

LENIO LUIZ STRECK

PRECEDENTES JUDICIAIS E HERMENÊUTICA

O sentido da vinculação
no CPC/2015

6ª edição

Revista e
atualizada

2025



EDITORA
JusPODIVM

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*.¹ (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 deve 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.

3. CRÍTICAS ÀS TESES PRECEDENTALISTAS – DE COMO NÃO HÁ COMO FUGIR DA INTERPRETAÇÃO

Estabelecemos as bases das teses pelas quais o Judiciário se transformará (ou se transformaria) em um sistema em que os tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) se transformariam em cortes de precedentes ou vértice, segundo fez constar, inclusive, o ministro Edson Fachin em voto no RE 655.265. De minha parte, apoio qualquer ideia que dê coerência e integridade ao Direito¹.

-
1. A integridade é entendida a luz de Ronald Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessa *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética a qualquer forma de voluntarismo, ativismo e discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, *não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”*, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do perso-

Entretanto, preocupa-me a transformação do STJ e STF em cortes de vértice, conforme explicitarei.

Falei do acórdão do RE 655.265, no qual o STF fez constar que o artigo 926 introduziu uma vinculação ao estilo *stare decisis*; o STF disse também que o CPC estabeleceu um sistema de precedentes vinculantes e que a corte de vértice está vinculada aos próprios precedentes e, ao final, estabelece uma “tese” com pretensão generalizante.

Mas, afinal, qual é a relação de um *stare decisis* com um sistema de precedentes à brasileira e a elaboração de “teses” vinculantes? O precedente é a tese? A tese é o precedente? Insisto em dizer que no *common law* isso não ocorre e não é assim. Mais: no *common law*, precedentes não são construídos para, a partir de teses, vincular julgamentos futuros². Problema: se o Direito é o que o Judiciário, por suas cortes de vértice, disser que é, a quem reclamar? Caberia à doutrina contestar.

nagem – *não fosse condição para a construção do capítulo seguinte*. Portanto, ao contrário do que dizem alguns precedentalistas, Dworkin não autoriza uma correção moral do direito (aliás, nesse sentido tem isso em comum com Joseph Raz). Mas isto nem de longe possibilita o enquadramento de Dworkin como um “cognitivista” (formalista) como, equivocadamente, afirma Guastini. Cf. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011. p. 409. Na verdade, Dworkin é, sim, um cognitivista, mas jamais no sentido que Guastini (para falar só dele) entende. O cognitivismo de Dworkin é no sentido da metaética. Ou seja, antitético ao conceito descritivista (ato de conhecimento) referido por Guastini. Veja-se como a teoria do direito faz a diferença, clareando os conceitos.

2. Importante: Lá, precedentes são “principium” e, não, “telos” da discussão. Cf. RE, Edward D. *Stare Decisis*. **Revista dos Tribunais**, a. 83, v. 702, p. 7-13, abr. 1994; CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 62. Não esqueçamos que Castanheira Neves travou uma batalha similar a esta que travamos por aqui: ele derrotou o instituto dos assentos, espécie de súmulas portuguesas.

Só que parcela da doutrina concorda com (ess)a precedentalização do Direito e com a mudança do papel de nossos tribunais superiores, o que, se ocorrer, dar-se-á ao arrepio de nosso arranjo constitucional – inclusive porque somente a Constituição pode estabelecer competências para os poderes, bastando lembrar que o famoso caso *Marbury v. Madison* (1803) versou justamente sobre isso.

E este é um pressuposto ineliminável: a Constituição e o modo como ela estabelece o funcionamento de nossos tribunais. Taruffo, inclusive, em um texto recente, afirma ser uma tarefa de notável dificuldade desenvolver um discurso homogêneo e generalíssimo sobre o papel destas cortes em razão das diferenças de competência, estrutura, de composição e de modalidades de funcionamento que cada um possui³. Por exemplo, se na Suprema Corte o *certiorari* é um “pretexto”⁴, em face da autorização normativa de juízos discricionários de admissibilidade (*Rule 10* das *Rules of the Supreme Court*) – apesar de que isto não é utilizado para julgar e formar teses por lá –, *no Brasil, os recursos extraordinários são impugnações para o julgamento de “causas”* (artigos 102 e 105, CF/88) e nunca poderão ser interpretados como uma autorização de formar teses como comandos gerais e abstratos para resolução de casos repetitivos.

Nunca é demais lembrar que não há entre nós a figura do “recurso só no interesse da lei”. Ademais, se não bastasse a diversidade de estruturas normativas e institucionais, a história e racionalidade decisória da Suprema Corte é completamente

3. TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In. TARUFFO, Michele, et al. **La misión de los tribunales supremos**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 231.

4. Id. Ibid. p. 238-239.

diversa de nossos tribunais superiores. Em seu novo livro sobre a invocação de precedentes estrangeiros pelos juízes nacionais, embora defenda o papel virtuoso da comunicação de entendimentos judiciais, Maurício Ramires faz notar que um dos perigos do entusiasmo desmedido com as experiências estrangeiras é justamente o da sua descontextualização pela falta de familiaridade com os outros sistemas judiciais⁵.

E, por fim, Taruffo afirma que “o precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem sequer na Inglaterra e muito menos nos Estados Unidos. Com maior razão – e independentemente da eventualidade que se considere a jurisprudência como fonte do Direito – *deve excluir-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de civil law*”. E complementa Taruffo: “Qualquer intenção de atribuir tal eficácia ao precedente está então destituída de fundamento: se poderá falar só de força do precedente entendendo que esta possa ser maior ou menor segundo os casos, de modo que se terá um precedente forte quando possua a capacidade de determinar efetivamente a decisão de casos sucessivos, e um precedente débil quando os juízes sucessivos tendam a não lhe reconhecer um grau relevante de influência sobre suas decisões”.

Ou seja, o próprio Taruffo reconhece o caráter argumentativo da aplicação de precedentes e a impossibilidade de fechamento como se permitiria mediante algumas respeitáveis leituras por aqui⁶. E, para não esquecer: o CPC fala que juízes e tribunais “observarão”. Não há a palavra “vinculação”.

-
5. RAMIRES, Maurício. **Díálogo Judicial Internacional** – O Uso da Jurisprudência Estrangeira pela Justiça Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 253.
 6. Na mesma obra, Mitidiero afirma, em perspectiva realista-ceticista (p. 99), que atuação da “Corte Suprema” se dirige ao futuro (p. 95) sendo uma “corte

Com efeito, não se pode mesmo dar uma eficácia formalmente vinculante às decisões judiciais, equiparando-as perigosamente à atividade legislativa. E, mais do que isso, é preciso atentar: o perigo do “juiz-legislador” pode existir ainda quando se nega terminologicamente que ele esteja exercendo essa função. Parece-me, respeitosamente, ser o caso dos Professores Hermes Zanetti e Carlos Pereira⁷.

Compreendo que os referidos autores estejam preocupados em dizer justamente o contrário, isto é, que as funções do legislador e do Judiciário são distintas. Porém, sem que eles percebam, acabam atribuindo ao Judiciário um papel de *criar “normas gerais e concretas” com aptidão e conformar situações futuras de maneira vinculante como se lei fossem*. Minha discordância com Zanetti reside justamente na ideia de que decisões vinculantes possam ser catalogadas, indistintamente,

de interpretação do direito e não uma corte de controle das decisões” (p. 107) que “se autogoverna” (!) (p. 111). Pondera ainda que “tendo a interpretação da corte suprema *valor em si mesma* (!?!), sendo o móvel que legitima sua existência e outorga sua função (!?!). Um eventual dissenso em sua observância por seus membros e por outros órgãos jurisdicionais é encarado como um fato grave, uma falta de respeito e como um ato de rebeldia ante sua autoridade, que deve ser evitado e, sendo o caso, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação.” – destacamos. Ainda no referido texto, afirma que: “A cultura jurídica subjacente a este modelo encara com naturalidade o fato que a última palavra acerca do significado do direito seja confiada à corte suprema.” MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vertice- cortes superiores y cortes supremas. In. TARUFFO, Michele. et al. **La mision de los tribunales supremos**. p. 108 e 103.

7. ZANETTI, Hermes; PEREIRA, Carlos. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?** Disponível em <https://www.academia.edu/28271350/Por_que_o_Poder_Judici%C3%A1rio_n%C3%A3o_legisla_no_modelo_de_precedentes_do_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_de_2015?auto=download>. Acesso em: 29 out 2016. Zanetti também é autor do importante livro sobre o tema: **O valor vinculante dos precedentes**. 2. ed. Juspodivm: Salvador, 2016.

como normas gerais para o futuro e como precedentes, fazendo com que a jurisprudência possa, como ele diz, *ser alçada à condição de fonte primária do Direito junto à legislação*. Por isso, indago: como podem ser fonte primária se visam, sob a ótica especialmente de Zanetti, justamente reduzir o grau de “equivocidade”⁸ ou de “textura aberta” da lei – justamente o ponto de partida para que sejam criados os denominados “precedentes”? Não haveria aí uma contradição? E esses “precedentes” passariam a ocupar o mesmo lugar e patamar da lei no ordenamento jurídico, *mesmo que equivocados*? Como assim? Então, alguém deve dar a última palavra e essa “decisão interpretativa” *acabaria valendo mais que a própria lei*? E, fundamentalmente: *por que é que um texto (um precedente) geraria menos “problemas” interpretativos que outro texto (uma lei)*? Além disso, no final do artigo, Zanetti e Pereira assumem a posição realista (como também fazem alguns dos seguidores desta proposta)⁹.

Aliás, fora do realismo jurídico (moderado ou não), torna-se difícil (ou impossível) sustentar esse tipo de tese. Isso no plano da teoria do Direito, é claro. Mas aí é que está o problema. E por quê? Porque tudo está a indicar que as teses precedentistas não constituem teoria do Direito e, sim, apenas teoria política. O que os autores fazem é uma tentativa de rearranjo institucional. Preocupam-se com “quem deve decidir” e não com o “como se deve decidir”. Até porque não há qualquer novidade em dizer que o positivismo clássico está superado, que as palavras da lei são plurívocas, que texto jurídico e norma são coisas diferentes, etc. É uma tese normativa de teoria política

8. Mesma tese de MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 98 e 113.

9. MITIDIERO, Daniel, op. cit. p. 99.

acerca de quem deve decidir e por que essas decisões valem por sua autoridade e não pelo seu conteúdo. Nesse sentido, há uma aproximação com o convencionalismo, porque, ao que se vê, o precedente integra a convenção. Posto o precedente, ele vale. Está na convenção (é apenas nesse ponto em que aparece um resquício de teoria jurídica na tese precedentalista).

Ou seja, o que fica claro – e parece ser um ponto central das teses precedentalistas – é que as cortes de vértice elaboram o material normativo básico e, dentro dessa moldura (por assim dizer), escolhe-se a norma mais justa dentre os sentidos permitidos pelos precedentes. Ou seja, ao que se pode entender, o conceito de interpretação fica restrito, como forma de criação e atribuição de sentido, às cortes de vértice. Parece haver uma intencionalidade, com propósitos distintos do agente político que ocupa o vértice em relação àqueles que estão abaixo: um cria material normativo novo, fixando uma dentre as possíveis interpretações possíveis do material jurídico básico; os demais (do andar de baixo) adotam o precedente (o ponto final de alguma controvérsia interpretativa) como já integrante desse material normativo básico, explorando seus novos sentidos possíveis, com uma dupla missão: manter a unidade do Direito e fazer “justiça”, dentro das balizas normativas. Presente, aí, a tese da convencionalidade.

Como expliquei em outra oportunidade, juntamente com Bruno Torrano¹⁰, com isso, corremos sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, *dedicado a proclamar a*

10. TORRANO, Bruno. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 26 set 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>>. Acesso em: 29 out 2016.

verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário (“O Direito é aquilo que os Tribunais dizem que o Direito é”), e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo.

Por isso, penso ser arriscado defender um papel tão amplo – e poderoso – para as cortes superiores sem antes nos ocuparmos de uma teoria da decisão jurídica, dos mecanismos de controle, públicos, intersubjetivos, e da qualidade dessas decisões. Se a corte vai “normar”, parece-me ser sempre útil invocar, para demarcar as diferenças entre juiz e legislador, a distinção entre os *argumentos de princípio* (obrigatórios para os primeiros) e *argumentos de política* (no caso da tese dos precedentistas, permitidos os segundos). O que quero dizer é que, se for assim, *que pelo menos esta norma (precedente) seja gerada por princípio* e não por um ato de vontade (Kelsen é quem diz que o juiz faz um ato de vontade – e não quero crer que alguém queira dar razão à Kelsen nesta quadra do tempo).

De pronto, quero dizer que não estou tratando de precedentes como decisões que já nascem com aptidão de vincular para o futuro e que sejam espécies de “normas gerais” ou “razões generalizantes”. Sei que nem todos os autores equiparam “precedentes” às súmulas e IRDR. Marinoni, Mitidiero e Arenhart, por exemplo, dizem que não são iguais. Porém, buscam definir o que é um precedente e acabam chegando em algo muito parecido ao que dizem que não é precedente. De todo modo, o debate também serve para esclarecer estas dúvidas.

Daí minha cautela no ponto, para reconhecer, por óbvio, que Marinoni, Mitidiero e Arenhart sempre falaram que os precedentes são diferentes da SV e do IRDR. A meu favor,