

A TEORIA DAS FONTES DO DIREITO E OS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

Christianne Kandyce Gomes Ferreira de Mendonça

Advogada, presidente da Comissão de Direito Tributário da
Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – subseccional Mossoró/RN
Pós-graduação *strict sensu* em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de
Estudos Tributários (IBET)
Mestranda em Direito Tributário pelo IBET
Professora do IBET e membro do Tribunal Administrativo de
Tributos Municipais (TATIM)

Lucas de Britto Galvão

Graduação em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte
(UFRN) Mestre e Doutor em Direito pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET)
Professor conferencista nos cursos de especialização em direito tributário do
IBET e do COGEAE-PUC/SP

RESUMO: Este trabalho objetiva firmar a relevância da expressão “Fontes do Direito” à luz do constructivismo lógico-semântico. Assim, partindo da premissa que o direito positivo é linguagem, retrocederemos às origens do Direito, onde faremos uma análise mais detida dos diferentes conceitos de fontes do direito na doutrina jurídica e examinaremos a atividade de produção da norma, visando assim compreender o ato da enunciação e quais são os veículos introdutórios das normas jurídicas. A partir daí elucidaremos o conceito do termo precedente judicial, ferramenta que visa alcançar a segurança jurídica, afim de analisar se este seria uma das “fontes do direito”. Além disso examinaremos se um precedente judicial, possui o condão de inserir no sistema jurídico uma nova norma geral e abstrata a partir da análise de um caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Fontes do Direito. Constructivismo Lógico-Semântico. Linguagem. Veículo Introdutor. Normas Jurídicas. Precedentes Judiciais.

INTRODUÇÃO

Em meio a grandes modificações em nosso sistema jurídico, caracterizadas pela (in)segurança jurídica, na era da hegemonia normativa dos precedentes, antes aderentes ao *Civil Law*, e hoje, adeptos a algumas características do *Common Law*, se faz necessária a seguinte análise: Seriam os precedentes fontes do Direito? Teriam os precedentes judiciais o condão de introduzir no sistema do Direito Positivo uma nova norma geral e abstrata?

Antes de alcançarmos as repostas para tais questionamentos, analisaremos a expressão Fontes do Direito, a fim de obter embasamentos para melhor compreender a matéria abordada.

A doutrina jurídica clássica, em sua maioria, considera como fontes do Direito a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes, subordinam com esta abordagem a ideia de que o “direito cria o direito”.

O direito, embasando-se no princípio constitucional da estrita legalidade, art. 150, inciso I, da Constituição Federal, considera, quase que de forma unânime, ser a lei a fonte única e exclusiva deste direito¹.

Com outra acepção, a escola do Constructivismo lógico-semântico, capitaneada pelo professor Paulo de Barros Carvalho, adpta aos critérios de sistematicidade, parte da premissa de que, a expressão fontes do direito diz respeito aos focos ejetores das regras jurídicas, ou seja, aos órgãos credenciados pelo direito positivo que produzem normas de forma escalonada, bem como a própria atividade elaborada por esses órgãos². Segundo o professor, garantir que a fonte do direito é o próprio direito deixa sem explicação a origem da primeira norma.

Percebe-se então, que existem diversas concepções do termo fontes do direito, de modo que, com as linhas que seguem, pretende-se compreender a expressão fontes do direito, analisar se os precedentes provêm de uma atividade produtora de enunciados, bem como investigar a utilização destes como norma jurídica.

Portanto, o convite à reflexão acerca do tema fontes do direito, juntamente com a análise do tema de precedentes judiciais, está feito.

1. FONTES DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Não faria sentido abordar o estudo sobre fontes do direito e não definir o sentido das expressões “fontes” e “direito”.

1 REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.11.

1 TAREK, Moysés Moussalem. Fontes do Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 107.

2 CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 6. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015. p. 436.

A locução “Fonte do Direito” é utilizada para caracterizar, de forma metafórica, o ponto de partida do Direito, ou seja, sua origem, no entanto, o significado desta expressão pode sofrer alteração de acordo com a ciência que a examina.

A fim de propor um corte metodológico neste trabalho, realizar-se-á uma análise jurídica do direito, o que excluirá qualquer modo de produção que não posua origem jurídica, voltada às regras que integram o sistema do direito positivo.

O termo direito, é uma palavra com inúmeras significações, sendo utilizado em diversos contextos, contudo trabalharemos com o conceito deste termo sempre com a ideia de direito como conjunto e sistema.

Utilizaremos a definição do professor Paulo de Barros Carvalho, o qual discorre que “direito é o conjunto de todas as normas jurídicas válidas num determinado intervalo de tempo e sobre específico espaço territorial, interrelacionadas sintática e semanticamente, segundo um princípio unificador [...]”³, ou seja, o direito é um conjunto de normas válidas em determinado tempo e espaço.

Pois bem, definir a expressão “fontes do direito” é apenas o primeiro passo para adentrarmos no mundo fenomênico da origem das normas válidas num dado país, ou seja, do Direito, a partir daí precisaremos compreender como o sistema do direito positivo se movimenta para produzir seu conjunto de normas jurídicas válidas, e como estas unidades de produção adentram no sistema.

É nesta etapa que o intérprete deverá redobrar sua atenção, outorgando mais firmeza e sentindo ao tema, pois nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho:

[...] quando o desempenho do raciocínio começa a ficar difícil; quando o autor encontra obstáculos discursivo de transposição duvidosa, um dos primeiros impulsos de nossa mente é lançar mão desse recurso argumentativo, pois se trata de instância inexorável, já que a não retórica é retórica também⁴.

Portanto, o intérprete não deve se deixar levar pela simples conclusão de que, as leis, os costumes, a doutrina e a jurisprudência, são as fontes do direito, pois se assim fizer, permitirá que um fato extrajurídico ingresse no ordenamento jurídico.

1.1. DA NOÇÃO DE FONTES DO DIREITO À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

3 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45.

4 CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o Constructivismo Lógico-Semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). Constructivismo Lógico-Semântico. São Paulo: Editora Noeses, 2014. p. 4. v. I.

Com intuito de resolver o problema de quais seriam as fontes do direito, a doutrina tradicional tendenciosamente entende ter superado este tema, trazendo as leis, doutrina, os costumes e a jurisprudência como “fontes do direito”.

No entanto, esta visão acaba por mascarar toda estrutura que envolve a produção das normas jurídicas, prejudicando assim a compreensão do estudioso.

Em contramão deste entendimento, o Constructivismo Lógico-Semântico, método que pode ser utilizado para obter conhecimento de qualquer objeto, visando apurar a clareza do pensamento, acolhe o ensinamento segundo o qual “não haverá ciência ali onde a linguagem for solta e descomprometida”.

Este método parte “da premissa que a relatividade do saber não admite definições terminativas, fortes o suficiente para conduzir o intérprete por espaços seguros e inequívocos”⁵, entendendo que “o significado da expressão fontes do direito implica refletirmos sobre a circunstância de que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo, sem que seja introduzida por outra norma, que chamaremos, daqui avante, de veículo introdutor de normas”⁶.

Lourival Vilanova⁷, ensina com rigor que:

O que denominamos “fontes do direito” são os fatos jurídicos criadores de normas: fatos sobre os quais incidem hipóteses fáticas, dando em resultado normas de certa hierarquia. Assim, as normas, potencialmente incidentes sobre a classe de fatos que delinearam, resultam de fatos que, por sua vez, são qualificados como fatos jurídicos por outras normas do sistema.

Entende-se que os fatos narrados por Lourival Vilanova, são os fatos da enunciação, ou seja, o processo de produção dos enunciados elaborados pelos órgãos competentes.

Paulo de Barros Carvalho⁸, nos ajuda a compreender a fenomenologia jurídica das fontes do direito, através da tese a seguir demonstrada:

Por *fontes do direito* havemos de compreender os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas, numa organização escalonada, bem como a própria atividade desenvolvida por esses entes, tendo em vista a criação de normas. Significa dizer, por outros termos, que não basta a existên-

5 CARVALHO, Paulo de Barros. Constructivismo Lógico-Semântico. São Paulo: Editora Noeses, 2018, p. 3. v. II.

6 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 28. ed. São Paulo: NOESES, 2017. p. 73.

7 VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 24.

8 CARVALHO, 2017, op. cit., loc. cit.

tência do órgão, devidamente constituído, torna-se necessária sua atividade segundo as regras aqui previstas no ordenamento. E órgão credenciado para legislar, entrando em movimentação, dá ensejo ao acontecimento de um facto. Eis a fonte que pronama o Direito.

Pois bem, prossegue o professor Paulo de Barros Carvalho⁹:

[...] nos limites desta proposta, as fontes do direito serão os acontecimentos do mundo social, juridicizados por regras do sistema credenciados para produzir normas jurídicas que introduzam no ordenamento outras normas, gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas ou individuais e concretas.

Desta forma, seguindo a esteira de ensinamentos do supracitado jurista, entende-se que o exame das fontes do direito está intrinsecamente ligado ao exame dos fatos enquanto enunciação, e que “afirmar ser a lei fonte do direito positivo não significa mais do que postular que normas criam normas, direito cria direito, numa proposição evidentemente circular, que deixa o primeiro termo como resíduo inexplicado”¹⁰.

No tocante à divisão das fontes em formais e fontes materiais, entende-se que as fontes do direito positivo, são as materiais, enquanto processo de enunciação, ou seja, os atos da fala¹¹, onde os acontecimentos da realidade social, qualificados em uma hipótese de norma válida do sistema, são aptos a criar normas jurídicas, mantendo em movimento o sistema jurídico.

Quanto às fontes formais, consideradas pela doutrina como regras de produção, conforme posicionamento firmado nesta pesquisa, não conseguimos vislumbrar como fonte do direito o que já é direito, pois assim, estaríamos afirmando que normas criam normas, por isso, optamos por preferir a expressão veículo introdutor de normas jurídicas à fonte formal.

Observa-se, desta forma, que a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes, são o resultado dos exercícios dos órgãos legiferantes, não podendo ser considerados a própria fonte do direito.

Portanto, partindo da análise de fatos, tomados na qualidade da enunciação, os quais fazem nascer normas jurídicas e formarão o território das fontes do direito, verifica-se que existe uma atividade produtora de enunciados que é

9 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 28. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2017. p. 74.

10 CARVALHO, op. cit., p. 77.

11 SIMÕES, Argos Compos Ribeiro. Entre a enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado: uma questão temporal. In: CARVALHO, Paulo de Barros. Constructivismo Lógico-Semântico. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 101. v. III.

anterior ao próprio enunciado, e é esta atividade não jurídica que esmiuçaremos a seguir.

2. DA ATIVIDADE DE ENUNCIÇÃO COMO FONTE DO DIREITO E O PAPEL DA LINGUAGEM

Partindo da argumentação de que o direito positivo é um conjunto de linguagem materializado no formato de enunciados prescretivos, se faz necessário destacar o papel da linguagem no processo de conhecimento, e para isso utilizaremos a dinâmica dos atos da fala, pela qual tentaremos distinguir as categorias linguísticas da enunciação, de enunciação-enunciada e do enunciado-enunciado.

Reforçando nosso posicionamento, Paulo de Barros Carvalho¹², torna claro que o direito positivo está vertido numa linguagem, e evidencia o quanto importante é a linguagem no processo de alcançar o conhecimento:

O “mundo da vida”, com as alterações ocorridas no campo das experiências tangíveis, é submetido à nossa intuição sensível, naquele “casos de sensações” a que se referiu Kant. O que se sucede neste domínio e não é recolhido pela linguagem social não ingressa no plano chamado nós de “realidade”, e ao mesmo tempo, tudo que dele faz parte encontra sua forma de expressão nas organizações linguísticas com que nos comunicamos; exatamente porque todo conhecimento é redutor de dificuldades, reduzir as complexidades do objeto da experiência é uma necessidade inafastável para se obter o próprio conhecimento.

Para o ilustre professor, o homem figura como polo central de construção de realidade jurídica ou não jurídica, elaborada a partir da contextura físico-material, e sem ele, seria impossível alcançar as instâncias cognitivas, pois o direito observado como linguagem, se não tiver os traços de conhecimento, não sobrevive.

A linguagem jurídica separa o mundo do direito e o mundo da realidade social, conseqüentemente, o fato jurídico nasce, através da aplicação do direito, sendo o resultado da incidência da linguagem normativa sobre a linguagem da realidade social.¹³

O Constructivismo Lógico-Semântico, no estudo do tema Fontes do Direito, parte da premissa que o direito é prescretivo de condutas, como explica Lucas de Britto Galvão que “visto dessa maneira, o dado jurídico é manifestação

12 CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 6. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015. p. 8.

13 CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. 5. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 686.

de processo comunicativo e, como tal, também pode ser examinado com auxílio de categorias das ciências da comunicação”.¹⁴ Para o jurista potiguar, o esforço do emissor para enviar uma mensagem denomina-se enunciação.

Isto posto, enxergando o objeto de estudos do direito posto como um fenômeno linguístico, adentrando-se à dinâmica dos atos de fala, conceituamos por enunciação a atividade humana de produzir enunciados.

José Luiz Fiorin, denomina o ato produtor do enunciado, ou seja, a atividade psicofísica produtora de enunciados, de enunciação¹⁵.

Seguindo esta linha de raciocínio, Aurora Tomazini de Carvalho¹⁶ discorre que:

[...] Uma norma jurídica não é capaz de, por si só, criar outros enunciados prescritivos, mas apenas disciplinar o ato de enunciação que os produz. Os enunciados, que compõe o plano de expressão do direito positivo, suas proposições e as normas jurídicas com base neles construídas, só existem como tal porque alguém os enunciou, isto é, proferiu um ato de enunciação (criação de enunciados).

A mesma autora, quase que profetizando o momento que estamos vivendo, qual seja, a lamantável pandemia do COVID-19, traz um excelente exemplo de como se materializa a atividade da enunciação, na qual alguns parlamentares, diante de uma epidemia, e pretendendo tornar obrigatório o uso contínuo de máscaras, instauram um procedimento para a produção de uma norma (com observância nos dispositivos constitucionais), percorrendo todo o trâmite de produção das normas (com a devida publicação), tornaram obrigatório o uso da máscara para a toda população.¹⁷

Com este exemplo, observa-se que a enunciação revela-se através de um acontecimento de ordem social, somado a um ato de vontade humana, com a realização de um procedimento específico realizado por um agente competente.

Percebe-se que, sem o ato da vontade humana e a ausência do procedimento realizado pelos parlamentares, a norma supramencionada não seria inserida em nosso ordenamento jurídico.

Por seu turno, temos os enunciados prescritivos criados pelas fontes do direito, como atos de fala, quais sejam, a enunciação-enunciada e o enunciado-

14 BRITTO, Lucas Galvão. Tributar na era da técnica: como as definições feitas pelas agências reguladoras vêm influenciando a interpretação das normas tributárias. São Paulo: [s.n.], 2018. p. 42.

15 FIORIN, José Luiz. As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2002. p.31.

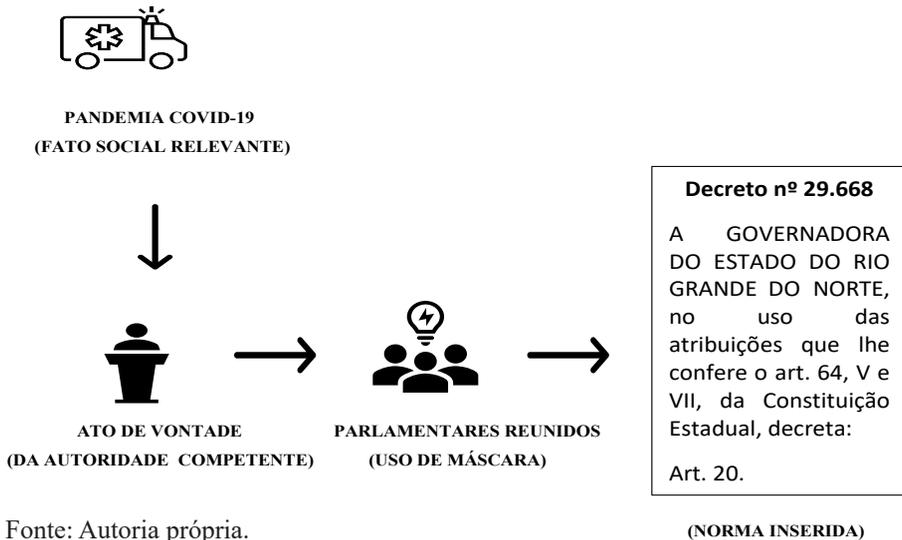
16 CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 667.

17 Ibidem, p. 668.

-enunciado.

O esquema adiante representa bem a atividade de enunciação (legislativa), como fonte do direito:

Figura 1 – Representação da atividade de enunciação como fonte do direito



Fonte: Autoria própria.

A enunciação-enunciada são as marcas que nos remete à instância de enunciação, ou seja, revela as marcas de produção do texto, como por exemplo vejamos a norma introdutória de uma lei, esta conterá o número do processo legislativo que de origem a norma, o agente competente pela promulgação, o local, a data, e o canal de publicidade com a sua respectiva data de publicação. Todos esses dados compõe a enunciação-enunciada.

Já o enunciado-enunciado, também produto da enunciação, é constituído pelos demais enunciados que não nos remete às marcas de produção da enunciação, podendo ser normas jurídicas, gerais e abstratas, como também individuais e concretas e até mesmo individuais e abstratas.

Ponderação desse jaez nos permite afastar a ideia de que normas criam normas, e confirma que a enunciação é um evento, um acontecimento, pois sem o ato de vontade e sem o procedimento realizado pela autoridade competente, ou seja, sem o fato-enunciação, a imposição para que todos usem máscaras, não existiria no mundo jurídico.

Após a compreensão da atividade da enunciação, esmiuçaremos o ingres-

so “do produto da enunciação” por meio dos veículos introdutores de normas.

2.1. DOS VEÍCULOS INTRODUTORES DE NORMAS

Conseguimos identificar o veículo introdutor de norma, através da leitura atenta da enunciação-enunciada, pois como já exposto, a mesma retratará, através da linguagem, as marcas de produção da norma, construindo-se desta maneira na mente do intérprete, uma norma jurídica responsável pelo ingresso do enunciado-enunciado elaborado no sistema jurídico.

Com isto, e tomando como argumento que o direito positivo é um conjunto de normas jurídicas válidas num determinado espaço e tempo, só podemos aceitar que uma norma jurídica ingresse no sistema do direito positivo, a partir de uma norma jurídica introdutora.

Tal veículo introdutor permite o ingresso de regras inaugurais no universo jurídico brasileiro, o qual o professor Paulo de Barros Carvalho designou de instrumentos primários, como por exemplo, as lei constitucional, instrumento primário e soberano, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, as medidas provisórias, o decreto-legislativo, e as resoluções¹⁸.

Para o autor, os instrumentos secundários, que não apresentam força vinculante capaz de inserir uma nova norma no mundo jurídico-positivo, são todos os atos normativos que estão subordinados à lei, tais como, o decreto regulamentar, as circulares, as portarias e as instruções ministeriais.

Pois bem, tais explanações já nos permitem concluir que as normas nascem sempre aos pares, portanto, teremos sempre uma norma introdutora, que prescreve a introdução dos enunciados produzidos no ordenamento, a qual possui em seu antecedente o agente competente, espaço, o tempo e o procedimento a ser realizado na produção do processo normativo¹⁹, e a norma introduzida.

Já as normas introduzidas, conforme explica o mestre nordestino, Lucas Galvão de Britto, “são aquelas construídas pela articulação dos enunciados-enunciados, podendo assumir a forma de normas gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas ou individuais e concretas”.²⁰

Tarek Moussallem, ensina que, em seu veículo introdutor, a norma introdutora retratará o agente competente e o procedimento prescrito pelo ordenamento para a produção normativa, e em seu consequente, prescreverá a obrigação

18 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84.

19 CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 667.

20 BRITTO, Lucas Galvão. **Tributar na era da técnica**: Como as definições feitas pelas agências reguladoras vêm influenciando a interpretação das normas tributárias. São Paulo: Editora Noeses, 2018. p. 46.

de todos obedecerem às disposições inseridas pelo próprio veículo introdutor no sistema do direito positivo.

Nota-se, portanto, que norma introdutora é da espécie concreta e geral.²¹ Concreta, porque contém em seu antecedente o fato jurídico composto pelo agente competente, mais a presença de um procedimento, firmado pela publicação, e geral, pelo fato de que em seu consequente é estabelecido uma relação jurídica de observância obrigatória.

O autor classifica os veículos introdutores conforme a norma jurídica, ou seja, conforme o agente credenciado pelo sistema capaz de alterar as estruturas do universo jurídico brasileiro.

Desse modo, para justificar racionalmente o órgão credenciador de algumas normas, Tárek Moussallem, classifica os veículos introdutores em: veículos introdutores-legislativo, veículo introdutor-executivo, veículo introdutor-particular e o veículo introdutor-judiciário, composto de normas concretas e gerais expedidas pelo poder judiciário.

Nesses termos, a fim de responder os questionamentos levantados no início desta pesquisa, trataremos de analisar a figura do veículo introdutor-judiciário a partir do ingresso de um precedente judicial no ordenamento jurídico, através deste examinaremos a possibilidade do “judiciário” inserir no direito positivo normas gerais e abstratas.

3. PRECEDENTE JUDICIAL – SUA CONCEITUALIZAÇÃO A PARTIR DO PROCESSO INTRODUTÓRIO DE FONTES DO DIREITO

No início desta pesquisa, uma reflexão fora lançada: Seriam os precedentes fontes do Direito?

Por tudo já exposto, entende-se que a única fonte do direito é a atividade de enunciação, contudo, antes de desviar o problema fontes do produto para o processo desse produto, conceitualizaremos o termo precedente, e sua análise sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, a fim de explicar o que aqui se pretende desenvolver.

Sabe-se que o sistema brasileiro jurídico, é predominantemente *Civil Law*, todavia, percebe-se que, diante das transformações no ordenamento jurídico nacional, como, por exemplo, a influência do sistema *Common Law*, é possível notar, principalmente na atuação do judiciário, e após o Código de Processo Civil de 2015, características marcantes do sistema jurídico derivado da Inglaterra me-

21 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p.127.

dieval.

Pois bem, o termo precedente é multiplamente vago e ambíguo, basta ser usado na função conotativa ou denotativa que padeçerá de tais características, apresentando assim objetos distintos.

Para efeito, Luis Guilherme Marinoni, esclarece que não se atinge o significado de precedente limitando-se a diferenciá-lo dos conceitos de decisão e súmula, de mais a mais se faz necessário considerar o conteúdo destes, e especialmente, em seu interior, verificar o posicionamento da Corte à respeito de dada questão jurídica²².

“Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente”, continua o autor²³:

[...] contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

A partir da aludida conceituação, abordaremos a expressão precedente partindo da definição trilhada por Marinoni, para quem, precedente seria a primeira decisão que, por maioria, decidiria ou definitivamente deliniaria a questão de direito, e a mensagem normativa, contida nos fundamentos justificadores da decisão, servirá como orientação para outros casos compatíveis.

Nesse contexto, é possível afirmar que precedentes são teses jurídicas, desenvolvidas pelos tribunais superiores, por maioria, baseadas em fundamentações de determinados casos (*ratio decidendi*), que passam a ser aplicadas a casos que se amoldem ao quadro fático dos precedentes, que serão decididos posteriormente.

Não obstante, por existirem posicionamentos doutrinários que desabonem a função dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, não nos aprofundaremos sobre tais divergências no presente trabalho.

Partindo do sentido de decisão judicial, em sentido amplo, diferenciaremos os precedentes persuasivos dos precedentes vinculantes/obrigatórios. Estes, como o próprio nome declara, exigem observância obrigatória a determinados fundamentos justificadores que foram adotados em uma decisão que caracterizou-se como precedente, envolvendo diretamente, neste caso, a capacidade e a liberdade de produção de linguagem jurídica acerca de uma decisão que se enquadra nos quadros fáticos ou normativos da fundamentação dos precedentes²⁴.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019. p.153.

23 MARINONI, *Ibidem*.

24 CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF: Pragmá-**

Assim, se o julgador possuir livre arbítrio para seguir os fundamentos dos precedentes, lhe será a atribuída a natureza de persuasivo, não possuindo, portanto, eficácia vinculante.

Em casos compatíveis, acaso o julgador não possua essa faculdade de seguir ou não o precedente, ou seja, os fundamentos de uma decisão não puderem ser ignorados, terá natureza obrigatória/vinculante, não havendo espaço para tergiversações, esta eficácia é direcionada a decisões proferidas nos procedimentos de recursos extraordinários, de recursos repetitivos, recursos especiais, nos casos de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

Luiz Guilherme Marinoni discursa que os precedente constitucionais são dotados de eficácia obrigatória, não importando se há controle concentrado ou não, sendo que a eficácia deverá estar fundamentada nos motivos determinantes da decisão, na realidade, e que “ao contrário do que se poderia imaginar numa primeira análise, a eficácia vinculante tem maior importância para o controle difuso do que para o controle concentrado, já que, nesse último, ao menos a parte dispositiva da decisão possui eficácia geral”.²⁵

Feitas tais observações e voltando para o problema “fontes do direito”, podemos afirmar que, os juízos/tribunais, a quem incube a função de uniformizar a aplicação do direito, ao firmar uma decisão, como precedente, ao nosso vê, estarão criando direito, como bem registra Tárek Moussallem²⁶:

Já assentamos que os juízes são órgãos ejetores de normas, pois aplicam o direito por meio do expediente da norma secundária. Como toda aplicação do direito é criação do direito e vice-versa, não resta outra saída senão afirmamos que os juízes criam direito. Ressalta-se que, quando falamos que aplicar é criar direito, estamos referindo-nos a atividade de aplicação (enunciação) e não o produto-aplicação (enunciado).

Quanto à observação do professor Tárek de que “os juízes são órgãos ejetores de normas, pois aplicam o direito por meio do expediente da norma secundária”, tal enunciando será examinado em paralelo ao tema de precedentes judiciais.

Logo verifica-se que neste caso que, a atividade jurisdicional exercida pelos juízes é a “atividade de enunciação,” e que precedente, nada mais é que o

tica da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing). São Paulo: Editora Noeses, 2018. p. 72.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019. p.153, 298.

²⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 151.

“documento normativo” posto no sistema pelo veículo introdutor (enunciação-enunciada).

Isto posto, questiona-se, teriam os precedentes judiciais (enunciados-enunciados) o condão de introduzir no sistema do Direito Positivo uma nova norma geral e abstrata?

3.1. PRECEDENTES JUDICIAIS E O NASCIMENTO DE UMA NOVA NORMA GERAL E ABSTRATA

Pois bem, em linhas anteriores tratamos de diferenciar precedentes vinculantes/obrigatórios dos precedentes persuasivos, justamente com intuito de nos aprofundarmos neste assunto, dentro deste subtópico, a fim de responder a indagação acima externada.

A respeito do precedente vinculante, pondera José Renato Camilotti²⁷ que:

O caráter de observação compulsória e adoção de sua fundamentação para o caso em apreço pela autoridade julgadora, independentemente de concordância com sentido decisório, é pedra de toque de um sistema jurídico que adote a vinculação dos precedentes como uma das balizas de seu sistema de decisões.

Com efeito, a observação aos precedentes vinculantes, bem com a sua adoção, é absolutamente obrigatória, ainda que o julgador ou órgão judicial, a considere incorreta.

Para além da consistência teórica aqui apresentada, a vinculação de tais precedentes se deve a inovação trazida pelo legislador ordinário federal, no Código de Processo Civil - CPC/2015²⁸, artigo 489, mais precisamente nos incisos V e VI, do parágrafo 1º, destacados a seguir:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o

27 CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF: Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)**. São Paulo; Editora Noeses, 2018. p.76.

28 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. p. 73.

caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Seguindo ainda as diretrizes do Novo Código de Processo Civil²⁹, tem-se o mandamento do artigo 927, impondo aos Juízes e Tribunais, a observância aos cinco incisos que ali vem discriminado. Observa-se, nos referidos incisos, que 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.

Tais artigos, causaram impacto no rumo do sistema de direito positivo, pois percebe-se que o legislador, ao exigir a fundamentação determinante para o uso do precedente ao caso concreto, acabou por criar uma nova regra de estrutura para as decisões judiciais, adotando, isto posto, um procedimento coercitivo.

Posto isto, e com o intuito de elucidar o questionamento trazido à baila neste item, achamos por bem abordar o conceito de “norma completa”, baseado nos ensinamentos do jurista e mestre Paulo de Barros Carvalho³⁰, que explica:

Na completude, as regras do direito têm feição dúplice: (i) norma primária (ou endonorma, na terminologia de Cossio), a que prescreve um deve, se e quando acontecer o fato previsto no suposto; (ii) norma secundária (perinorma, segundo Cossio), a que prescreve uma providência sancionatória, aplicada pelo Estado Juiz, no caso de descumprimento da conduta estatuída na norma primária.

Sopesando tal premissa, ainda quanto às normas, convém aqui também classificar as normas em quatro espécies, quais sejam: (i) normas gerais, (ii) individuais, (iii) abstratas e (iv) concretas.

29 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *ibidem*, p. 140.

30 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 36.

Nos dizeres de Aurora Tomazini, normas gerais são aquelas que, em seu consequente, não haverá individualização dos sujeitos da relação, já as normas individuais, contém em seu consequente, elementos que individualizam os sujeitos da relação; quanto às normas abstratas, a autora discorre que, normas abstratas serão aquelas que em seu antecedente, haverá a descrição de acontecimentos passíveis de ocorrência, e já as normas concretas, possuirá em seu antecedente um fato já ocorrido, um fato passado.³¹

Logo, retornando à linha de raciocínio que precedentes vinculantes são teses jurídicas, baseadas em fundamentações de determinados casos, aplicados a casos similares, que serão decididos posteriormente, entende-se que, as normas que se caracterizam como precedentes vinculativos, consolidados após a vigência do CPC/2015, por serem de observância obrigatória, possuem o condão de inserir no sistema jurídico, norma com status de geral e abstrata.

Esta norma será geral, pois não haverá sujeitos determinados, e abstrata, pelo fato que terá em seu antecedente, um enunciado hipotético descritivo de um fato, trata-se de um fato que ainda irá ocorrer. E se assim não for, caberá ao órgão julgador, fundamentar que o caso em questão não é similar, e não se encaixa nas características determinantes do precedente, a fim de não invalidar a sua decisão judicial.

Explica-se, o Recurso Extraordinário - RE 574.706³² (precedente vinculante), fixou em sua decisão judicial que, para fins de cálculo das contribuições do Programa de Integração Social-PIS/Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS, os valores arrecadados pelas empresas a título de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços-ICMS não incorporam o patrimônio do contribuinte e, desse modo, não podem integrar a base de cálculo das citadas contribuições, assim, a partir da decisão supramencionada, temos um enunciado hipotético descritivo de um fato (os valores arrecadados a título de ICMS não integrará a base de cálculo das contribuições PIS/COFINS) e uma regulação da conduta de todos aqueles submetidos, quais sejam, os contribuintes do PIS/COFINS, como sujeitos passivos, e a união, como sujeito ativo, quanto a apuração de tais contribuições.

Neste exemplo, percebe-se que a tese “criada” pelo Supremo Tribunal Federal -STF, desprende-se do processo e equipara-se a uma verdadeira lei. A tese, conforme já citado, seria a hipótese da norma.

31 CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 667.

32 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **RE: 574706 PR**, Relator: LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO, Data de Julgamento: 13/12/2007, Tribunal Regional Federal, Data de Publicação: 02/01/2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2585258>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

Desse modo, visualizamos um caráter dúplice na figura do precedente vinculativo, onde, do julgamento do precedente teríamos “uma norma individual e concreta”, e a partir deste julgamento, ao elaborar-se a tese, ou seja, a norma que se caracteriza como precedente vinculante, esta norma passa a ganhar *status* de geral e abstrata, servindo para casos futuros.

Convém mencionar, que diferentemente dos países que adotam o sistema jurídico do *Common Law*, onde os precedentes para tornarem-se uníssimos, são formados a partir de decisões reiteradas à respeito de um determinado tema/fundamento, no Brasil, como no caso exposto, existe a possibilidade de um julgado já nascer “precedente”.

Quanto à observação ao enunciado do professor Tárék Moussallem³³ “já assentamos que os juízes são órgãos ejetores de normas, pois aplicam o direito por meio do expediente da norma secundária” trazido à baila no tópico anterior, entendemos que, desde a edição de sua obra “Fontes do Direito Tributário”, houve notáveis modificações no ordenamento jurídico, onde o poder judiciário apenas interviria em casos que houvesse sua provocação com o consequente descumprimento da norma primária.

Nesse ponto, a Suprema Corte, ao inserir no sistema de direito positivo uma norma que caracterize precedente vinculante, crava no mundo jurídico um enunciado-enunciado, como se norma primária fosse. Dito isto, trazendo o RE 574.706 novamente como exemplo, se ocorrer um fato A (apuração da contribuição do PIS/COFINS), então o dever-ser da conduta B será excluir o ICMS da base de cálculo destas contribuições no momento de sua apuração.

Não se trata apenas de uma questão de fundamento de validade da norma, mas sim uma mudança de paradigma, extrai-se da decisão a *ratio decidendi*, “norma geral e abstrata”, possuindo a clássica estrutura lógica de hipótese descritora e consequente prescritor, que servirá de base para todos os outros casos futuros dotados de similaridades fáticas e/ou normativa, com observância obrigatória tanto para os tribunais, quanto para os sujeitos envolvidos na relação jurídica.

Sob este último ponto, convém mencionar os dizeres de José Renato Camilotti³⁴:

Nesse sentido, a hermenêutica de um sistema de direito positivo, na vigência de leis que imponham normas que caracterizem precedentes vinculantes, sofre uma espécie de mudança paradigmática.

33 MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 151.

34 CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF: Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)**. São Paulo: Editora Noeses, 2018. p.72.

A atividade de interpretação não pode ser feita apenas com vistas às normas jurídicas cujos veículos introdutores sejam lei em sentido estrito; o hermeneuta jurídico deve atentar-se ao direito dos tribunais, aos precedentes vinculantes, metainterpretações de lei que passam a ser.

Nesse contexto, é possível afirmar que o estado-juiz ao inserir no sistema jurídico uma norma que caracterize precedente vinculante, também denominada de metainterpretações de lei, não terá uma atuação sancionatória, mas sim, atuará na prescrição de um dever-ser, possuindo o condão de inserir no mundo jurídico uma norma (*ratio decidendi*) com efeitos de “norma primária”, geral e abstrata.

CONCLUSÃO

Tomando o direito como linguagem, nesta pesquisa, definiu-se o termo “fontes do direito” como a atividade de enunciação, ou seja, atividade produtora de normas, que “nasce” através de um acontecimento de ordem social, associado ao ato de vontade humana e à execução de um procedimento específico realizado por um agente competente.

A partir deste ponto, entendeu-se que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo, sem que haja uma atividade de enunciação, e sem que seja introduzida por outra norma, o que denominamos de veículo introdutor de normas.

Nessa toada, ao esmiuçar o processo produtor das normas (enunciação), observou-se que a enunciação-enunciada, composta por dados que revelam as marcas de produção da norma, e o enunciado-enunciado, que é constituído pelos demais enunciados que não nos remete às marcas de produção da enunciação, podendo ser normas jurídicas, gerais e abstratas, como também individuais e concretas e até mesmo individuais e abstratas, são produtos da atividade de enunciação.

Com base neste pressuposto, compreendeu-se que as normas nascem aos pares, tendo-se sempre uma norma introdutora e uma norma introduzida, o que nos afastou a possibilidade de entender que as leis, os costumes, a jurisprudência e a doutrina, seriam fontes do direito. Percebemos que os mesmos, seriam na realidade, os enunciados-enunciados, inseridos no mundo jurídico por um veículo introdutor de normas.

Nesta lógica, observou-se que os precedentes, assim como a lei, os costumes, a doutrina e a jurisprudência, conforme o nosso sistema de referência já estabelecido, não seriam fontes do direito, mas sim produtos da atividade psicofísica

produtora de normas.

Embasados em tais premissas, estabeleceu-se que precedentes vinculantes são teses jurídicas, desenvolvidas pelos tribunais superiores, por maioria, baseadas em fundamentações de determinados casos (*ratio decidendi*), que passam a ser aplicadas a casos que se amoldem ao quadro fático dos precedentes, que serão decididos posteriormente.

Conclui-se que, os tribunais superiores possuem o condão de inserir no sistema jurídico, uma norma individual e concreta, que seria a decisão que deu base a formação do precedente vinculante, como também, a partir da “*ratio decidendi*”, criada pelo precedente vinculante, inserir no mundo jurídico uma norma com status de norma primária, servindo para casos similares e futuros, sendo portanto geral e abstrata.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITTO, Lucas Galvão. O Constructivismo Lógico-Semântico aplicado ao estudo do Direito. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructivismo Lógico-Semântico**. São Paulo: Editora Noeses, 2014. v. I.

BRITTO, Lucas Galvão. **Tributar na era da técnica**: Como as definições feitas pelas agências reguladoras vêm influenciando a interpretação das normas tributárias. São Paulo: Editora Noeses, 2018.

CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes Judiciais em matéria tributária no STF**: Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). São Paulo: Editora Noeses, 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Aurora Tomazini. O Constructivismo Lógico-Semântico aplicado ao estudo do Direito. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructivismo Lógico-Semântico**. São Paulo: Editora Noeses, 2020. v. III.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de direito tributário**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o Constructivismo Lógi-

co-Semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Construtivismo Lógico-Semântico**. São Paulo: Editora Noeses, 2014. v. I.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 10. ed. São Paulo: Saraivas, 2015.

FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÕES, Argos Compos Ribeiro. Entre a enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado: uma questão temporal. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructivismo Lógico-Semântico**. São Paulo: Noeses, 2020. v. III.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **RE: 574706 PR**, Relator: LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO, Data de Julgamento: 13/12/2007, Tribunal Regional Federal, Data de Publicação: 02/01/2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2585258>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.