurso (art. 496). Exatamente por isso, sempre preferi a expressão *tese vinculante*, ao invés de *precedente*.

- VI) Acórdão do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial repetitivo;
- VII) Acórdão de qualquer tribunal no julgamento em incidente de assunção de competência;
- VIII) Acórdão de qualquer tribunal no julgamento de resolução de demandas repetitivas; e
- IX) Orientação do plenário ou do órgão especial aos quais juízes e tribunais estiverem vinculados.

É dizer, todos esses produtos de julgamentos em tribunais seriam *precedentes*, dentro dessa necessidade de se ter uma linguagem a expressar o sentido de tal fenômeno. Percebe-se daí a multiplicidade do que vem a ser um *precedente* e, por isso mesmo, é preciso verificar em cada situação qual a sua *força normativa*. Seria por demais simplório dizer que todos esses novos produtos são idênticos e com força de igual intensidade.

O Código de Processo Civil de 2015, registre-se, não aponta qualquer critério de atribuição de força vinculante do que ali se considera um precedente. Não se identifica a coerência quanto aos efeitos no uso das várias *espécies* de precedentes, considerando as diversas ferramentas próprias para o pronunciamento judicial que aplique teses fixadas em outro julgamento.

Enquanto *sete espécies* de precedentes autorizam o julgamento de improcedência liminar do pedido, a saber, a) súmula do Supremo Tribunal Federal, b) súmula do Superior Tribunal de Justiça, c) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso extraordinário repetitivo, d) acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial repetitivo, e) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, f) entendimento firmado em incidente de assunção de competência, e g) súmula de tribunal de justiça sobre direito local¹⁹; a concessão de tutela da evidência restringe-se a *quatro espécies*, quais sejam, a) julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, b) julgamento de recurso especial repetitivo, c) julgamento de recurso extraordinário repetitivo, e d) súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal²⁰.

E assim, em outros tópicos do Código de Processo Civil, se tem esse descompasso quanto à força normativa das várias espécies de precedentes. Ao relator é dado o poder de negar provimento a recurso contrário a *sete espécies* de precedentes – a) súmula do

¹⁹ Art. 332 do Código de Processo Civil.

²⁰ Convém destacar que o art. 311 do Código de Processo Civil afirma que “[a] tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: (...) II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”; em relação ao julgamento de casos repetitivos, é preciso estar atento ao que dispõe o art. 928 do referido Código, ao esclarecer que, “[p]ara os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos”.

Supremo Tribunal Federal, b) súmula do Superior Tribunal de Justiça, c) súmula do próprio tribunal, d) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso extraordinário repetitivo, e) acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial repetitivo, f) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, e g) entendimento firmado em incidente de assunção de competência²¹ –, ou dar provimento se a decisão recorrida for contrária a esses mesmos sete tipos de precedentes²². No mesmo sentido, na hipótese de conflito de competência, esse poder do relator de julgar monocraticamente está atrelado a essas *sete espécies* de precedentes²³. Todavia, considera-se manifesta violação de norma de norma jurídica, e poderá ser objeto de ação rescisória, a decisão baseada em *quatro espécies* de precedentes – a) enunciado de súmula b) o acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, c) acórdão proferido em julgamento de recurso especial repetitivo e d) acórdão proferido em julgamento extraordinário repetitivo –, desde que não tenha a decisão considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento²⁴.

Por outro lado, não ocorrerá a remessa necessária em sentença que estiver fundada em *seis espécies* de precedentes: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, b) súmula do Superior Tribunal de Justiça), c) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário repetitivo, d) acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial repetitivo, e) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, e f) entendimento firmado em incidente de assunção de competência²⁵.

Entretanto, no cumprimento provisório de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, só se pode dispensar a caução²⁶ nos casos em que a sentença a ser provisoriamente cumprida esteja em consonância com *cinco espécies* de precedentes: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, b) súmula do Superior Tribunal de Justiça, c) acórdão proferido no julgamento incidente de resolução de demandas repetitivas, d) acórdão proferido no julgamento de recurso especial repetitivo, e e) acórdão proferido no julgamento de recurso extraordinário repetitivo²⁷.

²¹ Inciso IV do art. 932 do Código de Processo Civil.

²² Inciso V do art. 932 do Código de Processo Civil.

²³ Inciso I do parágrafo único do art. 955 do Código de Processo Civil.

²⁴ Inciso V e § 5º do art. 966 do Código de Processo Civil.

²⁵ § 4º do art. 496 do Código de Processo Civil.

²⁶ Inciso IV do art. 520 do Código de Processo Civil.

²⁷ Inciso IV do art. 521 do Código de Processo Civil.

Duas espécies de precedentes ensejam a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal²⁸; assim também se configura a repercussão geral em recurso extraordinário quando o recurso impugnar acórdão que contrarie *duas espécies* de precedentes, porém diferenciadas das que viabilizam a reclamação²⁹.

A partir dessa percepção, considerando a barafunda do Código de Processo Civil, apresento um método para fixar *critérios* que possam definir a intensidade da *força normativa* dos precedentes e seus respectivos efeitos.

2. Precedente: o método

2.1. Os critérios definidores da força normativa

A força normativa do precedente, de acordo com meu entendimento, é definida pelo somatório de três critérios, a indicar: I) a posição que o tribunal ocupa na organização judiciária nacional (*critério hierárquico*), II) a atuação do tribunal no contexto das instâncias de julgamento (*critério funcional*), e III) o enunciado prescritivo que dá suporte à atuação do tribunal (*critério de suporte*).

Em cada um desses critérios, é possível enquadrar um dos *dois* fatores apresentados: I) Critério hierárquico: a) superior ou b) *não* superior; II) Critério funcional: a) autêntico ou b) *não* autêntico; e II) Critério de suporte: a) constitucional ou b) *não* constitucional.

O manejo desses critérios e o devido enquadramento nos fatores possíveis, permite estabelecer a *intensidade* da força normativa do precedente, com seu respectivo *efeito*, valendo-se para esse fim do fator *negativo* das situações decorrentes dos critérios, possibilitando a seguinte gradação: I) sem fator negativo: força normativa *máxima* (efeito *vinculante*); II) um fator negativo: força normativa *média* (efeito de *persuasão*); III) dois fatores negativos: força normativa *mínima* (efeito de *influência*); ou IV) três fatores negativos: *sem* força normativa (efeito de *orientação*).

2.1.1. O critério hierárquico

Quando se fala em *critério hierárquico*, duas são as possibilidades: o produtor do precedente é um tribunal superior ou *não* é um tribunal superior.

Nessa classificação, optei por considerar como superior não somente o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar³⁰, como também o Supremo Tribunal Federal, embora esse esteja em posição hierárquica acima dos referidos tribunais.

²⁸ Inciso III do art. 988 do Código de Processo Civil.

²⁹ Inciso I do § 3º do art. 1.035 do Código de Processo Civil.

³⁰ Aqui nos interessa o Superior Tribunal de Justiça, pois os demais tribunais superiores firmam entendimentos em áreas distintas do Direito Processual Civil e do Direito Processual Tributário.

Todavia, o que importa, nessa classificação, é saber se o tribunal é ou não de segundo grau de jurisdição, estando nessa posição os tribunais de justiça, os tribunais regionais federais, os tribunais regionais do trabalho e os tribunais regionais eleitorais. Não sendo tribunais de segundo grau de jurisdição, estando inclusive acima deles, para efeito dessa classificação, devem ser tidos como tribunais superiores.

Convém anotar que *grau de jurisdição* é a posição que o órgão ocupa na estrutura do Poder Judiciário nacional; desse modo, é um conceito estático, de organização judiciária, por traduzir o lugar do órgão dentro do Poder, independentemente de sua atuação nos processos a ele submetidos.

O vocábulo *instância*, por sua vez, deve ser utilizado sem considerar a posição do órgão na estrutura do Poder Judiciário, e sim o seu modo de atuação no processo. Tem-se aí um conceito dinâmico, diferenciado para cada relação processual submetida a órgãos do Poder Judiciário, que atuam em várias *instâncias*, seja a inicial (da ação), seja a de revisão (do recurso). Por esse motivo, *instância* é elemento próprio de Direito Processual³¹.

Essa concepção é fundamental para compreender o outro critério de classificação da força normativa do precedente, o *funcional*.

2.1.2. O critério funcional

A atuação dos órgãos do Poder Judiciário se faz em dois planos de instâncias. Nas *instâncias ordinárias* se tem a plena apreciação e desenvolvimento de meios de investigação (*provas*) para análise dos *fatos* e interpretação do *direito*. Na *instância especial* se dá a etapa processual na qual a causa deverá ser revista sob o *exclusivo* foco da observância do ordenamento jurídico (*interpretação final do direito*).

Assim, é insuficiente verificar qual o grau de jurisdição do tribunal, para identificar se a decisão ali produzida será de interpretação final do direito ou não. É preciso saber em qual instância de julgamento aquele tribunal atua. O Superior Tribunal de Justiça, embora esteja num grau superior de jurisdição – sequer fazendo parte do primeiro ou do segundo grau de jurisdição –, tem atribuições jurisdicionais de primeiro julgador de determinadas causas (as chamadas competências originárias)³² e, nesse caso, ele atua em *primeira instância*, no plano da *instância ordinária*, pois examina fatos, provas e direito. Nesse

³¹ Essa diferença entre *grau de jurisdição* e *instância* para compreender a atuação dos órgãos judiciais (*instância*) como algo distinto do lugar que eles ocupam na estrutura do Poder Judiciário (*grau de jurisdição*) é algo que venho elaborando desde minha dissertação de mestrado (Universidade Federal do Ceará: 2000/2001) e que resultou em livro (*Recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003). Caso haja interesse sobre o tema, é possível consultar um texto recente de minha autoria no qual procuro explicar essa diferença de forma objetiva (“Recurso especial e relevância: do outeiro ao altar”. In: *As conquistas comunicacionais no direito tributário atual*. Paulo de Barros Carvalho [coord.]. Priscila de Souza [org.]. São Paulo: Noeses, 2022. p. 1.043-1.059).

³² Constituição Federal: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...)”.

contexto, ele não será o intérprete final do direito infraconstitucional federal, a apreciar teses jurídicas, sem análise dos fatos ou das provas, pois essa atividade se situa em outro plano, qual seja, o da *instância especial*, cujo caminho se faz pela via do recurso especial³³.

Do mesmo modo, ao julgar um recurso ordinário interposto em decisão denegatória em mandado de segurança de competência originária em determinados tribunais de segundo grau de jurisdição³⁴, o Superior Tribunal de Justiça estará atuando no campo das *instâncias ordinárias*, com ampla abordagem quanto ao reexame dos fatos, das provas e do direito.

Assim, o que torna o Superior Tribunal de Justiça um produtor de decisões de interpretação final do direito não é sua posição na organização judiciária nacional (grau de jurisdição), e sim saber em qual instância de julgamento ele estará exercendo o poder jurisdicional.

Essa configuração também se aplica ao Supremo Tribunal Federal, por nem sempre exercer sua função – embora seja a principal, ou precípua³⁵ – de intérprete final da Constituição Federal. A Suprema Corte brasileira ora atua como “juiz comum” de determinadas causas³⁶, ora como “tribunal comum” de outras³⁷; é dizer, ela produz, nessas circunstâncias, decisões no plano das *instâncias ordinárias*.

É justamente a partir dessa percepção que se pode definir o *critério funcional*, para o encaixe na produção de precedente, com a verificação do modo de atuação do tribunal no processo no plano das *instâncias*. Quando o tribunal age como intérprete final do direito, ou seja, na *instância especial*, configura-se o critério funcional autêntico. Ao contrário, caso

³³ Constituição Federal: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...)”.

³⁴ Constituição Federal: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) II - julgar, em recurso ordinário: (...) b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; (...)”.

³⁵ Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, (...)”.

³⁶ Constituição Federal: “ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal (...): I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (...)”.

³⁷ Constituição Federal: “ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal (...): (...) II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; (...)”.

sua atuação se dê no âmbito das *instâncias ordinárias*, o precedente ali produzido é de critério funcional *não* autêntico.

2.1.3. O critério de suporte

Por fim, o último critério definidor da força normativa do precedente decorre do enunciado prescritivo que dá suporte à atuação do tribunal, por isso denominado por mim de *critério de suporte*.

Há de se verificar se esse suporte, ou seja, a autorização para que se produza um precedente, está na Constituição Federal ou em legislação infraconstitucional. Assim, o *critério de suporte* poderá ser constitucional ou *não* constitucional.

Esse critério é a pedra de toque na estipulação dos parâmetros de intensidade da força normativa dos precedentes, considerando o aspecto da ausência de *legitimidade* do Judiciário enquanto Poder, pois seus integrantes não são eleitos pelo povo³⁸, daí a necessidade da imposição de limites quanto à produção de normas jurídicas (decisões) de seus tribunais, que venham a alcançar situações futuras, a partir de precedentes.

É que, ao produzir precedentes com a pretensão de efeitos vinculantes, o Judiciário deixa de exercer aquilo que mais o identifica com a *jurisdição*, que é a atuação do órgão jurisdicional no caso concreto, com o olhar *para o passado* (análise das situações já ocorridas no plano dos fatos e que merecem uma decisão pelo campo do direito), e se embrenha num caminho de produção de normas de efeito geral (os precedentes) para que sejam utilizadas no *futuro*, sendo que a aptidão para essa atividade está afeta aos Poderes legitimamente eleitos pelo voto popular, no caso o Legislativo e Executivo, na produção de leis no sentido amplo.

Ora, para que o Judiciário possa criar uma decisão com força normativa vinculante em casos futuros, é fundamental verificar, à míngua da origem popular do Poder, se ao menos há o respaldo dessa produção normativa na Constituição Federal, por ser o instrumento jurídico legitimador de condutas dos Poderes que mais se aproxima da vontade popular, no caso, o poder constituinte, ainda que derivado, embora o ideal fosse considerar somente o poder constituinte originário.

Daí a importância de se incluir na fixação de critérios da força normativa do precedente se o *suporte* é constitucional ou *não* constitucional.

A partir dessas premissas, é possível elaborar uma *gradação de força normativa* do precedente. Esse é o segundo passo na elaboração do método, qual seja, o da verificação da força normativa dos precedentes.

³⁸ Constituição Federal: “Art. 1º (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

2.2. A intensidade da força normativa dos precedentes.

Rememorando os três critérios definidores da força normativa, cada um com suas duas possibilidades, tem-se o seguinte: I) *Critério hierárquico* a) superior ou b) *não* superior; II) *Critério funcional* a) autêntico ou b) *não* autêntico; e III) *Critério de suporte* a) constitucional ou b) *não* constitucional.

Portanto, cada critério se tem uma situação positiva e outra negativa. A acoplagem do precedente dentre essas duas possibilidades é que vai determinar a intensidade de sua força normativa, considerando o seguinte: tendo em vista que os três critérios indicam sempre uma possibilidade de configuração de um situação *positiva* e outra hipótese *negativa*, o que definirá a intensidade da força normativa do precedente será o somatório desses critérios (hierárquico, funcional e de suporte), em suas possibilidades (positiva ou negativa).

O parâmetro da intensidade da força normativa do precedente será medido pela referência *negativa* dos critérios hierárquico, funcional e de suporte, ou seja, o encaixe na hipótese do “*não*” em cada uma das possibilidades desses critérios, determinará se o precedente tem força máxima, força média, força mínima ou mesmo sem força normativa.

2.2.1. A força normativa máxima do precedente (efeito vinculante).

Para se ter uma *força normativa máxima*, o precedente *não* pode ter nenhuma situação negativa em seus três critérios, ou seja, o precedente com *força normativa máxima* é definido pelo critério da hierarquia superior, critério funcional autêntico e critério de suporte constitucional.

A consequência dessa *força normativa máxima* é a do *efeito vinculante da tese fixada*, pois o tribunal que produz o precedente nessa circunstância o faz por estar acima do primeiro e do segundo grau de jurisdição na organização judiciária nacional (critério hierárquico superior), exercendo a função de intérprete final do direito (critério funcional autêntico) por autorização da própria Constituição Federal (critério de suporte constitucional).

Ou seja, há nessa configuração uma legitimidade para o tribunal fixar teses e impor sua aplicação a todos os juízes e tribunais do país, exatamente porque a Constituição Federal atribuiu essa função de intérprete final do direito ao órgão judicial que se encontra em patamar hierárquico acima dos demais.

De acordo com esse método, são precedentes de *força normativa máxima*, com efeito vinculante das teses fixadas, I) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; e II) os enunciados de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

Observe-se que tal método vai ao encontro do que está firmado na própria Constituição Federal, ao estabelecer que I) “[a]s decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações

declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”³⁹; e que II) “[o] Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”⁴⁰ (destaquei em itálico a expressão *efeito vinculante*, presente em ambas as hipóteses).

A partir do momento em que se verifica uma *situação negativa* em qualquer um dos critérios, não mais se terá a força normativa máxima do precedente.

O número de situações negativas nos critérios (uma, duas ou três) determinará a gradação do precedente em força média, mínima ou sem força normativa, conforme se verá a seguir.

2.2.2. A força normativa média do precedente (efeito de persuasão).

Quando se tem *uma situação negativa* em qualquer um dos critérios, o precedente terá *força normativa média*.

Assim, ao se verificar que o critério da hierarquia não é superior quando da produção do precedente, ou então se o critério funcional não se mostra autêntico, ou mesmo se o critério de suporte não é constitucional; em qualquer dessas circunstâncias, bastando ocorrer uma delas, será *média* a intensidade da força normativa do precedente.

A consequência dessa *força normativa média* é a de um efeito de persuasão, é dizer, embora o precedente não seja vinculante, haverá uma aptidão para que juízes e tribunais devam seguir a tese ali fixada.

É possível que gere certo incômodo, dentro dessa classificação por mim sugerida, enquadrar certos precedentes na categoria de *força normativa média*, com efeito de *persuasão*, considerando que eles foram pensados para ter força vinculante. É o caso de acórdão do Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso extraordinário repetitivo e de acórdão do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial repetitivo.

Todavia, com essa percepção, rompe-se uma perspectiva que sempre me pareceu ilusória, qual seja, a de achar que todo e qualquer precedente terá efeito vinculante, independentemente de seu meio de produção. Essa generalização de efeito vinculante, além de ser tentativa de imposição da cultura do precedente, tão alheia ao nosso modo de pensar o Direito (*civil law*), carrega desaconselhável fórmula absoluta, ao querer atribuir

³⁹ § 2º do inciso III do art. 102 da Constituição Federal.

⁴⁰ Art. 103-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

efeito vinculante de um julgamento por simples previsão legal infraconstitucional, como faz atualmente o Código de Processo Civil.

Convém não esquecer que, para alcançarmos o patamar de assimilação da força normativa do precedente, será preciso em primeiro lugar que os tribunais fiquem atentos à imposição de coerência na construção de seus entendimentos, aptos a se converter em jurisprudência após a uniformização e conseqüente estabilidade do que se firmou⁴¹. Além disso, impõe-se ao órgão produtor do precedente com *força normativa média* a melhor estruturar a construção de sentido da norma jurídica (decisão) que se enquadre nessa circunstância. E isso ocorrerá com o desenvolvimento lógico das premissas que geram a decisão, pelo uso abalizado de bons fundamentos jurídicos, a fim de se firmar um precedente a ser adotado em casos futuros, nessa força de persuasão.

José Miguel Garcia Medina, a propósito, em lúcida percepção sobre o tema, defende que “(...) se mal firmado o ‘precedente’ (por ser mal fundamentado, por não se ter observado o contraditório ou não ter havido amplo debate previamente à sua edição, o que impediu que o ‘precedente’ fosse formado de modo mais completo), a tendência é de que tal ‘precedente’ seja repudiado, em maior ou menor grau, pelos juízes e Tribunais – e isso será imediatamente notado, à medida que sejam ajuizadas reclamações contra as decisões que não se submeterem aos precedentes”⁴²; a isso ele denomina de *déficit qualitativo da decisão*, de modo a diminuir ou até prejudicar o reconhecimento substancial do precedente, reduzindo sua *força vinculante*⁴³.

2.2.3. A força normativa mínima do precedente (efeito de influência).

Outra situação que se pode apresentar nesse método é o da incidência de *duas* situações negativas em *dois* critérios, é dizer, tem-se a soma de dois apontamentos de *não* dentre os três critérios, seja o da hierarquia (*não* superior), seja o funcional (*não* autêntico), ou mesmo o de suporte (*não* constitucional). Essa conjunção de duas circunstâncias negativas ocasionará a intensidade *mínima* da força normativa do precedente.

A conseqüência dessa força normativa mínima é a de gerar mero *efeito de influência* do precedente, sem qualquer aspecto vinculante e muito menos de persuasão. Quando se fala em influência, o patamar é o de um ato emocional (ao contrário do persuasivo, que engloba a lógica), na expectativa de que, com a exposição de valores no conteúdo da mensagem, isso possa gerar uma mudança natural de comportamento no destinatário.

⁴¹ Código de Processo Civil: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

⁴² *Recursos e precedentes: prática nos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais (Thomson Reuters), 2023. p. 263.

⁴³ Ob. cit., p. 268.

São precedentes de *força normativa mínima*, a título de exemplo, o acórdão de qualquer tribunal no julgamento em incidente de assunção de competência e o acórdão de qualquer tribunal no julgamento de resolução de demandas repetitivas.

Embora aparentemente pareça sem sentido atribuir efeito *não vinculante* a um precedente que tem por fim fixar uma tese para aplicação em casos repetitivos, sejam processos individuais ou coletivos, e até casos futuros⁴⁴, é bom lembrar que nesse caso o tribunal não atua no plano do recurso, ou seja, como órgão de reexame de decisão judicial já pronunciada. Ele é provocado para fixar tese, a partir do incidente, cujo pedido de instauração será dirigido ao presidente de tribunal até mesmo pelo juiz da causa (por ofício), pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (por petição)⁴⁵.

Por isso, diante desse poder, é preciso que o precedente reúna todas as condições para gerar influência, por seus fundamentos, nos destinatários da aplicação da tese fixada dessa forma.

E mais. A ausência de força normativa vinculante ou persuasiva não retira desse tipo de incidente sua aceitabilidade ou mesmo o estímulo para a aplicação da tese ali fixada. Basta lembrar que, mesmo sem força normativa vinculante ou persuasiva, um acórdão no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, pode gerar esse efeito de influência para o juiz, quando a causa envolve o Poder Público, eis que, no caso da sentença proferida contra a Fazenda Pública, caso seja aplicado esse tipo de precedente, não ocorrerá a chamada remessa necessária, ou seja, a sentença não estará sujeita ao duplo grau de jurisdição independentemente de recurso⁴⁶. Eis um elemento motivador para o juiz aplicar o precedente com força normativa mínima.

2.2.4. *Precedente sem força normativa (efeito de orientação).*

Por fim, no caso de incidência de *três* fatores negativos nos *três* critérios, o precedente não terá qualquer força normativa, servindo unicamente como *orientação*,

⁴⁴ Código de Processo Civil: “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”.

⁴⁵ Código de Processo Civil: “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”.

⁴⁶ Código de Processo Civil: “ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; (...) § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: (...) III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (...)”.

termo aliás utilizado na hipótese prevista no inciso V do art. 927 do Código de Processo Civil, ao dizer que os juízes e tribunais observarão “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

É o que ocorre em julgamentos de plenário ou de órgão especial de tribunais de justiça e de tribunais regionais federais, justamente porque nessa situação se tem precedentes firmados em critério hierárquico *não* superior (são tribunais de segundo grau de jurisdição), além do critério funcional *não* autêntico (atuam nas instâncias ordinárias) e do critério de suporte *não* constitucional (a regra está no Código de Processo Civil).

Façamos a comparação desse tipo de precedente com o classificado como sendo de força normativa máxima, para aquilatar se efetivamente duas espécies tão distintas de precedentes devem ter o mesmo efeito.

Coloquemos um ao lado do outro.

Um julgamento do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, agindo como intérprete final da Constituição Federal, no qual se tem o critério hierárquico superior, o critério funcional autêntico e o critério de suporte constitucional.

O outro julgamento, de um órgão especial do tribunal de justiça ou de um tribunal regional federal, decorrente de um recurso ou mesmo de um incidente no âmbito das instâncias ordinárias, estando aí configurados o critério hierárquico *não* superior, o critério funcional *não* autêntico, e o critério de suporte *não* constitucional.

Percebe-se, com esses parâmetros, que a força normativa nas duas situações têm que ser diferenciadas.

3. A consequência prática na definição da intensidade da força normativa do precedente, inclusive em matéria tributária

Toda classificação, além de ter o cuidado quanto aos conceitos propostos e ser estruturada em critérios bem definidos (a linguagem e o método), deve igualmente ter um efeito prático, sob pena de o estudo se limitar a reles deleite acadêmico.

Ao elaborar esses critérios definidores da força normativa dos precedentes (hierárquico, funcional e de suporte) e seus parâmetros de intensidade, na gradação que vai da força máxima, passando pela média, depois mínima, até chegar ao precedente sem força normativa, com seus efeitos correspondentes – vinculante, de persuasão, de influência e de orientação –, a utilidade se apresenta justamente no campo das *decisões judiciais*, que materializa, no âmbito jurídico e dentro da Teoria do Direito, o nível prático, como nos ensina Gregorio Robles⁴⁷.

⁴⁷ Gregorio Robles é um dos grandes pensadores da atualidade, e a construção de sua Teoria do Direito sob a perspectiva da Teoria Comunicacional do Direito traz uma fantástica proposição de esquemas a ser aplicada em qualquer um dos três níveis do âmbito jurídico, quais sejam, o sintático (Teoria formal do Direito), o

Desse modo, o juiz, diante de um precedente, analisa sua *força normativa* considerando sua intensidade, a fim de ponderar sobre o modo de interpretação e aplicação da tese em sua decisão judicial, sem a automaticidade (ou mera aplicação) que só se justifica quando se tem o efeito vinculante do precedente.

Para aclarar essa ponderação, basta citar uma situação, que aliás se mostra muito presente no âmbito do Direito Tributário, por envolver matéria de natureza constitucional na maioria das discussões nesse campo.

Todo juiz, e também os tribunais – com determinação mais cuidadosa por conta da chamada reserva de plenário –, em suas funções de julgamento, realizam o *controle de constitucionalidade* das leis e dos atos normativos, o chamado *controle difuso*, que os levam a deixar de aplicar determinada norma jurídica no caso concreto, por entender que essa norma não tem fundamento de validade na Constituição Federal.

Pois bem. Caso se atribua *efeito vinculante* a todo e qualquer precedente, sem distinção de força a partir de nítidos e fundamentados critérios classificatórios, o resultado seria o de *retirada* desse controle difuso de constitucionalidade pelo juiz ou tribunal. Algo no mínimo estranho no âmbito prático da elaboração de uma decisão judicial: impor ao julgador que se submeta a um precedente sem ter a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade, em relação a uma norma jurídica que sequer foi produzida pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Admitir que todo precedente possui efeito vinculante, qualquer um dentre as nove espécies apontadas anteriormente, levaria a essa situação surreal: o julgador controla a constitucionalidade da lei, mas não pode fazer esse controle em relação a uma simples orientação de tribunal, materializada numa decisão ali pronunciada em outro caso, simplesmente por ser um precedente.

É óbvio que, em se tratando de precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e nos enunciados de súmula vinculante em matéria constitucional, não cabe mais o controle difuso de constitucionalidade pelo julgador quanto a casos semelhantes nos quais se devam aplicar as teses ali fixadas, e justamente por isso se tem, nessas situações, precedentes com efeito vinculante.

Eis a razão da necessidade de se pensar em parâmetros de intensidade da força normativa dos precedentes, essa é a finalidade da classificação aqui defendida.

4. Precedentes: *sob o sol ou sobre o sol?*

Tentar compreender o precedente em nossa realidade e formular um método para trabalhar com sua força normativa, com certa margem de segurança, foi o que me levou a

desenvolver as ideias aqui explanadas. Elas são o resultado dessa minha inquietação; oferto-as de bom grado, como contribuição doutrinária, em busca da efetivação das relevantes funções de quem se propõe a construir teorias no plano da linguagem na Teoria do Direito, quais sejam, as de ensejar a reflexão, o questionamento, para que nos posicionemos diante dos fenômenos jurídicos, de tal modo a nos garantir uma *sobreposição* da mirada, ao invés de nos submetermos ao que tentam impor, como é o caso dos tribunais caso entendam que todo precedente gera uma força normativa vinculante.

Aliás, sempre que se está diante de uma norma jurídica – e a decisão de um tribunal não escapa dessa categoria –, é de vital importância estudar o fenômeno da *incidência jurídica*, pois nessa situação, no dizer de Paulo de Barros Carvalho, pressupõe-se “a linguagem do direito positivo projetando-se sobre o campo material das condutas intersubjetivas, para organizá-las deonticamente”⁴⁸; até porque, diz o referido jurista, “[a]s normas não incidem por força própria. Numa visão antropocêntrica, requerem o homem, como elemento intercalar, movimentando as estruturas do direito, extraíndo de normas gerais e abstratas outras gerais e abstratas ou individuais e concretas e, com isso, imprimindo positividade ao sistema (...)”⁴⁹.

Daí a importância de se classificar a força normativa do precedente, buscando parâmetros seguros para identificar até que ponto ela pode ou não ser vinculante. É dizer, não devemos estar *sob* o precedente, e sim *sobre* esse fenômeno.

Eis a razão do destaque inicial dos versos de Caetano Veloso na canção *Força Estranha*, na qual o *eu lírico* da história, um caminhante, percebe que a estrada está *sob o sol*. Todavia, ao aplicar a linguagem como algo que constrói a realidade, ele se convence de que, além do sol que ele consegue ver no alto, também é possível olhar e sentir – pelo calor – o sol *sobre* a estrada, uma representação daquele astro, um reflexo. Se ele quiser, inclusive, esse sol *sobre* a estrada será o próprio sol.

Colha-se a beleza do verso em forma de construção do convencimento próprio, quando o *eu lírico* da canção diz: *E o sol sobre a estrada é o sol sobre a estrada é o sol*. A repetição gera a criação dessa realidade: a imagem do sol sobre a estrada é o próprio sol.

Trabalhar com a intensidade da força normativa dos precedentes, a partir de uma classificação firmada em critérios, é mostrar que não nos limitamos a estar *sob* esse fenômeno. Na verdade, podemos e devemos colocar nosso olhar *sobre* os precedentes, avaliando seus efeitos, nem sempre vinculantes. Ficar *sob* seria aceitar uma empobrecida

⁴⁸ *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2021. p. 9. O título do livro, aliás, gerou o tema do XX Congresso Nacional de Estudos Tributários. Embora esse livro diga respeito ao fenômeno da incidência jurídica no âmbito tributário (resultado da tese de Paulo de Barros Carvalho para obtenção da titularidade em Direito Tributário, na Faculdade do Largo de São Francisco – USP), sua abordagem, plasmada no que há de melhor e mais profundo no âmbito da Teoria do Direito, alcança o fenômeno da incidência da norma jurídica em todos os seus níveis.

⁴⁹ Ob. cit., p. 11.

função da doutrina de mera caixa de ressonância das decisões dos tribunais, rotuladas de precedentes, seja qual for seu meio de produção. O *sobre* é o olhar científico que nos garante a não submissão pura e simples aos precedentes.