

LENIO LUIZ STRECK

PRECEDENTES JUDICIAIS E HERMENÊUTICA

O sentido da vinculação
no CPC/2015

5ª edição

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

2. OS PRECEDENTALISMOS BRASILEIROS: DO *STARE DECISIS* ÀS CORTES DE VÉRTICE

Chamar de *commonlização* certa doutrina brasileira dos precedentes não é exagero retórico. Há(via) muitos doutrinadores que sustenta(va)m teses abertamente sob esse epíteto, ou algo parecido. E mais do que isso: o *stare decisis* (que é a doutrina que sustenta o *common law*) já está até explicitado em tese sacramentada pelo ministro Edson Fachin, recentemente em voto em Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal. Quero demonstrar, tecnicamente, que essas teses são incompatíveis com a Constituição e com a teoria jurídica contemporânea.

Sustentando essas posições commonlistas ou precedentalistas, há doutrinadores como Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart, que, entre outras coisas, dizem que:

[...] os juízes e tribunais interpretam para decidir, *mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao Direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas*. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do

significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao Direito, *estão obrigados perante o precedente*.²¹ (Grifos meus.)

Essa e outras citações estarão no centro deste debate. Dividirei essa reflexão em três blocos:

(1) o problema “metodológico” da teoria dos precedentes no que diz respeito à cisão entre interpretação e aplicação;

(2) o equívoco de se pensar que a força vinculante do precedente está na sua razão da autoridade e não pela qualidade das suas razões somada à equivocada recepção do *stare decisis* no sentido de que o precedente nasce para vincular, ao invés de vincular contingencialmente; e

(3) a demonstração de que o dever de coerência e de integridade não significa a incorporação irrefletida de uma “teoria dos precedentes”.

Ao trabalho, pois.

Leio que a Presidente do Superior Tribunal de Justiça disse que o STJ deveria ser o tribunal das teses relevantes. Isto porque o STJ deveria julgar menos e mais rápido². Daí a necessidade, segundo a Presidente, de se aprovar a PEC 209/2012, que introduz a relevância na admissibilidade dos recursos especiais. A proposta também prevê que se houver uma súmula impeditiva de recurso, não será possível questionar uma decisão baseada nela.

-
1. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.
 2. Veja-se interessante crítica feita por Sergei Arbex e Fernando Lacerda: Transformar STJ em “tribunal das teses relevantes” é antidemocrático. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 09 set 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-09/transformar-stj-tribunal-teses-relevantes-antidemocratico>>. Acesso em: 29 out 2016.

Querem transformar o nosso Direito em um “sistema” de precedentes e teses. O Ministro Luís Roberto Barroso, do STF, é entusiasta das “teses”. Como se precedente fosse uma tese ou uma tese fosse igual a um precedente. Na verdade, por trás disso, há uma tese, consciente ou inconsciente, de cunho realista:³ querem substituir o Direito posto (leis, Constituição Federal) por teses feitas pelas Cortes Superiores. Ou “decretar” – como fez o ministro Edson Fachin no RE 655.265 – que já vivemos, com o novo CPC, no *common law* porque adotamos o *stare decisis*. Resultado: o Direito é aquilo que as Cortes Superiores dizem que é. E as decisões são resultantes de um ato de vontade. É o que sustentam os adeptos da tese de que os tribunais superiores devem ser Tribunais de Precedentes. Ou Cortes de Vértice.

Com efeito, do que se depreende do voto do ministro Fachin e parte da doutrina nacional, a doutrina do *stare decisis non quiet movere* já está implantada. Típica importação acrítica do elemento central do *common law*. Resultado: em vez de interpretação de leis e de casos, tudo se resumirá à aplicação de teses feitas por *Cortes de Vértice* (a expressão consta do voto e foi cunhada pela doutrina aqui analisada e criticada).

Enquanto isso, no STJ já se anuncia a criação de um “núcleo para a consolidação do sistema de precedentes do novo CPC”. Também para o STJ existe um “sistema de precedentes” (demonstrarei cabalmente que essa tese é equivocada e não tem respaldo no CPC e na CF). Eis os fatos se precipitando

3. Sobre o sentido de *realismo jurídico*, consultar o respectivo verbete em STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Casa do Direito, 2017.

e formando a tempestade perfeita. Como Alexandre Bahia vinha avisando há anos, a Constituição do Brasil diz que o Judiciário julga “causas”. Mas parece que fomos derrotados. As palavras da Constituição nada valem. Tudo se resume a uma aplicação utilitarista do Direito para resolver seus problemas numérico-quantitativos.

Vejam que não questiono, obviamente, a necessidade de se dar maior racionalidade ao sistema de justiça brasileiro. Batalho por isso há anos. É claro que algo vai mal quando se admitem, por exemplo, muito mais recursos extraordinários do que se consegue julgar em um ano (para fazer referência, aqui, a outra tese do Ministro Barroso). E, lido adequadamente, parece-me que o CPC/2015 poderia oferecer, com seu contraditório e seu dever de fundamentação fortalecidos, uma mudança efetiva do modelo deliberativo dos tribunais, que viabilizaria, com integridade e coerência, uma estabilidade legítima e a inibição da litigiosidade aventureira. E nesse sentido, veio muito bem o novo CPC a exigir que a jurisprudência seja íntegra, estável e coerente (artigo 926), para que se gerem expectativas aos cidadãos sobre suas reais chances e se possa vislumbrar o uso de recursos meramente protelatórios.

Também é inquestionável que Brasília tem se tornado uma verdadeira “terceira instância” de análise de casos que não têm, sei bem, maior transcendência social ou jurídica (conflitos individuais, patrimoniais, disponíveis etc.). Estamos de acordo com relação ao diagnóstico. É um lugar comum, e não é sem motivo que isso é assim, falar em “crise do Judiciário”⁴ e

4. PEDRON, Flávio Quinaud. Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do judiciário”: a diminuição de recursos é mesmo uma solução? **Revista Brasileira de Direito Processual**. a. 16, n. 62, abr./jun. 2008.

quetais. *Mas quem sabe haja caminhos que não passem por um “desmonte” da arquitetura constitucional de nossas instituições?*

É assim que, sugiro, devem ser lidas estas minhas reflexões: como uma colaboração, desde a trincheira dos constitucionalistas “conservadores” como eu – hermeneutas que acreditam que os textos jurídicos devem ser levados a sério – para o interessantíssimo debate público que vem sendo deflagrado em torno do assunto. *Este livro traz, mais do que críticas, uma homenagem aos pensadores do Direito do Brasil, mesmo que com eles eu discorde.* E penso estar acompanhado da cepa de processualistas como Dierle Nunes, Marcelo Cattoni, Francisco Borges Motta, Rafael Tomás de Oliveira, André Karam Trindade, Lucio Delfino, Georges Abboud, Nelson Nery Jr. (para falar só destes) – *eles não aceitam nem que vivamos um “sistema de precedentes” e nem que o Judiciário possa legislar.* Defendem a mudança de racionalidade no uso de julgados dos tribunais que deva partir da busca de uma eficiência que não desmonte o devido processo constitucional e que evite o isolamento de cortes supremas em relação ao restante da comunidade jurídica.

Qual é o *busilis*? Explico: face à ausência de racionalidade na aplicação das leis, parcela de processualistas passaram a defender a tese de que o novo CPC se abriu para a *commonlização* do Direito. E, para tanto, entendem que devem haver Cortes de Precedentes que façam teses, que se tornam vinculantes para o restante do sistema. Detalhe: em nenhum momento seus defensores demonstram que, mesmo no *common law*, as cortes superiores são tribunais de julgamento de teses ou tribunais que produzam teses em abstrato ou generalizantes.

No Brasil, parte da doutrina – e acima já se viu uma amostra – pensa assim: já que, como está, não dá mais, o

melhor a fazer é delegar para o STF e o STJ o poder de fixar as teses, que servirão de precedentes. Essas teses/precedentes valerão por terem autoridade e não pelo seu conteúdo. É disso que se trata. E é disso que tratarei. Vou mostrar, inclusive, que “o que está aí” é culpa dessa mesma doutrina.

Minhas críticas continuam com a mesma matriz que sempre lidei: juiz não constrói leis. Não produz Direito. Nem o STF ou o STJ produzem Direito. Mas isso não significa que o juiz ou tribunal não realizem ato de interpretação na aplicação do Direito.

O que fez com que chegássemos a esse patamar de irracionalidade aplicativa foram coisas como: a despreocupação com a decisão jurídica, a aposta no protagonismo judicial, a aposta no “decido conforme minha consciência”, a concordância com o “livre convencimento”, o incensamento de teses autoritárias como as de que “a decisão judicial é um ato de vontade”, o “ponderativismo”, o “pamprincipiologismo”, etc.

Penso que não será, agora, mediante a delegação da adjudicação de sentido para Cortes de Vértice⁵ que resolveremos o problema. Interessante é que os mesmos que defendem o *commonlismo* são os que sempre apostaram no protagonismo judicial. É o fantasma de Oskar Büllow arrastando suas correntes pelos castelos jurídicos.

De todo modo, parece difícil convencer os processualistas que defendem essas teses. Eles trabalham com uma perspectiva utilitarista. Não importa se isso gera transferência de poder excessivo às pretendidas Cortes de Vértice [*sic*]. O que importa

5. Parece haver um problema com a nomenclatura das Cortes de Vértice. Em trigonometria, todo lado do triângulo é vértice. O ponto da base também é vértice e não somente o “cume” ou pico.

é que “funcionará”. Até já se diz que esse “sistema” é tão útil que a sua inconstitucionalidade é irrelevante.

Como se percebe, a utilidade está acima da Constituição. A constitucionalidade cede terreno para a funcionalidade. Os fins justificam os meios. E já adianto um diagnóstico pessimista: conhecendo o Brasil, há grande chance dessa tese ser vencedora. Teremos um “sistema” de produção de teses abstratas e gerais – em uma imitação da *pandectística* (ou sua vulgata) – que, embora inconstitucional porque inverterá a disposição dos poderes no tocante à legitimidade de produção do Direito, funcionalmente será aceita. E à doutrina, restará ser caudatária das teses e dos precedentes. Ou das duas coisas.

A tese dos *commonlistas* brasileiros é velha e vem lá do século XIX: uma mistura de positivismo clássico (a parte francesa da proibição de interpretar e também a parte alemã, porque os aludidos precedentes-tipo-teses-gerais brasileiros têm cheiro de neopandectismo), de realismo (empirismo jurídico = Direito é o que o Judiciário diz que é) e uma forte pitada de jurisprudência analítica (Direito é o comando daquele que detém autoridade). Eis o produto.

Pretendem uma transição tardia: ao mesmo tempo em que se abandona o juiz boca da lei (o que, cá para nós, isso é muito velho; já tinha sido superado por Kelsen, Hart e todos os positivistas pós-exegéticos, sem falar nos pós-positivistas e não positivistas que lhes sucederam), quer-se, aqui, a institucionalização de um realismo de segundo nível ou grau: Cortes que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) boca-dos-precedentes (ou teses). Ou seja, o boca da lei troca de nome e função.

Em seguida, poderemos dispensar o Parlamento. E, como perceberão, até mesmo os juízes, aos poucos, poderão ser

reduzidos em número e afazeres: eles estarão desonerados de fazer juízos de validade sobre o Direito. Restará a aplicação subsuntiva.

Nos capítulos que seguem, vou demonstrar que a tese dos *commonlistas*, ao contrário do que dizem, não reforça o artigo 926 do CPC (cuja inclusão no CPC protagonizei), mas, sim, viola esse dispositivo. Mostrarei que a pretensa funcionalidade da tese é a sua própria disfuncionalidade. Nessa linha, tive a pachorra de recorrer a todo o CPC para ver se encontrava guarida dogmática para as teses dos *commonlistas*⁶ e/ou defensores de Cortes de Precedentes e/ou defensores de que as Cortes de Vértice emitam teses gerais e abstratas (ou contendo os casos pré-interpretados). Examinei a lei, a Constituição e a teoria do Direito *lato sensu*. Não é difícil demonstrar que essas teses não somente não encontram guarida na teoria do Direito como na própria dogmática.

Estamos em uma encruzilhada. Como no livro de Lionel Shriver (*We Need to Talk about Kevin*), nós “precisamos muito falar sobre o futuro do nosso Direito”. Para muitos, isso pode ser chato. Mas, creiam, estou discutindo também o seu futuro, caro leitor. Preocupa-me seriamente essa guinada realista (no sentido do realismo empiro-ceticista) que parte da doutrina está protagonizando. Prestemos muita atenção.

6. O epíteto “commonlistas” é absolutamente respeitoso; do mesmo modo que epítetos como kelsenianos, dworkinianos, hermeneutas, constitucionalistas, etc.

9. POR QUE LUTO?

Há coisas muito simples. Um precedente – ou seja, o nome que se dê a um enunciado com pretensão generalizante – não nasce para vincular. Ele obriga contingencialmente (dimensão da integridade).

Contudo, muitos de meus respeitáveis interlocutores traçam uma distinção entre o papel a ser desempenhado pelas chamadas “Cortes de Vértice” e o trabalho dos demais juízes e tribunais. Segundo entendi, os tribunais superiores devem agir como “Cortes Supremas”, definidoras de grandes linhas jurisprudenciais a respeito de pontos controversos ou polêmicos, projetando, assim, soluções para o futuro. Ou para isso também teremos que estabelecer uma “tese”, uma vez que isso que estou compreendendo não é exatamente o que meus interlocutores queriam dizer? Quando meus interlocutores dizem que as Cortes De Vértice ou Cortes de Precedentes é que definem o precedente (inclusive como um “ato de vontade”) e os juízes e tribunais de piso devem obedecer, eu entendi isso mal?

Neste sentido, deixo claro que o que entendi foi o seguinte: seriam as “Cortes e Precedentes”, encarregadas da formulação de teses ou proposições com vetor normativo vinculante, responsáveis pela orientação do trabalho das “Cortes de Justiça”. Ou

seja, estas “Cortes” “adjudicariam” o Direito a casos concretos, visando a solucioná-los com “justiça”, de forma harmônica, o quanto possível, com a unidade do Direito.

Também entendi que o andar de baixo deve simplesmente adotar o que as Cortes de Vértice disseram sobre a lei e a CF. Seu trabalho é apenas o de fazer juízos de facticidade. Enfim, fazer subsunções. Isto fica claro no dizer de um dos autores (Mitidiero), *verbis*:

“a autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes”¹.

Mutatis, mutandis, o que os defensores dessas teses precedentalistas querem dizer é que um precedente *vale porque tem autoridade e não porque tem determinado conteúdo*. Simples assim. Mas, então, qual é a diferença dessa tese de Mitidiero daquilo que está no positivismo de Austin, que

-
1. As melhores críticas ao livro **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, SP: RT, 2013, de Mitidiero, são feitas por Georges Abboud, *in verbis*: “É louvável a iniciativa do autor em dedicar a obra exclusivamente para explorar a função das Cortes Superiores. Ocorre que, com a devida vênia, a obra contém equívocos de nomenclatura, filosóficos e hermenêuticos que nos impedem de concordar com as conclusões apresentadas pelo autor. Basicamente, o autor incorre nos dois principais equívocos que têm sustentado as recentes reformas legislativas: (i) a obra está pautada num resgate de um *realismo jurídico primitivo*, como se o direito pudesse ser restrito aquilo que decidem os Tribunais Superiores, no caso do Brasil, STF e o STJ; (ii) o foco do problema do Judiciário é todo deslocado para as Cortes Superiores e sua padronização decisória, sem se preocupar com uma teoria da decisão judicial que anteceda o recrudescimento dos poderes dos Tribunais Superiores. A tese foca-se em apenas um dos vértices o superior, ignora a questão do ativismo e da discricionariedade, questões cujo desenlace é fundamental para se trabalhar com reformas legislativas ou propostas doutrinárias que contribuam para aumentar o poder dos Tribunais Superiores”. (Processo Constitucional Brasileiro, SP: RT, 2016, n. 5.4., p. 537.)

disse algo parecido no século XIX? Para relembrar: o Direito é o resultado da vontade estatal (no caso de Marinoni *et al.*, resultado da adjudicação de sentido feita pelas Cortes de Vértice ou Cortes de Precedentes), seja qual seja o seu conteúdo dado por essas Cortes (aqui valeria um olhar sobre Albert Dicey com seu *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*).

Mas veja-se o imbróglio disso. Se de um lado a tese de Mitidiero se próxima disso que Austin dizia “a existência de uma lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra” (basta, no caso, substituir “lei” por precedente ou “tese”), sabemos que o realismo jurídico *inverteu* isso. Um giro de 180 graus. No realismo (que é o positivismo fático ou jurisprudencialista), o sentido não está na lei (texto) e, sim, na decisão judicial. Christopher Langdell foi um dos baluartes do realismo. Eis o empirismo. E, conseqüentemente, eis o não cognitivismo ético, como diria Arthur Ferreira Neto.²

Parece, pois, que os defensores das teses precedentalistas, ao deslocarem o sentido para a decisão das Cortes de Vértice, adotam a matriz realista. Mas, de novo, temos um problema: O realismo é também conhecido como empirismo jurídico. Ele precisa do caso. Sempre. Mas, no caso dos precedentalistas brasileiros, o caso é desnecessário (paradoxalmente). Isto porque as Cortes de Vértice tecerão a tese ou o precedente para balizar tudo o que vier no futuro. Para Mitidiero, seguindo Taruffo e sua tese que lhe induziu estas confusões, o caso é um reles pretexto³. Como sair dessas contradições?

2. Sobre não cognitivismo ético, ver FERREIRA NETO, Arthur. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, pp. 141-150.

3. MITIDIERO. *op. cit.*, p. 31.

Quando insisti junto ao Parlamento para que fosse incluído no artigo 926 – e minha tese foi vencedora – minha intenção era de que déssemos uma racionalidade às decisões. O combate era ao voluntarismo e à discricionariedade judicial e não uma proibição de interpretar. Integridade no cumprimento da lei e coerência na sua aplicação. Não inclui as palavras “íntegra e coerente” para que disso se extraísse a tese de que isso significava adotarmos o *stare decisis*. Pela simples razão de que:

- a) a CF ainda diz que são poderes da república o legislativo, o executivo e o judiciário e não o contrário;
- b) a CF ainda diz que todo poder emana do povo e não das cortes de vértice e nem dos enunciados do CNJ, STJ, ENFAM, FONACRIM, FPPC ou qualquer outro órgão, oficial ou oficioso.

Este livro é uma defesa do Estado Democrático de Direito. É uma defesa da jurisdição constitucional.

Este livro é uma defesa das prerrogativas de juízes e tribunais da República (falo, na especificidade, de todos os tribunais que deverão, segundo as teses precedentalistas, se curvar aos precedentes e teses abstratas e gerais).

Este livro é uma defesa das carreiras jurídicas, que ficarão reféns de teses (abstratas e gerais ou o nome que tenham) para os quais não contribuíram e nem puderam influenciar.

Este livro é uma defesa da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e do Direito.

Este livro é uma defesa dos cursos jurídicos que não se curvam à standardização e que deverão se unir à minha luta pela preservação do caráter democrático do Direito.

Este livro é, fundamentalmente, uma defesa da doutrina jurídica. Porque é um brado a favor da tese de que “a doutrina deve voltar a doutrinar”, frase que, há alguns anos, disse em seminário em Portugal, apontando para o perigo de que a doutrina brasileira estava se transformando em uma glosa de decisões fragmentárias e fragmentadas dos tribunais.

Este livro tem, pois, um caráter contra majoritário. Talvez porque, como constitucionalista, acredite que a Constituição, seja, mesmo, um remédio contra maiorias. Quando um certo realismo jurídico (direito é o que o judiciário – em especial, Tribunais do Andar de Cima da pirâmide judiciária – diz que é) começa a tomar forma, permito-me invocar o artigo (*A Senda do Direito de Holmes desemboca no Brasil*⁴) do catedrático e magistrado de Málaga, Calvo Gonzales, no qual sou homenageado: *luto todos os dias contra a profecia de Holmes*.

4. GONZÁLEZ, José Calvo. A senda do direito de Holmes desemboca no brasil. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 21 out 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-12/jose-gonzalez-senda-direito-holmes-desemboca-brasil>>. Acesso em 30 out 2016.

10. AMPLIANDO O DIÁLOGO – MINHA TRÉPLICA

Escrevo estas linhas depois de, se me permitem a brincadeira, resgatar este livro, no apagar das luzes. É que esta obra já se encontrava em sua fase final de editoração quando, como se diz popularmente, aos quarenta e nove minutos do segundo tempo, tive uma feliz notícia. A notícia de que, em alguma medida, meu convite ao diálogo fora aceito.

Sou um hermeneuta, todos sabem. E, enquanto tal, valorizo o diálogo. Retomando Gadamer, digo, como ele, que seria um mau hermeneuta aquele desejasse ter a última palavra. É por isso que, quando meu convite é aceito, tenho um dever epistêmico de dar prosseguimento ao que se inicia.

Além de hermeneuta, sou jurista. Todos disso também sabem. E, enquanto tal, transito em fóruns, encontros, congressos, colóquios, enfim, participo ativamente daquilo que compõe a comunidade jurídica e acadêmica. Naturalmente, isso pressupõe encontros, tanto com aqueles que partilham de minha(s) visão(ões) sobre as coisas quanto com aqueles que se opõem a ela(s). Isso faz com que tudo valha ainda mais a pena.

Faço essa digressão porque, em um desses encontros acadêmicos – e agradeço ao Professor Darci Guimarães Ribeiro

quem proporcionou o encontro na Escola Superior da Advocacia do Rio Grande do Sul –, entrei em contato com um de meus adversários teóricos (e isso é um elogio, sem qualquer ironia). Encontrei-me com Daniel Mitidiero, um dos mais notórios precedentalistas. Disse a ele que, muito em breve, lançaria um livro – este que você lê agora, leitor – criticando suas teses sobre o CPC e o sistema de precedentes. Sua resposta foi a de que a mais nova edição de seu *Precedentes*¹ já havia saído, com críticas a mim. Tudo às claras. Como deve ser.

É por respeitar o debate, por respeitar o diálogo, por respeitar meus adversários teóricos enquanto adversários dignos de resposta é que atendi ao chamado do dever epistêmico de trazer o livro de volta da editoração. Para que mais algumas palavras fossem ditas. Eis aqui, pois, a *tréplica* ao que o Professor Daniel Mitidiero trouxe a mim como resposta. Meu contra-contra-ataque a seu contra-ataque. Vamos a ele.

Na p. 34 da nova edição de seu livro, Mitidiero diz que Georges Abboud e eu teríamos incorrido em erro ao dizer, em meio a uma de nossas críticas ao precedentalismo brasileiro, que, no séc. XVIII, no *common law*, viveu-se a época da criação do direito pelos juízes. Mitidiero diz – acertadamente, é bem verdade – (i) que, para a teoria clássica do *common law*, os juízes *declaravam* o direito existente e (ii) que a ideia de *judge-made law* surge apenas posteriormente, em autores como Bentham. Ora, nunca negamos que a teoria clássica se baseava em uma espécie de teoria declaratória;² todavia, disso não se segue que autores como Sir Coke e Hale *estavam certos* ao compreender a atividade dos juízes ingleses como mera declaração de um

1. MITIDIERO, op. cit. 3. ed., revista, atualizada e ampliada.

2. Sobre isso, ver STRECK; RAATZ e MORBACH, op. cit.

direito preexistente. Ou Mitidiero subscreve à doutrina clássica do *common law*? Evidente que não.

Na p. 55, Mitidiero diz, respondendo aos críticos (em geral, mas eu me incluo), que a tese precedentalista não pretende impor a mentalidade jurídica de outros países, mas desenvolver uma teoria crítica voltada às necessidades do direito brasileiro. Tudo bem. Mas ninguém negaria que o precedente *é* oriundo do *common law*, assim como a intenção de “desenvolver uma teoria crítica voltada às necessidades do direito brasileiro” não me impede de *criticar essa teoria crítica*. Dê-se o nome que se quiser a essa introdução de um “sistema de precedentes” no direito brasileiro, teremos, de qualquer modo, as consequências desse fenômeno. Por exemplo, vingando a tese proposta por Mitidiero, os tribunais superiores alteram a sua função tradicionalmente exercida, passando a estabelecer teses (chamemos de precedentes) para controlar decisões no futuro. Nesse sentido, parece claro que há uma tentativa de imposição de uma tese estrangeira. Observe-se: isso não é ruim. Teses relevantes do direito estrangeiro devem servir para aprimorar o nosso Direito. E sempre serão bem-vindas. O que discordo é que essa importação diga respeito ao *common law*. E que essa importação chegue aqui com viés autoritário, uma vez que a tese das Cortes de Vértice ou Corte de Precedentes provoca(rá) uma imposição de conceitos jurídicos com pretensão legislativa.

Na p. 81, Mitidiero diz que a doutrina brasileira dos precedentes jamais teria atribuído um caráter infalível às Cortes Supremas, e que a autoridade de seus “precedentes” emana da Constituição e da legislação. Porque os precedentes, diz Mitidiero, “encarnam o significado que é atribuído ao direito”. Respeitosamente, divirjo. “Encarnar o significado que é atribuído ao direito”? Isso não diz muito. Se diz algo, apenas