

LUIZ GUILHERME MARINONI

PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

4.^a edição revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**



© desta edição [2016]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [11-2015]
Profissional
Fechamento desta edição [11.11.2015]



ISBN 978-85-203-6594-6

SUMÁRIO

PREFÁCIO À 4.ª EDIÇÃO	9
PREFÁCIO À 1.ª EDIÇÃO	11
CAPÍTULO I – APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE <i>CIVIL LAW</i> E DE <i>COMMON LAW</i> E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL.....	23
1. Introdução	23
2. <i>O common law</i> : as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição	24
3. <i>Common law</i> e <i>stare decisis</i>	29
4. Criação judicial do direito em virtude da omissão do Legislativo?	31
5. Criação judicial do direito como consequência do <i>stare decisis</i> ?	33
6. Estabilidade da interpretação judicial da lei no <i>common law</i> : o precedente interpretativo	33
7. Verdadeiro significado da <i>law-making authority</i>	34
8. Da “supremacy of the English Parliament” ao “judicial review” estadunidense	37
9. Um esclarecimento: os diferentes significados de “supremacia do Parlamento” na Inglaterra e na França.....	40
10. A superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo e as concepções de <i>judge make law</i> e de <i>juge bouche de la loi</i>	42
11. O juiz como “bouche de la loi”	43
12. A proibição da interpretação da lei, o <i>référé législatif</i> facultativo e o surgimento da Cassação	48
13. A aplicação estrita da lei como garantia da segurança e da igualdade	50
14. O individualismo do juiz do <i>civil law</i>	53
15. O impacto do constitucionalismo no <i>civil law</i>	54
16. O controle da constitucionalidade da lei no Brasil	59
17. A imprescindibilidade dos precedentes obrigatórios no sistema de controle difuso de constitucionalidade.....	60

18. O juiz diante dos conceitos indeterminados e das normas abertas.....	65
19. <i>Judge make law</i> e decisão judicial na ausência de lei no <i>civil law</i>	67
20. A nova dimensão da interpretação jurídica	74
21. A atribuição de sentido ao direito federal infraconstitucional e o precedente como meio para a tutela da igualdade e da segurança jurídica. A função do STJ.....	77
22. A aproximação entre os sistemas do <i>civil law</i> e do <i>common law</i> e a imprescindibilidade de respeito aos precedentes no direito brasileiro.....	79
CAPÍTULO II – DISCUSSÃO SOBRE A OPORTUNIDADE DE RESPEITAR PRECEDENTES ...	83
1. Noção de precedente.....	83
1.1 Precedente e experiência	83
1.2 Precedente e exemplo.....	84
1.3 Precedente e costume	85
1.4 Precedente, poder e respeito ao passado	86
1.5 O precedente visto em relação ao futuro	87
1.6 Precedente, fatos e direito	88
1.7 Precedente obrigatório e precedente persuasivo.....	88
1.8 Eficácias vertical e horizontal dos precedentes	94
2. Razões para seguir precedentes.....	95
2.1 Precedente e segurança jurídica	95
2.1.1 Estado de Direito e segurança jurídica.....	95
2.1.2 Previsibilidade	97
2.1.3 Estabilidade	101
2.1.4 A relação entre duplo grau e respeito aos precedentes na dimensão da segurança jurídica	102
2.1.5 Tutela da segurança jurídica e da confiança	106
2.1.6 A coisa julgada e o precedente vinculante diante da tutela da segurança jurídica e da confiança	108
2.1.7 Precedente e coisa julgada <i>erga omnes</i>	109
2.2 Precedente e igualdade.....	110
2.2.1 Princípio da igualdade e sua incidência	110
2.2.2 Igualdade perante a jurisdição: igualdade no processo, igualdade ao processo e igualdade diante das decisões judiciais	111

2.2.3. Igualdade perante a lei e igualdade perante a interpretação judicial da lei	114
2.3. Coerência da ordem jurídica	124
2.3.1. A lógica do sistema estruturado sobre tribunais e recursos	124
2.3.2. O respeito à hierarquia	126
2.3.3. A coerência na afirmação da ordem normativa	126
2.4. Controle do poder do juiz. Garantia de imparcialidade	128
2.5. Possibilidade de orientação jurídica	131
2.6. Definição de expectativas	132
2.7. Desestímulo à litigância	133
2.8. Favorecimento de acordos	134
2.9. Despersonalização das demandas. Maior facilidade de aceitação da decisão ..	135
2.10. Racionalização do duplo grau de jurisdição	136
2.11. Contribuição à duração razoável do processo	137
2.12. Economia de despesas	138
2.13. Maior eficiência do Poder Judiciário	138
3. Argumentos contrários à força obrigatória dos precedentes	139
3.1. Obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais	139
3.2. Óbice à realização da isonomia substancial	142
3.3. Violação do princípio da separação dos poderes	144
3.4. Violação da independência dos juízes	148
3.5. Violação do juiz natural	152
3.6. Violação da garantia de acesso à justiça	152
CAPÍTULO III – DA COMPREENSÃO E DA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES	155
1. Introdução	156
1.1. Primeiras considerações	156
1.2. Precedente e decisão judicial	156
1.3. Precedente e súmulas	158
1.4. A coisa julgada diante das questões. A decisão que favorece terceiros	159
2. <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> no <i>common law</i>	161
2.1. <i>Ratio decidendi</i>	161

2.2. <i>Obiter dictum</i>	167
2.3. A <i>ratio</i> como proposição suficiente ao alcance da “decisão”	171
2.4. Significado de julgado com duas <i>rationes</i>	173
2.5. Particularidade do <i>common law</i> : a <i>ratio decidendi</i> como solução do caso..	176
2.6. A consideração dos julgados anteriores. A importância da adequada visualização da <i>ratio decidendi</i>	177
2.7. A formação paulatina da <i>ratio</i>	179
2.8. A interpretação da <i>ratio</i> : os pontos de direito.....	180
2.9. A interpretação da <i>ratio</i> : os fatos do caso e os que foram considerados no precedente.....	180
3. Elaboração dos conceitos de <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> no direito brasileiro...	182
3.1. A importância dos fatos e os precedentes interpretativos	182
3.2 Particularidades dos precedentes no direito brasileiro.....	184
3.3 A <i>ratio decidendi</i> como premissa à solução de questões e não simplesmente de casos.....	186
3.4 Relação entre a identificação do precedente e a eficácia preclusiva da coisa julgada.....	188
3.5 Da coisa julgada <i>erga omnes</i> à eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão: o precedente no controle concentrado.....	194
3.6 Elementos para a caracterização da <i>obiter dicta</i> no direito brasileiro	200
3.7 A fundamentação das decisões em nova perspectiva	205
3.7.1 A fundamentação das decisões na tradição do direito processual civil	205
3.7.2 A extensão da eficácia vinculante aos fundamentos como consequência da compreensão da função e da importância dos precedentes ..	206
3.7.3 Motivos determinantes e <i>ratio decidendi</i>	208
3.8 Coisa julgada, eficácia <i>erga omnes</i> e eficácia vinculante: a ênfase à <i>ratio decidendi</i>	209
4. <i>Distinguishing</i>	230
4.1 A questão no <i>common law</i>	230
4.2 O desenvolvimento do direito mediante a extensão e a limitação dos precedentes	233
4.3 Problemática do <i>distinguishing</i> diante de particulares técnicas de aplicação de precedentes.....	236
4.3.1 Técnica da sinalização.....	236

4.3.2	<i>Transformation</i>	243
4.3.3	<i>Overriding</i>	245
4.3.4	A elaboração de distinções inconsistentes	248
5.	Revogação dos precedentes (<i>overruling</i>).....	251
5.1	Critérios para a revogação de precedentes.....	251
5.2	<i>Anticipatory overruling</i>	260
5.2.1	Primeiras considerações.....	260
5.2.2	Fundamentos para o <i>anticipatory overruling</i>	261
5.2.3	Razão de ser do <i>anticipatory overruling</i>	264
5.2.4	Argumentos favoráveis e desfavoráveis à antecipação do <i>overruling</i> ..	264
5.2.5	Perspectivas no direito brasileiro	268
5.2.6	As súmulas e o <i>anticipatory overruling</i>	268
5.3	Os efeitos da revogação do precedente	269
5.4	Retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada material e revogação de precedente	273
CAPÍTULO IV – OS PRECEDENTES NO CPC DE 2015		283
1.	O art. 927 do CPC/2015 e os pronunciamentos que devem ser observados pelos juízes e tribunais.....	284
1.1.	Introdução	284
1.2.	Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.....	285
1.3.	Acórdãos em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (ver, <i>infra</i> , item 6)	285
1.4.	Súmulas vinculantes e súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	286
1.5.	O caráter exemplificativo do art. 927 do CPC/2015.....	288
2.	Jurisprudência x Precedente	288
2.1.	Precedente e jurisprudência uniforme perante as Cortes Supremas.....	288
2.2.	A função dos tribunais de apelação em face da função das Cortes Supremas: jurisprudência e precedente	290
3.	Decisão do recurso x precedente	291
3.1.	O julgamento colegiado nas Cortes Supremas.....	291

3.2	Majoria em relação ao resultado e maioria quanto ao fundamento: decisão do recurso e precedente	293
3.3	Compatibilização entre a função de resolver os casos e a função de elaborar precedentes	294
4.	Os precedentes no Supremo Tribunal Federal	297
4.1	Significado de precedente no Supremo Tribunal Federal	297
4.1.1	A decisão proferida no controle difuso	297
4.1.2	Da interpretação de acordo com a Constituição: a irracionalidade em vincular a eficácia vinculante ao controle concentrado	299
4.1.3	Sobre a relação entre a eficácia vinculante e a suspensão da lei pelo Senado Federal	299
4.1.4	Tutela da confiança diante da revogação de precedente x “lei ainda constitucional”. A técnica da “lei ainda constitucional” como suporte da possibilidade da revogação do precedente de inconstitucionalidade	301
4.1.5	A decisão proferida em controle concentrado como precedente constitucional	304
4.2	A repercussão geral no recurso extraordinário	305
4.2.1	Repercussão geral e eficácia vinculante	305
4.2.2	Eficácia vinculante da decisão acerca da repercussão geral	307
4.3	Súmulas	309
4.3.1	A compreensão das súmulas no direito brasileiro	309
4.3.2	As súmulas do Supremo Tribunal Federal	310
4.3.3	A “súmula vinculante”	312
5.	Os precedentes no Superior Tribunal de Justiça	313
5.1	O dever de uniformizar a interpretação da lei federal	313
5.2	O Superior Tribunal de Justiça como Corte de Interpretação e, por consequência, como Corte de Precedentes	315
5.3	As decisões do Superior Tribunal de Justiça como precedentes obrigatórios	317
5.4	A reclamação como meio de tutela da autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça	317
6.	O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos	321
6.1.	Incidente de resolução de demandas repetitivas	321

6.1.1	Meio processual para resolução de litígios de que derivam casos em massa e sistema de precedentes das Cortes Supremas: decisão <i>erga omnes</i> e precedente	321
6.1.2	Coisa julgada sobre questão	322
6.1.3	<i>Non-mutual collateral estoppel</i> . A possibilidade de o terceiro alegar a proibição de rediscutir a questão já decidida no direito estadunidense	323
6.1.4	Violação do direito constitucional de participar em contraditório ...	326
6.1.5.	Solução para a preservação da técnica processual	328
6.2.	Recursos extraordinário e especial repetitivos	330
6.2.1.	Compreensão dos recursos extraordinário e especial repetitivos enquanto meios que viabilizam a elaboração de precedentes	330
6.2.2.	Direito ao recurso especial e necessidade de enfatizar o contraditório	332
6.2.3.	Participação dos legitimados e do Ministério Público Federal e compensação da não participação dos recorrentes	334
6.2.4.	Significado de questão delimitada e submetida a julgamento	336
7.	O art. 489, § 1.º, V e VI, do CPC/2015, a <i>ratio decidendi</i> ou os “fundamentos determinantes” e o <i>distinguishing</i>	337
7.1.	Introdução	337
7.2.	Necessidade de ter em conta os fundamentos determinantes e, portanto, a <i>ratio decidendi</i> . Significado	338
7.3.	Obrigações de demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos “fundamentos determinantes”	339
7.4.	Deixar de seguir precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento	340
7.5.	Deixar de seguir precedente sem demonstrar a superação do precedente ...	340
8.	O <i>distinguishing</i> nas Cortes Supremas	341
8.1.	<i>Distinguishing</i> no Supremo Tribunal Federal	341
8.2.	Contextualização do <i>distinguishing</i> adotado no Supremo Tribunal Federal em face das técnicas de tratamento de precedentes aplicadas nos Estados Unidos	352
8.3.	A questão dos “casos conflitantes” no Superior Tribunal de Justiça	353
9.	Critérios para a revogação de precedente e efeitos no tempo da decisão revogadora (art. 927, §§ 3.º e 4.º, do CPC/2015)	357

9.1. Critérios para a revogação de precedente e ônus da argumentação	357
9.2. Modulação dos efeitos da decisão revogadora diante da transformação da função das Cortes Supremas.....	359
9.3. A “confiança justificada” como critério para a modulação dos efeitos da decisão revogadora	360
9.4. Meios para a regulação dos efeitos temporais.....	361
9.5. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade e da revogação de precedente	361
10. A modulação de efeitos nas Cortes Supremas.....	362
10.1. A questão dos efeitos prospectivos no Supremo Tribunal Federal.....	362
10.2. Efeitos prospectivos no Superior Tribunal de Justiça	368
V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	377