VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO I

EDUARDO MANUEL VAL

HAIDEER MIRANDA BONILLA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597
Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/ UNHwN;
Coordenadores: Eduardo Manuel Val, Haideer Miranda Bonilla – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-390-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Judicial. 4. Sistema de proteção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO I

Apresentação

(Aguardando o envio do texto de apresentação produzido pelos coordenadores deste Grupo de Trabalho)

DEMOCRACIA E PRECEDENTE VINCULANTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO BRASIL

DEMOCRACY AND BINDING PREVIOUSNESS IN THE CIVIL PROCEDURE CODE IN BRAZIL

Celso De Albuquerque Silva [1]

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar como a ampliação da vinculação aos precedentes judiciais prevista no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 é um instrumento de reforço ao princípio democrático. Para tanto, realiza uma comparação do conceito de democracia nos tempos antigos com o conceito da atualidade. Ainda, conecta a democracia ao valor liberdade e ao princípio da maioria e conclui que a vinculação aos precedentes judiciais por representar uma autocontenção do judiciário na interpretação do direito funciona como mecanismo de legitimação das decisões políticas do legislador democrático.

Palavras-chave: Democracia direta, Democracia representativa, Princípio da igualdade, Estado democrático, Princípio majoritário

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze how the extension of the linkage to judicial precedents provided for in the Code of Brazilian Civil Procedure of 2015 is an instrument to reinforce the democratic principle. To do so, it makes a comparison of the concept of democracy in ancient times with the concept of actuality. Moreover, it connects democracy with the value of freedom and the principle of majority and concludes that the link to judicial precedents for representing a judicial self-restraint in the interpretation of law functions as a mechanism for legitimizing the political decisions of the democratic legislator.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Direct democracy, Representative democracy, Principle of equality, Democratic state, Majority principle

[1] Procurador Regional da República da 2ª Região. Doutor pela PUC-Rio. Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO.

1. INTRODUÇÃO.

A palavra democracia não possui um sentido único, um conceito unívoco, podendo assumir tantas significações quantos forem os conteúdos que a esse vocábulo se agreguem. Por tal razão, como nos relembra José Nun, sua noção tenha se desfigurado no tempo, sendo essa a explicação para o fato da literatura sobre o tema não ter outro remédio que não o de buscar socorro nos epítetos diversos de democracias a exemplo de transicionais, delegativas, de baixa intensidade, relativas, incertas ou, inclusive, com uma significativa perversão vocabular, democracias autoritárias (NUM, 2000, pp. 11).

Em verdade, a noção de democracia é problemática desde o princípio em função da própria dubiedade do significado da palavra *demos*: Em um sentido o vocábulo se referia ao conjunto dos cidadãos; em outro, designava a massa do povo, ou seja, os pobres, os incapazes, analfabetos e até mesmo os malfeitores.

O vocábulo democracia, união de dois conceitos: *demos*, o povo e *kratos*, governar, foi cunhado na Grécia, muito provavelmente em Atenas. Apesar disso, ou talvez exatamente por isso, é importante salientar que naquela cidade-estado grega, "embora a palavra *demos* em geral se referisse a todo o povo ateniense, às vezes significava apenas a gente comum ou apenas o pobre. Às vezes *demokratia* era utilizada por seus críticos aristocráticos como uma espécie de epíteto para mostrar seu desprezo pelas pessoas comuns que haviam usurpado o controle que os aristocratas tinham sobre o governo" (DAHL, 2001, pp. 22).

Isso explica porque os filósofos gregos que mais trataram sobre o tema da democracia fossem verdadeiramente antidemocráticos. Consideravam que a democracia, por representar o governo dirigido pelo povo ao qual se atribuíam não qualidades, mas o vício da licenciosidade, do desregramento, da incompetência, da intolerância e da ignorância, não podia ser considerada como uma forma ideal de governo.

Platão, no oitavo livro da República, ao descrever a democracia a expõe como uma forma de governo popular que conduz a um estado de desagregação social. Aristóteles seguindo na mesma senda ao discorrer sobre as diversas formas de governo, distinguindo os bons dos maus, reserva para a democracia a qualificação de mau governo popular, pois que coloca a sociedade como refém de uma massa despreparada, incompetente, demagoga, corrupta e ignorante.

Na atualidade, a democracia consagra um valor altamente positivo. Na quadra vivenciada pelas sociedades contemporâneas não há regime algum, por mais autoritário, por mais autocrático que seja, que não queira ser reconhecido como "democrático".

Bobbio (2000, pp.375) chega a afirmar que, a julgar pelo modo como hoje qualquer regime se autodefine como democrático, poderíamos dizer que no mundo já não existem regimes não democráticos. Todos os regimes atuais, embora a seu próprio e específico modo de configuração, seriam democráticos. Atualmente é politicamente correto ser democrático e agregar ao governo uma conotação positiva que a democracia antigamente não ostentava.

Outra diferença relevante do pensamento atual quando comparado com a ideia antiga de democracia que talvez decorra da apropriação generalizada do termo democracia por diferentes formas de regimes políticos, reside no fato de que não se pode falar em verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais assegurados na constituição e blindados por um forte esquema de proteção judicial.

Os direitos fundamentais, em um Estado Democrático de Direito como se constitui a República Federativa do Brasil nos exatos termos do artigo 1º de nossa Carta Política, se caracterizam, dentre outros importantes aspectos, por desempenharem multifacetadas funções no seio da sociedade e da ordem jurídica que a regula.

Tomando por base essa multiplicidade de funções, os direitos fundamentais podem ser classificados em três categorias, nomeadamente, como direitos de defesa, direitos de participação e direitos a prestação.

Os direitos de defesa constituem um estatuto negativo do cidadão frente ao Estado exatamente por comporem um complexo normativo que impõe ao Estado um dever de abstenção, de não interferência ou não intromissão no espaço reservado normativamente a parcela de autodeterminação do indivíduo. Os direitos de participação se consubstanciam nos direitos políticos e os direitos a prestação asseguram, de um lado, a atuação positiva do Estado na outorga de prestações materiais componentes do mínimo existencial e necessárias para garantir o integral respeito à dignidade da pessoa e de outro, o direito a prestações jurídicas, consistente na edição das normas jurídicas penais ou de normas de organização e de procedimento, através das quais se asseguram uma eficaz proteção que dê vida aos direitos fundamentais. (MENDES, 2010, pp.332-342)

A Constituição Federal de 1988 dispõe como direitos fundamentais a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e a segurança garantindo, ademais, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, que deverá ter uma duração

razoável sendo dever do Estado assegurar os meios que garantam a igualdade e celeridade da proteção judicial.

Referidos dispositivos constitucionais quando conjugados com o princípio da inafastabilidade controle judicial previsto no inciso XXXV do mesmo artigo 5º, que veda a dualidade de jurisdição, apontam para o dever fundamental do Estado de prover mecanismos de efetivação desses direitos através de um efetivo e eficaz acesso à justiça.

Nessa toada, como o acesso à justiça não prescinde de normas subjetivas regulatórias do processo judicial, o novo código de processo civil adotou vários institutos processuais que o qualificam como um instrumento altamente positivo de uma política pública concretizadora de um direito fundamental a prestação jurídica verdadeiramente voltada para a efetividade da jurisdição e um acesso privilegiado à justiça, notadamente daquela parcela da sociedade que dispõe de poucos recursos materiais para a defesa e proteção de seus direitos.

É nessa perspectiva que se procura analisar o papel que os precedentes vinculantes previstos no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 podem exercer como um instrumental de reforço ao princípio democrático.

2. DEMOCRACIA DOS ANTIGOS E DEMOCRACIA DOS MODERNOS

Quando se comparam as experiências democráticas antigas com as atuais, visualiza-se desde logo duas diferenças básicas. A primeira distinção entre os dois tipos de democracia refere-se a uma circunstância impensável para os gregos. A ampla participação de todos os cidadãos no processo de tomada de decisão. Em outro dizer, a inclusão política. Outra distinção fundamental entre a democracia dos antigos e a democracia dos modernos é que aquela era uma democracia direta, enquanto esta é uma democracia representativa. Em outro dizer: na democracia dos antigos todos os considerados cidadãos se reuniam para juntos deliberarem sobre os assuntos da vida política, enquanto que a democracia dos modernos se contenta em que os verdadeiros detentores do poder político – os cidadãos - escolham aqueles que serão seus representantes no processo de tomada de decisões políticas.

Curioso notar que o sistema representativo não possui raízes em práticas democráticas, sendo mais um artifício utilizado por governos não democráticos para facilitar a obtenção de rendas e outros recursos, especial embora não exclusivamente, para fazer frente a despesas com guerras. Catalina Vizcaíno (1998, pp. 272), analisando as origens do princípio da legalidade

tributária, cuja feição moderna exige autorização do parlamento para instituição ou majoração de tributos, nos dá um exemplo da utilização de um sistema representativo por um governo não democrático. Diz a jurista acolhendo lição de Sainz de Bujanda:

> "El origen del princípio se remonta al 31 de marzo de 1091, cuando Alfonso VI de España dirigió um documento al bispo y a los habitantes de León sobre la imposición de um tributo extraordinário a los infaziones y villanos, em cual especificaba que se lo imponía com el consentimiento de quienes habían de satisfacerlo. Se puede conjeturar que el consientimiento fue expresado em uma reunión de la Curia Regia, em la cual se habría redactado el documento y posiblemente contó com la asistencia de villanos com caráter muy excepcional, por la gravedade de las circunstancias".

Analisando o surgimento do modelo representativo, DAHL (2001, pp. 31) escreveu:

> "(...) de origens obscuras, aos poucos surgiu um parlamento representativo, que nos séculos futuros viria a exercer, de longe, a maior e mais importante influência sobre a idéia e a prática do governo representativo: o Parlamento da Inglaterra medieval. Menos um produto intencional e planejado do que uma evolução às cegas, o Parlamento emergiu das assembléias convocadas esporadicamente, sob a pressão de necessidades, durante o reinado de Eduardo I, de 1272 a 1307".

O sistema representativo, portanto, era inicialmente uma instituição não democrática, posteriormente enxertada na teoria e prática democrática, pois possibilitaria ao Parlamento, com a ampliação da base eleitoral representada, se transformar em um corpo mais representativo que atenderia aos objetivos democráticos. De outro lado, a representação obviava um problema insuperável da democracia direta quando transplantada para Estados dotados de grande extensão territorial; a impossibilidade física e temporal de reunir toda a população para a deliberação dos assuntos de interesse do governo. Sobre a representação democrática, Destutt de Tracy (1811, pp. 19) averbou: "a democracia representativa é a democracia viável por muito tempo e sobre um território de grande extensão".

A substituição da democracia direta pela representativa deveu-se, portanto, fundamentalmente por questão histórica e eminentemente prática: a impossibilidade de se reunirem rotineiramente todos os cidadãos dos complexos e territorialmente imensos Estados Modernos.

As condições históricas que se alteraram enormemente desde a transição da cidade-estado para os grandes Estados territoriais legitimaram a substituição da democracia direta pela representativa, mas não são suficientes para explicar a segunda distinção - da massiva inclusão dos cidadãos no processo político - o que só foi possível com a instauração de uma nova concepção moral do indivíduo que passou a ser reconhecido pela sua própria individualidade

dotada de direitos inalienáveis, consoante os postulados do iluminismo, dentre os quais ressai com proeminência o direito a ser tratado com igual consideração e respeito enquanto um ser dotado de razão e autonomia para decidir seu próprio destino.

Para essa nova concepção moral do homem foi de importância fundamental a filosofia jusnaturalista, que promovendo uma verdadeira revolução copernicana, transmudou súditos em cidadãos. Rompendo com a tradição clássica, o modelo jusnaturalista promove uma radical inversão de perspectiva na representação da relação política entre o Estado e o cidadão que é característica da formação do Estado Moderno.

Circunstâncias fáticas, históricas e uma nova filosofia sobre o homem possibilitaram, então, passar-se do paradigma democrático grego de democracia de assembléia para o paradigma moderno de democracia de representação, mas uma questão ainda resta em aberto. O que é a moderna democracia? É o que se buscará responder a seguir, em termos de conceito abstrato, não de concepção concreta.

3. O QUE É DEMOCRACIA?

Ao se iniciar esse tópico uma advertência é de suma importância. Não se pretende aqui responder de forma definitiva e ampla a pergunta sobre o que seja democracia. Um rápido bosquejo na literatura sobre o tema é suficiente para demonstrar que a essa pergunta têm sido dadas resposta assustadoramente diferentes. O que se pretende, então, é algo bem mais simples. Apresentar um quadro de modelo teórico acerca das características ideais que devem estar presentes para que se reconheça um governo como sendo democrático. Uma outra forma de dizer isso é afirmar-se que se está em busca de um conceito abstrato de democracia e não de uma concepção concreta e última dessa forma de governo.

Em termos de concepções, as respostas à pergunta são as mais variadas. Para uns, democracia é entendida como uma forma de governo que permite ao maior número de pessoas alcançar a "boa vida". É o caso da teoria utilitarista de Bentham ou da teoria protetora da felicidade do maior número de James Mill. Para outros, a democracia é a forma de governo que permite o desenvolvimento da natureza humana. Em sua concepção democrática, John Stuart Mill parte da teoria utilitarista, mas a ela agrega um valor moral de desenvolvimento da pessoa humana para criar o seu modelo moral de democracia. A seu turno, Joseph Schumpeter defende um modelo que concebe a democracia como um simples método político para escolha e

autorização de governos a serem disputados pelas elites, sem qualquer conteúdo moral. As diferenças entre esses modelos são de extrema importância, mas, afortunadamente, para a conclusão do raciocínio em curso não é necessário explicitá-las aqui (MACPHERSON, 1978).

O que se quer enfatizar é o papel central que certos valores básicos possuem na configuração e reconhecimento de um modelo teórico ideal de um governo democrático, independentemente da verificação concomitante de atual ou anterior existência desse governo em termos reais. Isso evitará as confrontações inevitáveis entre específicas e concretas concepções de democracia, ao tempo em que permitirá analisar da compatibilidade ou não dessa forma de governo com a adoção do efeito vinculante dos precedentes judiciais que é o objeto específico do trabalho.

Em termos de modelo teórico, DAHL (*Op. Cit.*, pp. 50) informa que Democracia é a forma de governo que proporciona oportunidades para: a) igualdade de voto, b) participação efetiva dos cidadãos na política, c) aquisição de entendimento esclarecido, d) exercício do controle efetivo do planejamento, e) inclusão dos adultos. O critério da letra "a" decorre direta e imediatamente do direito ao igual tratamento, consideração e respeito conferido a todo indivíduo enquanto pessoa humana. Os critérios das letras "b" e "c", embora também decorram mediatamente do princípio da igualdade, defluem do valor liberdade. De nada adiantaria possuir direito de igual voto se a pessoa não fosse livre para manifestar sua opinião em igualdade de condições, o que só pode ser alcançado efetiva e eficazmente se tiver oportunidades razoáveis para aprender sobre o assunto em discussão e sobre políticas alternativas. O critério da letra "d" é em verdade uma garantia de eficácia dos critérios das letras "a", "b" e "c", pois se o que fosse objeto de discussão e aprovação não estivesse em mãos de todos, mas apenas de uma pequena parcela da coletividade, essa "igrejinha" jamais poria em votação políticas que contrariassem seus interesses. O último critério, referente à inclusão de todas as pessoas capazes, está relacionado com a necessidade de, em uma sociedade pluralista, garantir-se voz para promover e proteger todos os interesses presentes na coletividade.

Nesse sentido mais abstrato, pode-se afirmar que democracia traz à mente a idéia de um autogoverno coletivo. Coletivo porque emana da totalidade (ou melhor, a quase totalidade, excetuados os incapazes e os que estejam de passagem) dos indivíduos que compõem o corpo social que, embora cidadãos dotados de individualidade, são também seres sociais não podendo ser considerados como mônadas isoladas. Embora único enquanto pessoa, o indivíduo só realiza plenamente seus fins na vida social.

A característica de um Estado Democrático reside na particularidade de estar estruturado em uma cidadania ativa a mais extensa possível, conduzindo a que o poder se exerça

em nome de contextos de sentido e valores políticos que os governados sentem como seus; como aportados ou, ao menos, ativamente aprovados por eles. Democracia é autodeterminação e isso só é possível em função do reconhecimento de que os cidadãos são iguais e livres.

O sufrágio universal presente nas modernas democracias é uma aplicação do princípio da igualdade na medida em que considera titularizados os direitos políticos, tanto pelos homens quanto pelas mulheres, tanto pelos pobres, quanto pelos ricos, tanto pelos letrados quanto pelos analfabetos. Também é uma expressão do princípio da liberdade, na medida em que se reconhece o direito de cada um de participar do poder político exercendo ativamente sua cidadania com o que transparece a sua autonomia, ou seja, a possibilidade conferida a um e a todos de orientar seu próprio querer num processo de tomada de decisão sem ser determinado pelo querer de outros.

Analisando os fundamentos da Constituição Portuguesa, Canotilho e Vital Moreira (1991, pp. 80), resumiram em três os fundamentos estruturantes do princípio democrático, a saber: a liberdade, a igualdade e a solidariedade social. Para José Afonso da Silva (1991, pp. 17), a democracia constitui instrumento de realização no plano prático dos valores da igualdade e liberdade.

Sinala Habermas (1997, pp. 220), que a função do Estado Democrático de Direito é "servir em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito". A idéia de democracia é uma síntese das idéias de liberdade e igualdade (KELSEN, 1995, pp. 281). Igualdade e Liberdade são, portanto, valores que servem de fundamento à democracia.

4. DEMOCRACIA E PRECEDENTES VINCULANTES

No presente tópico se pretende demonstrar que a adoção dos precedentes vinculantes para as decisões dos tribunais é uma consequência do princípio democrático, ou pelo menos, o que é uma tese mais débil, não é incompatível com a idéia de democracia. A argumentação, a exemplo do que vem sendo feito, se fará em ternos de modelo ideal e não de regimes democráticos reais, se bem que a abordagem empírica seria mais fácil e cômoda. Nessa hipótese, bastaria a remissão a experiências alienígenas da adoção desse instituto, *v.g.*, nos Estados Unidos, Grã-Bretanha, Espanha, Alemanha etc, todos países democráticos, para

demonstrar e comprovar a compatibilidade da democracia com o efeito vinculante. Seguiremos, porém, com a linha metodológica até aqui utilizada.

Por precedente vinculante deve ser entendida a obrigatoriedade dos juízos inferiores seguirem o entendimento esposado pelas cortes que lhe são superiores quanto ao sentido da lei em um determinado suposto concreto, toda vez que esse suposto for trazido novamente à apreciação do judiciário. Essa obrigatoriedade tem sido, então, acoimada de autoritária e, conseqüentemente, antidemocrática por violar a liberdade de julgar de todo e qualquer órgão jurisdicional.

Democracia, a seu turno, pode ser conceituada como a auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constitui com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. Igualdade e liberdade são, portanto, valores imanentes e intrínsecos da democracia. A questão que se põe nesse modelo teórico ideal é como se deve solucionar a tensão que pode existir entre a liberdade de pensar e agir autonomamente que, como igual, todo indivíduo tem, quando confrontado com uma decisão política não unânime e da qual eventualmente discorde. É o que se abordará no tópico a seguir.

4.1. O princípio majoritário

O ideal da auto-organização social é que ela conte com o apoio de todos e que seja fruto de uma decisão unânime. O ideal limite da liberdade seria, então, plenamente alcançado. Ocorre que essa liberdade absoluta é uma utopia. Mesmo em termos de modelo teórico não se pode afastar hipóteses em que a perseguição de um objetivo por um ou alguns membros da coletividade implicará necessariamente na restrição ou limitação da liberdade de outros. Daí porque se afastou a idéia de liberdade como ausência de qualquer restrição ou interferência, para compreendê-la como ausência de restrição ou interferência arbitrária. É que uma ordem social genuína é incompatível com a ausência de alguma interferência. Assim, se como ocorre na democracia, se reputa a liberdade como um valor base de organização social, há que se encontrar técnicas que possibilitem limitar esse valor apenas no mínimo essencial para permitir a existência de uma sociedade juridicamente organizada. Em sede de decisões democráticas essa técnica se consubstancia na adoção do princípio da maioria.

No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas - e, portanto, vinculatórias para todo o grupo - as decisões aprovadas ao menos pela maioria

daqueles a quem compete tomar a decisão (BOBBIO, 1992, pp. 19). Tratando da questão da legitimidade das decisões na democracia em sua tensão dialética com a liberdade individual é exemplar a argumentação de Kelsen, quando expõe:

> " O grau máximo possível da liberdade individual, e isso quer dizer a aproximação máxima possível do ideal de autodeterminação compatível com a existência de uma ordem social, é garantido pelo princípio de que uma modificação da ordem social requer o consentimento da maioria simples dos sujeitos desta...Como liberdade política significa acordo entre a vontade individual e a vontade coletiva expressada na ordem social, é o princípio da maioria que assegura o grau mais alto de liberdade política possível dentro da sociedade" (KELSEN, 1995, pp. 280).

A democracia tem como suporte ineliminável o princípio majoritário. Apesar disso, ou talvez exatamente por isso, não existe um preceito constitucional a reconhecer o princípio majoritário como princípio geral. Várias normas da Constituição Brasileira apontam, porém, nesse sentido. No artigo 60 §2º, exige-se uma maioria altamente qualificada de três quintos dos votos dos membros do Congresso Nacional para ser aprovada emenda constitucional; no artigo 66 §4º, exige-se maioria absoluta para derrubada de veto presidencial; o artigo 69 exige o mesmo quorum para aprovação das leis complementares; o princípio da maioria é, ainda, mencionado a propósito da declaração de inconstitucionalidade das leis ou ato normativos do Poder Público, pelo Poder Judiciário.

O efeito vinculante dos precedentes judiciais tal como previsto no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, decorre do princípio democrático quando se tem em conta sua função de reforçar o princípio da regra da maioria. Como se sabe, o ideal democrático é que a legislatura inove na ordem jurídica fazendo leis, que o Executivo as execute de ofício e que o Judiciário as aplique na resolução de uma determinada lide. A realidade, porém, didaticamente, cuidou de demonstrar que o Poder Legislativo não pode prever e, portanto legislar, sobre todas as situações do mundo da vida.

Por outro lado, em inúmeras hipóteses, o Legislativo premeditadamente evita a regulação de certas questões, ou as regula de forma ambígua, vez que os atos legislativos decorrem seguidamente de compromissos entre várias forças e valores, o que torna esse Poder muitas vezes incapaz de fazer escolhas políticas difíceis. A conseqüência dessa característica intrínseca da Legislatura é "que a legislação é redigida continuamente em termos vagos; muitas vezes deixando delicadas escolhas políticas à fase da sua interpretação e aplicação" (CAPPELLETTI, 1989, pp. 22).

Tais ambigüidades são, via de regra, resolvidas por decisões judiciais. "As Cortes Judiciárias, único dos Poderes do Estado que não é eleito, rotineiramente escolhem entre uma variedade de possíveis interpretações daquele ato legislativo, qualquer das quais o Poder Legislativo poderia ter legitimamente escolhido" (MARSHALL, 189, pp. 177).

Ao se seguir estritamente uma regra de efeito vinculante quanto à interpretação adotada, o judiciário pode enviar um claro sinal ao Congresso de que ele não pode abdicar completamente de sua função legislativa. Dessa forma, seguindo estritamente uma determinada interpretação da lei o Poder Judiciário pode dar importante contribuição na afirmação de importante valor democrático.

Ao seguirem os precedentes vinculantes, as cortes judiciárias se recusam a usurpar a regra da maioria que pertence ao Legislativo e terminam por impor aos cidadãos eleitores o ônus (*rectius:* direito) de instar a legislatura a corrigir qualquer interpretação politicamente errônea ou inconveniente porventura levada a efeito pelo Judiciário. O presidente da Suprema Corte Americana na década de 40, *Justice* Stone foi o maior expoente dessa orientação. Ele argumentou que, se o congresso não modifica uma lei para invalidar a interpretação dada pelo precedente judicial e, especialmente, se ele reedita a lei sem mudar a sua linguagem operativa, presume-se que o congresso aprovou a interpretação judicial (ESKRIDGE JR., 1988, pp. 13667-1367).

Na orientação jurisprudencial norte-americana é recorrente o argumento da capacidade do Poder Legislativo de reverter uma "errônea" interpretação da intenção legislativa, como a principal justificação das cortes para a sua extraordinária relutância em invalidar um precedente baseado na interpretação de uma lei (*statute-based precedents).* "A maioria em *Johnson* v. *Transportation Agency of Santa Clara City* capturou a essência desse argumento: 'quando uma corte diz para a legislatura: 'você (ou seu predecessor) disse X' nós quase convidamos a legislatura a responder: "nós não dissemos não" (MALTZ, 1988, pp. 389).

Em uma democracia é o Poder Legislativo o órgão primariamente legitimado a tomar as decisões políticas fundamentais no mister de outorgar a boa vida aos cidadãos. O caráter da representatividade das modernas democracias não reduz esse papel fundamental. A uma, porque em razão do princípio da inclusão, todos à exceção dos incapazes e dos que estão de passagem, podem eleger seus representantes e postular o direito de serem eleitos como representantes. A duas, porque a representação significa atuação no interesse do povo e disposição para responder em congruência com os desejos e necessidades dos representados (CANOTILLO e VITAL, 1991, pp. 79). Se não agirem de conformidade com esse sentido valorativo, os representantes podem ser periodicamente removidos o que não ocorre com os

membros do Poder Judiciário. Nesse sentido, o efeito vinculante dos precedentes judiciais como ampliado no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 contribui para a "preservação do princípio da separação de poderes ao reforçar o *judicial restraint"* (KENTE, 1975, pp. 359), e reconhecer que o poder criativo do judiciário não possui a mesma amplitude e largueza do Poder Legislativo.

4.2. Democracia e independência judicial.

No Brasil, muito em razão da origem romano-germânica de seu ordenamento jurídico, a adoção do efeito vinculante dos precedentes judiciais tem sido acoimada de autoritária e de andar às testilhas com os princípios que informam o Estado Democrático de Direito, notadamente o da independência judicial funcional (independência com relação aos Tribunais) que visa preservar o juiz de ingerências que possam ocorrer dentro da própria instituição (GOMES, 1997, pp. 18).

O cerne dessa argumentação reside na idéia de que o princípio da independência judicial teria por finalidade garantir que no processo de mediação entre a lei e cada um dos tribunais não se interpusesse qualquer poder, mesmo que emergente de sua unidade de corpo, suscetível de frustrar o êxito incondicional da lei ou que pudesse filtrá-la e desviá-la mediante quaisquer outras intenções normativas, que não pura e exclusivamente as legalmente prescritas (STRECK, 1998, pp. 275). Esta tese postula a defesa intransigente de uma "liberdade individual" do juiz de aplicar a lei vinculado apenas aos ditames de seu "livre" convencimento.

Luiz Flávio Gomes (1997, pp. 20) expressamente assume essa defesa ao averbar: "O que está em jogo, em última análise é a 'liberdade individual' do juiz, bem como uma das bases do próprio modelo de Estado instituído pela nossa Constituição de 1988. Quando Montesquieu, no seu famoso livro XI, capítulo VI, do *O Espírito das Leis* delineou a separação de poderes, tinha em mente exatamente a organização estatal e a liberdade individual".

O que se pretende demonstrar é que tais críticas partem de uma premissa falsa, estando equivocados aqueles que reconhecem no efeito vinculante dos precedentes judiciais um instrumento que ameaça a ordem democrática por partirem de uma visão distorcida do que seja e qual a função da independência judicial. Mais do que isso se pretende demonstrar que tal instituto guarda, ao revés, plena compatibilidade com a democracia, através da íntima relação que mantém com os princípios estruturantes daquela, em especial com o valor liberdade e respeito à regra da maioria.

4.3. Independência judicial e imparcialidade

Inicio este tópico na tentativa de desfazer alguns equívocos, desde logo postulando o entendimento de que liberdade e independência judicial são institutos distintos. A falta de um nítido critério de distinção entre esses termos tem provocado deploráveis confusões e conduzido a discussões estéreis. O critério que proponho para evidenciar a diferença é o da finalidade.

Liberdade é um valor em si mesma. Ou seja, é um estado de uma pessoa, ao qual se agrega significado emotivo extremamente positivo e, portanto, é, em última instância, uma meta desejável que tem por finalidade afastar um poder opressivo. A independência judicial é somente um meio para se alcançar determinado fim. A separação e independência dos poderes compõem um sistema que "aparece como resultado de um processo lógico-racional para assegurar a vigência da liberdade" (PELAYO, 1993, pp. 155). O objetivo expresso desse sistema é evitar que aquele que crie a lei, também a execute e/ou a aplique na solução de um litígio. A divisão de poderes tem como repercussão na esfera judicial, em termos publicistas, a outorga da independência judicial como forma de garantir o distanciamento e, portanto, a imparcialidade do Estado Jurisdição frente ao Estado Administração/Legislação. A independência judicial é garantia instrumental destinada a assegurar imediatamente a imparcialidade das decisões que os jurisdicionados recebem e mediatamente a liberdade individual dos cidadãos, não do próprio Estado juiz.

O princípio da imparcialidade, a seu turno, visa refrear um abuso característico de qualquer sociedade na qual há governantes e governados: o abuso derivado do juízo parcial, que é aquele dado por uma das partes em conflito. Da limitação desse abuso deriva uma garantia de liberdade do indivíduo contra o Estado, na medida em que o Poder Executivo não pode prevaricar com o Judiciário em função da independência pessoal deste em relação àquele. Liberdade é fim, enquanto independência judicial é meio para se alcançar um fim. Esta, em última instância, visa outorgar uma, mas não a única, garantia da liberdade do indivíduo frente ao Estado. Um fim não pode, sob pena de confusão conceitual, confundir-se com o meio.

A questão atinente à imparcialidade do Estado remonta, ainda que de modo indireto e mediato, à antigüidade clássica, cujas formulações sobre a melhor forma de governo já demonstram uma particular sensibilidade para o problema.

Platão, ao desenvolver seus estudos sobre as formas de Governo, procurou demonstrar que a degeneração da mais perfeita para a menos perfeita, tem como causa essencial uma idéia de progressiva falta de resistência às ligações corruptíveis, daí porque relaciona o decaimento

da democracia em tirania, com base no excesso de liberdade e na conseqüente negligência da ação governativa. Esta negligência é considerada causa de uma censurável imoralidade pública.

É, entretanto, com o surgimento do Estado Liberal e sua ideologia de neutralidade, conjugada com a teoria política de separação de poderes desenvolvida por Montesquieu, que as questões de moralidade e isenção políticas migram do campo das grandes opções de organização dos modos globais de formas de governo, para o nível particularizado das relações geradas através da atividade estatal, primeiramente a jurisdicional e posteriormente a administrativa, que mais proximamente estabelecem o diálogo entre o Poder e a Sociedade.

A partir daí, começam a surgir de modo mais amiúde as diversas concepções do sentido do princípio da imparcialidade. Uma dessas concepções, até hoje adotada por nossos constitucionalistas, é a que resulta de uma determinada compreensão do contraponto negativo – parcialidade - e que se limita a retirar daquele princípio os comandos que o princípio da igualdade - visto numa perspectiva meramente formal e circunscrito à função legislativa - contém. Ou seja, pelo princípio da Imparcialidade, estaria toda e qualquer atividade estatal limitada no sentido de que, entendido aquele como corolário lógico do princípio da igualdade, imporia ao Estado o dever de tratar de modo igual, situações idênticas e que cobre, valorativamente, a proibição de discriminações positivas e negativas (BARILE, 1956, pp. 37).

É exatamente nesse prisma, em redor da premissa que encontra no valor imparcialidade uma proibição de decisões que impliquem o privilégio ou o prejuízo daqueles que se colocam sob o seu espaço de operatividade, premissa essa cuja base fundante se assenta no repúdio a uma indevida convergência de interesses privados exorbitante do núcleo central do interesse público em causa, que se encontra o entendimento tradicional do princípio da imparcialidade.

A análise da evolução das idéias relacionadas com o sentido clássico da imparcialidade demonstra que é da composição legislativa em torno da proibição de confusão (*nemo iudex in causa propria*), privilégio e prejuízo de interesses, que se isolou a imparcialidade como princípio jurídico com incidência na atividade jurisdicional do Estado.

Assim, pode-se inferir que, das várias leituras possíveis do princípio da imparcialidade como princípio jurídico globalmente reconhecido, um conceito mínimo, cujo núcleo é unanimemente reconhecido pelas diversas concepções que dele decorram, reside na premissa de que a sua descodificação tem colocado no seu centro ativo a proibição de *favores* e *odia.*

Esse conceito revela uma vertente subjetiva do princípio da imparcialidade, na medida em que, limitando a inclusão na decisão de interesses não relevantes, proíbe expressamente a introdução no processo decisório de interesses valorizados na sua componente subjetiva. Onde

se verifica, portanto, uma intenção de favorecer ou prejudicar alguém, existe expressa violação ao princípio da imparcialidade.

O princípio da imparcialidade, não há discordância doutrinária quanto a esse ponto, materializa, assim, uma exigência de isenção e neutralidade decisória. A decisão não isenta é a decisão cuja ponderação engloba interesses de parte que não são relevantes no contexto decisório.

As técnicas para se garantir, então, a isenção e neutralidade necessárias ao correto exercício da função jurisdicional, abrangem desde a elaboração de normas relativas, à distribuição procedimental de competências, vocacionadas para que não se verifique uma personalização do processo de construção da decisão (NIGRO, 1966, pp. 79) - princípio do juiz natural - CF art. 5º, XXXVII, LIII - , até aquelas vocacionadas a impedir o ingresso no processo decisório de quem possa ter interesse direto ou indireto no objeto do processo. A essas podemos agora acrescer a vinculação dos juízos ao que decidido pelas cortes superiores.

Contemporaneamente a doutrina tem avançado na conceituação do princípio da imparcialidade para considerá-lo violado não apenas quando a decisão incorpora elementos irrelevantes para o interesse em litígio, mas também quando deixa de incorporar elementos relevantes para a correta adjudicação da lide. Nesse sentido pode-se ver uma profunda ligação entre o princípio da imparcialidade e o efeito vinculante dos precedentes judiciais.

Como se demonstrou alhures, independência judicial e liberdade guardam íntima conexão (relação de meio e fim), mas não se confundem. A liberdade individual pode sofrer danos e riscos se houver interferência na independência judicial apenas se essa interferência implicar em perda da imparcialidade do juiz. E, sinceramente, não vejo razões para afirmar que a imparcialidade do juiz fica prejudicada ao obrigatoriamente seguir o precedente judicial das Cortes Superiores**.**

Um juízo é parcial, quando leva em consideração o interesse de apenas uma das partes, ou quando dado por uma das partes em litígio. Ao seguir a interpretação do direito feita pelas Cortes Superiores, o juiz não está decidindo consoante um juízo dado por uma das partes, mas por terceiro – outro órgão judicial – que também é imparcial. Assim, como a decisão proferida no precedente foi imparcial, a corte inferior ao segui-la, necessária e não apenas contingentemente, também estará decidindo de forma imparcial. Na verdade, ele estará apenas, aplicando de forma racional o direito ao caso concreto na medida em que o direito só existe e se realiza com a sua aplicação. A lei não é lei em seu real sentido enquanto não for aplicada o que demanda uma etapa anterior referente a sua interpretação. Aplicar a lei tal como entendida pelas Cortes Superiores nada mais é do que aplicar a lei, pois o ordenamento normativo nada

mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota de definitividade" (STF, RExt. 261.324-0, MELLO, 2000, pp. 85).

Trabalhando nessa linha, Habermas já esclarecia que a clássica separação de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado. O Legislativo fundamenta e vota programas gerais, a justiça soluciona, nessa base legal, conflitos de ação e a administração implementa as leis que necessitam de execução. "Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é o direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento" (HABERMAS, 1997, pp. 232).

Por isso o Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que "observar-se a jurisprudência firme da Corte não implica ofensa ao livre convencimento do juiz" (STF, AL(AgR). 272.328/RJ, ALVES, 2000) e o Superior Tribunal de Justiça, seguindo a mesma trilha, afirmou que " o direito deve emitir solução uniforme para relações jurídicas iguais. Entendimento pessoal não deve ser óbice à harmonia da jurisprudência" (STJ, Agravo Regimental nº 158.689/DF, CHERNICHIARO,1997, pp. 67.601). Evidentemente que essa conseqüência inexorável do efeito vinculante não retira do juiz o poder-dever de decidir a questão que lhe foi posta para julgamento, senão que apenas " reduz a abstratividade genérica da lei ou a torna menos abstrata" (BARROS, 1997, pp. 106).

A vinculação aos precedentes judiciais não retira a jurisdição das cortes inferiores, apenas lhe reduz a discricionariedade ao impor limites substantivos para sua decisão, como aliás a legislatura pode e rotineiramente o faz. Um exemplo esclarecerá: o legislador pode estabelecer uma regra outorgando jurisdição ao juiz para: a) em caso de condenação pela prática de um crime, considerando todas as circunstâncias envolvidas, decidir qual seria o regime ideal de cumprimento da pena, se aberto, semi-aberto ou fechado; b) em caso de condenação, ao considerar todas as circunstâncias envolvidas – subjetivas e objetivas – dar prioridade às objetivas, *v.g.*, a pena aplicada, para decidir qual o regime ideal de cumprimento da pena; c) em caso de condenação por algumas espécies de crime, desde logo definir que ela deve ser cumprida em regime fechado, *v.g.*, no caso dos crimes hediondos.

Todas essas três regras são equivalentes em termos de jurisdição, na medida em que as mesmas disputas entre as mesmas partes estão sujeitas à mesma jurisdição, mas elas diferem bastante na medida em que os conteúdos das decisões no exercício da jurisdição são guiados por diferentes regras substancialmente regulativas (SCHAUER, 2002, pp. 171-172). A primeira é mais abstrata e confere uma discricionariedade bem mais ampla que as outras duas; discricionariedade essa que vai paulatinamente sendo reduzida na segunda até ser praticamente

eliminada na terceira regra. Se ninguém nega que ao assim agir o legislador se move dentro dos limites que são conferidos a sua função, não se pode deixar de reconhecer como legítima a redução dessa discricionariedade judicial pela imposição de limites substantivos representados pelo instituto do efeito vinculante, quando tais limites forem impostos pelo legislador democrático. O limite substantivo imposto pelo legislador processual civil com a expansão da vinculação dos precedentes judiciais, é exatamente o conteúdo extraído da interpretação conferida pelas cortes superiores a um determinado suposto normativo.

A imposição desse limite substantivo não significa que o juiz ou tribunal inferior deva concordar com a decisão da Corte Superior. A tanto, a vinculação ao precedente não vai, nem exige do decisor. O juiz pode discordar da decisão superior, como também pode discordar da opção política substantiva acolhida pelo legislador. O que não pode fazer é desconsiderá-la – como não pode simplesmente deixar de aplicar a lei de que discorde - devendo aplicá-la enquanto não for modificada ainda que faça ressalva de seu entendimento. Exemplar a argumentação do Ministro Oscar Correa, no julgamento do RE 104.898/RS (STJ, 1985, pp. 113-459) sobre o tema em questão:

> "Que mantenha o juiz sua convicção contrária à decisão de sua Corte, ou mesmo da Corte Suprema, admite-se, nem importa rebeldia; mas, aplicando-a, enquanto não muda.
> Que se recuse a aplicar a diretriz firmada pela maioria, ou como no caso que insista em aplicá-la – consubstanciada em súmula e aplicada sem discrepância, pelo Supremo Tribunal Federal – não se justifica: força a parte condenada a mais um ônus, retarda a decisão final; sobrecarrega, injustificavelmente, o aparelho jurisdicional (local e do Supremo Tribunal Federal), sem qualquer proveito".

Assim, desconsiderando todos esses elementos relevantes em sua decisão sem qualquer proveito para ambas as partes, vencida e vencedora, mas apenas para satisfazer seu entendimento pessoal, o juiz viola o princípio da imparcialidade e retira muito da força moral de sua decisão. A credibilidade é a maior arma (se não a única) que o Poder Judiciário tem para impor suas decisões e ela decorre do fato, acolhido por toda a coletividade, que as decisões judiciais são fruto de um processo racional e impessoal e não decorrência de um ato marcado pelo subjetivismo de quem o pratica. Vê-se, portanto, que ao invés de andar às testilhas com o princípio da independência judicial o efeito vinculante reafirma os elementos axiológicos que a estruturam.

5. CONCLUSÃO.

A democracia tem por fundamentos o valor liberdade, a regra da maioria e o respeito aos direitos fundamentais. Com relação ao valor liberdade, demonstrou-se a compatibilidade entre a garantia democrática da independência funcional do juiz e a vinculação dos precedentes judiciais, afastando-se a confusão conceitual entre a independência do juiz e a liberdade.

Também se demonstrou que essa vinculação não viola a independência do juiz. É que o conceito republicano - vocábulo latino para expressar a forma de governo grega democracia (DAHL, *Op. Cit.*, pp. 26-27) - de liberdade não rejeita a idéia de interferência, repelindo-a apenas quando se mostrar abusiva.

Assim, pode-se concluir pela compatibilidade do efeito vinculante com a liberdade democrática, pois a adoção desse instituto, embora em termos amplos possa ser considerada como uma espécie de interferência no atuar do juízo vinculado, por sua natureza e fundamentos permite afirmar que essa interferência não é arbitrária e, portanto, é compatível com a idéia de liberdade que repele apenas a interferência como dominação. E não é arbitrária, porque se baseia na noção conceitual do bem comum na medida em que visa fortalecer princípios cardeais à democracia como igualdade e legalidade e seus consectários naturais de justiça, ordem, segurança, paz, harmonia etc...

Daí porque permanece atual a advertência feita por Roscoe Pound no início do século passado, de que o generalizado ataque ao dever das cortes de seguirem os precedentes judiciais, antes de democrático, em verdade é parte da revivescência do absolutismo, *verbis:*

> "Como as coisas estão atualmente, não posso deixar de pensar que muito do ataque ao *stare decisis* é uma parte do renascimento do absolutismo que é tão proeminente no pensamento político e jurídico ao redor do mundo. Isso vai ao encontro da agitação para a revogação do *bill of rights,* tornando o legislativo o único juiz de seus próprios poderes, e libertando as agências administrativas do controle judicial, da qual temos ouvido bastante nos últimos anos. Enquanto estamos nos livrando do sistema de freios e contrapesos e colocando outras formas de ações oficiais livres de controle, porque não deixar o judiciário livre também? Porque não instituir um regime de decisão livre que é para permitir às cortes decidirem os casos como únicos sem obrigação para um curso de decisão uniforme e previsível? Tudo isso é parte de uma reação geral contra o ensinamento sedimentado na América do século XIX que se opunha ao depósito de poderes ilimitados em qualquer lugar. O pensamento de hoje é tão intolerante quanto a poderes governamentais limitados quanto os do século passado eram sobre poderes absolutos.
>
> É instrutivo comparar a demanda de hoje que as cortes sejam livres para decidir cada caso sem referência ou à decisões passadas ou casos semelhantes com não menos demanda insistente no último quartel do século XIX, e até na primeira década do presente século, que não se deve permitir às cortes desenvolver o elemento tradicional de nossa lei, que não

> deve ser permitido a elas desenvolver experiência pela razão, mas que tudo no processo do fornecimento de elementos para decisão e meios práticos para ajustar relações ou ordenar condutas deve ser feito e somente feito via legislação. As cortes deveriam ser confinadas à uma aplicação lógica e mecânica de regras legais fixadas. Se elas fizessem qualquer coisa a mais, era considerado usurpação. Talvez o principal divisor de águas tenha sido atingido por uma geração anterior quando, de um lado os apóstolos do progresso estavam alertando as cortes para não emendar a constituição por interpretação espúria, e, de outro lado, os mesmos escritores estavam as atacando por estarem aplicando os cânones ordinários de interpretação genuína para dar um sentido razoável a uma lei. Como é usual quando tão extremas posições são tomadas, a verdade repousa entre elas" (POUND, 1941, pág. 1).

Com relação à regra da maioria, também se pode afirmar que o efeito vinculante não é incompatível com essa regra democrática. Bem da verdade, pode-se ir além e afirmar que o efeito vinculante reforça princípios democráticos, notadamente o da maioria e da representação popular, pois essa vinculação impede as cortes judiciárias de usurpar a regra da maioria que pertence ao Legislativo e termina por impor aos cidadãos eleitores o ônus (*rectius:* direito) de instar a legislatura a corrigir qualquer interpretação politicamente errônea ou inconveniente porventura levada a efeito pelo Judiciário.

Em síntese, o efeito vinculante do precedente judicial não é em si mesmo um princípio democrático, na medida em que não altera em nada a natureza autocrática de qualquer decisão judicial. Entretanto, sua adoção promove, ainda que indiretamente, a regra-valor da maioria ao capacitar o judiciário para resistir à tentação de repetidamente "legislar" - ainda que para o caso concreto - sobre o mesmo assunto, interpretando e reinterpretando uma particular norma legal.

6. REFERÊNCIAS

BARILE, Paolo. " *Il dovere di Imparzialitá della Pubblica Amministrazione*". in Scritti Giuridici, in Memoria di Piero Calamandrei, vol IV, Padova, 1956.

BARROS, Marco Antonio de. "*Anotações sobre o efeito vinculante*", in RT-735, janeiro de 1997

BOBBIO, Norberto. *"Teoria Geral da Política*". editora Campus, 2000.

_____ " *O Futuro da Democracia - uma defesa das regras do jogo*", Paz e Terra, 1992.

CANOTILHO, Gomes J.J. e MOREIRA Vital. *"Fundamentos da Constituição".* Coimbra editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. "*Juízes Irresponsáveis"*. trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

DAHL, Robert A. *"Sobre a Democracia".* tradução Beatriz Sidou. Editora UNB, 2001.

ESKRIDGE, Jr., WILLIAM, N. *"Overruling Statutory Precedents".* The Georgetown Law Journal, vol. 76, 1988.

GOMES, Luiz Flávio. *"Súmulas Vinculantes e Independência Judicial",* RT 739, maio de 1997.

GREENWALT, Kent. *"Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters tha Bind Judges",* Columbia Law Review, 1975.

HABERMAS, Jürgen. *"Direito e Democracia entre faticidade e validade – vol I"*. Rio de Janeiro: ed. Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. *"Teoria Geral do Direito e Do Estado",* Martins Fontes, 1995.

MACPHERSON, C.B. "*A Democracia Liberal – Origens e Evolução*". Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

MALTZ, Earl. *"The Nature of Precedent".* North Carolina Law Review, vol. 66, 1988

MARSHALL, Laurence C. " *Let Congress Do it: The case for an absolute rule of statutory Stare Decisis*". Michigan Law Review, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alli. Curso de Direito Constitucional*.São Paulo: Saraiva. 5ed. 2010.

NIGRO, Mario. " *La Funzione d´Organizzazione ed i Principi di Efficienza e d´Imparzialitá, in Studi sulla Funzione Organizzatrice della Pubblica Amministrazione*". Milano, 1966.

NUN, José. "*Democracia – Governo do Povo ou Governo dos Políticos*". Buenos Aires: ed. Fondo de Cultura de Argentina, 1ª edição, 2000.

PELAYO, Manoel Garcia. *"Derecho Constitucional Comparado".* Madrid: Alianza Editorial S.A, 1993.

POUND, Roscoe. *"What of Stare Decisis",* Fordham Law Review, vol X, 1941.

SCHAUER, Frederick. *"Playing by the Rules".* Clarendon Press-Oxford. 2002.

SILVA, José Afonso da. *"Curso de Direito Constitucional Positivo".* São Paulo: RT, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. *"Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função".* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

VIZCAÍNO, Catalina Garcia. *"Derecho Tributário"*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.