

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA DE JULGADOS

V. 4

Revista de Julgados	Cuiabá	v. 4	p. 1-573	2006 / 2007
---------------------	--------	------	----------	-------------

A FIDELIDADE PARTIDÁRIA E O ATIVISMO JUDICIAL

ANTÔNIO VELOSO PELEJA JÚNIOR

Juiz de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Rondonópolis/MT

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e freqüentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas. (Excerto extraído da mensagem enviada pelo Presidente THEODORE ROOSEVELT ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1.908 (43 Cong. Rec., PartI, pág. 21)¹.

E Deus, falando à multidão anunciou. 'A partir de hoje chamar-meis Justiça.' E a multidão respondeu-lhe: 'Justiça nos já a temos e não nos atende'. 'Sendo assim, tomarei o nome de Direito'. E a multidão tornou-lhe a responder: 'Direito já nós o temos e não nos conhecemos'. E Deus: 'Nesse caso, ficarei com o nome de Caridade, que é um nome bonito.' Disse a multidão: 'Não necessitamos de caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite'. (José Saramago).

1. Introdução.

No presente artigo será analisado o palpitante tema da fidelidade partidária. Não o instituto de per si, mas relacionado a um outro, de igual forma alvo de intensos debates: o juiz legislador.

Face a inércia do Poder Legislativo em aprovar a reforma política, estabelecendo seus lindes e diretrizes em prol do efetivo fortalecimento do regime representativo, a cúpula do Poder Judiciário brasileiro o fez, dando o pontapé inicial via construção judicial e provocando celeuma no cenário político-jurídico nacional, inclusive com troca de farpas e acusações entre os integrantes dos Poderes Legislativo e Judiciário. Acusa o primeiro que a "norma" produzida pelo segundo é ilegítima por não ter atribuição legislativa e, por isso, estar exorbitando suas normais funções em iminente perigo ao Estado Democrático de Direito.

1 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1993. 134 p.

O *leading case* começou a ser debatido por força da Consulta n. 1.398/DF, do Superior Tribunal Eleitoral, que instituiu a fidelidade partidária ao reconhecer que os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional face ao abandono da legenda pelo parlamentar – o que caracteriza a infidelidade partidária. Esta norma foi objeto de apreciação pela Suprema Corte Brasileira que, desvinculando-se das amarras exclusivamente positivistas que norteiam e emperram a atuação do Poder Judiciário na América Latina, ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, estabelecendo invulgar celeuma via julgamento do Mandado de Segurança n. 26.603/07, do que se depreende nitidamente o caráter de *stare decisis*² do direito norte-americano, lobrigando-se união dos sistemas da *civil law* e da *common law*.

É tema alvissareiro e tormentoso. Todavia, tentaremos fixar as colunas-mestras para, quiçá, visualizar o que representa a decisão para o mundo jurídico nacional.

2. Do controle de constitucionalidade das normas.

Importante a análise do controle da constitucionalidade das normas, sob a ótica do qual se infere que a possibilidade de interpretação/criação do direito por obra dos juízes é fato concreto, apesar de alguns sistemas recearem-no.

Em rápida síntese, quanto ao órgão de controle da constitucionalidade, assunto de necessária abordagem à compreensão do tema, são três os sistemas de controle:

- a) político ou francês, em que o controle é exercido por um órgão diverso do poder jurisdicional;
- b) controle jurisdicional, que é exercido pelo Poder Judiciário;
- c) controle misto, que envolve ambos.

O que justifica o controle político é o entendimento de que a interferência de órgão estranho para a análise da atividade do Poder Legislativo “deslegitimaria” a fonte produtora da norma, implicando uma interveniência indevida de um poder em outro³, entendimento que guarda pertinência com os que não

2 A regra *stare decisis*, estabelece efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores.

3 A par de deter o poder econômico, a burguesia auspiciava o poder político. eclodiu a revolução e os juízes, todos oriundos da aristocracia no ancién règeime, ficaram, por isso, em descrédito, e o Legislativo prestigiado: “A influência do contratualismo de Rousseau e a doutrina da separação dos Poderes de Montesquieu foram decisivas para os rumos que tomou o constitucionalismo em França e de sua forma de controle. Assim, a vontade popular propalada por Rousseau e a importância que Montesquieu deu ao Legislativo (e a pouca importância que deu ao Judiciário), aliado ao fato de os juízes, por ocasião da Revolução, serem todos oriundos da aristocracia (ancién règeime), fizeram com que se olhasse com extrema desconfiança a possibilidade de um Poder não-popular modificar leis elaboradas pela vontade geral do povo”. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004. 919 p.

toleram uma postura mais ativa do Poder Judiciário, ainda que isso seja profícuo para o desenvolvimento da sociedade.

Por sua vez o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas se biparte em dois sistemas-padrão, que se frutificam em um terceiro, amálgama dos antecedentes:

a) difuso ou americano, cuja origem foi o julgamento *Marbury vs Madison* em 1.803, admite a apreciação de inconstitucionalidade exercido pelo julgador perante o caso concreto que lhe é submetido a julgamento;

b) o controle concentrado, ou austríaco, que “concentra” em um órgão superior, a Corte Constitucional, o controle da constitucionalidade;

c) o controle misto, que conjuga os dois sistemas retro.

Com efeito, fruto do direito norte-americano, o controle de constitucionalidade (difuso) teve sua origem na célebre polêmica *Marbury v. Madison*, em 1.803, - citada em inúmeros livros norteadores do tema, em que foi estabelecida a supremacia da Constituição e o papel do Poder Judiciário como seu Guardião.

Na obra “O federalista”⁴, são pontuais as lições de Hamilton, alicerces dos países que adotam constituições escritas e rígidas⁵: “Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo o qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proíbem (...).

Não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar os representantes do povo para substituir a sua vontade a de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma Lei Fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles, pertence, portanto, determinar seu significado, assim como de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória

4 HAMILTON, Alexandre; Madison, Jame; Jay, John. O federalista. Brasília : Universidade de Brasília, 1984.p. 20. Citado por: MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES Coelho, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2007. p. 126.

5 “Os grandes partidos modernos surgiram entre 1790-1799 com os federalistas de Hamilton e Adams e os republicanos de Jefferson e Madison”. (CHARLOT, Jean. Os partidos políticos. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. 222 p.)

e validez superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários.

Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são”⁶.

Assim, delineou-se, no direito norte-americano, a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

O Brasil adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, exercendo o controle abstrato, ou concentrado, o órgão de cúpula do Poder Judiciário - Supremo Tribunal Federal - e o difuso, ou concreto, os inúmeros juízes nos diversos casos que lhe são submetidos.

Dessa maneira, é secular a possibilidade do controle das normas advindas do Legislativo pelo Poder Judiciário. De tais considerações faz-se possível concluir, com Evan Hughes, ex-juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, mas com as ponderações necessárias: “A Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que é”.

3. Das duas grandes famílias (do sistema) do direito.

3.1. Do sistema da common law.

A expansão da atividade criadora do Poder Judiciário tem umbilical ligação com as duas grandes famílias jurídicas: a do *common law*, de tradição anglo-americana, e o da *civil law*, de tradição romanística.

Com efeito, segundo preleciona Lênio Luiz Streck, ao analisar a origem do Direito Inglês, com fulcro em Davie e Jauffret-Spinozi: “Todo estudo da common law deve começar pelo estudo do direito inglês. O direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz, saído da fileira dos práticos; não é o professor da Universidade; outrora somente uma minoria de juristas estudou nas universidades; nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário. O essencial foi, até o século XIX, na Inglaterra, encontrar uma forma de ação que permitisse convocar os tribunais reais e evitar as ciladas que se apresentavam num processo muito formalista”⁷.

6 . HAMILTON, o p. cit., p. 126-127.

7 STRECK, Lênio Luiz. Sumulas no direito brasileiro eficácia, poder e função : a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 37.

Assim, uma das características históricas mais marcantes do sistema da *common law* é o fato de a lei ser produto do trabalho dos juízes (*judge made law*), ou seja, “a maior parte da *common law* não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juízes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas, aplicando-se regras a casos novos, na medida em que foram surgindo”⁸. Disso resulta que o sistema da *common law* observa a regra dos precedentes obrigatórios (*Doctrine of binding precedent*), também conhecida por *stare decisis* ou *case law*.

Tal característica é o ponto distintivo do sistema da *civil law*.

3.2. do sistema da *civil law*.

O sistema da *civil law*, ou sistema romano-germânico, ou direito continental, tem ascendência romana. Neste sistema vigora o direito escrito. A lei é a fonte primordial e quase exclusiva do direito, possibilitando-se o trabalho interpretativo para descobrir o real sentido da lei. Na hipótese de omissão da norma utilizam-se os procedimentos integrativos⁹. Certo é que o trabalho jurisprudencial no sistema da *civil law* auxilia na aplicação da lei, todavia, restringida ao caso concreto, *inter partes*.

Por tal motivo, tradicionalmente, a jurisprudência nos países da família do direito romano-germânico, “abstém-se (ou deveria abster-se) de criar regras de direito”, isto porque “enquanto o legislador estabelece comandos com validade *erga omnes*, a jurisprudência, produto de decisões (normas individuais) dos juízes e tribunais, tem (apenas) o caráter de produzir efeitos *inter partes*”¹⁰.

4. Do sistema brasileiro.

O sistema brasileiro como, em geral, o de toda a América Latina, é afeito à *civil law*, romano-germânico. Disso resulta que, de ordinário, os operadores

8 STRECK, op. cit. p. 46. E continua o autor: “O princípio que espalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*)”.

9 Analogia, costumes e princípios gerais do direito, consoante art. 126 do Código de Processo Civil e art. 51 da Lei de Introdução ao Código Civil.

10 STRECK, op. cit. p. 70: “A importância que se atribui às decisões do Poder Judiciário, quer dizer, da jurisprudência *latu sensu*, é o forte elemento diferenciador dos dois maiores sistemas jurídicos vigentes. Dito de outro modo, o papel da jurisprudência somente pode ser precisado em relação direta com a lei escrita. A contribuição da jurisprudência sempre será, por isso, diferente da que é trazida pelo legislador. Com efeito, enquanto o legislador estabelece comandos com validade *erga omnes*, a jurisprudência, produto de decisões (normas individuais) dos juízes e tribunais, tem (apenas) o caráter de produzir efeito *inter partes*”.

do direito, tradicionalmente ligados ao positivismo jurídico, da norma “pura” de Hans Kelsen - livre dos influxos de outras ciências¹¹¹² - fecham-se e auto-limitam sua capacidade criadora: permanecem, em sua maioria, em atividade meramente passiva, invocando a máxima de Montesquieu¹³: o juiz é a boca da lei¹⁴, decorrente, aliás, da revolução francesa que empunhava a bandeira do legalismo contra o arbítrio¹⁵. Tal posição de Montesquieu era fruto das circunstâncias da época em que os magistrados eram aristocratas que, muitas das vezes, agiam em nome do rei e exacerbavam seus poderes, partindo para o arbítrio e a iniquidade, daí o motivo por que o filósofo temia que o excesso de poder dos magistrados criasse riscos para a liberdade. Tal posicionamento encontra-se, historicamente, superado.

Contudo, sob o argumento da estrita legalidade, afastam-se os magistrados, em sua boa parte, dos postulados inerentes aos direitos fundamentais e

- 11 O escopo de Kelsen com a elaboração da “Teoria Pura do Direito” é livrar o pensamento jurídico das especulações filosóficas abstratas e da influência da sociologia. Para elaborá-la, seu criador afastou os fundamentos filosóficos e sociais, reduzindo o direito a uma simples forma, que aceita tal conteúdo. A tal respeito, tece ponderações Dalmo de Abreu Dallari: “Esse aspecto é contraditório na obra de Kelsen, pois em sua teoria o fundamento primeiro do direito é uma ‘norma fundamental hipotética’, que, segundo ele próprio, poderia ser a idéia de justiça. A partir daí se definem regras básicas para a sociedade, que contém uma ‘constituição teórica’, a qual, por sua vez, será o fundamento da ‘constituição positiva’, que deve ser formalmente declarada e aprovada. O que não estiver nela ou for contra ela não existe para o direito e, por consequência, todo o direito se resume ao direito positivo” (DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3.ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 87).
- 12 Consoante preleciona Hans Kelsen: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Tão-somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional ou internacional, de normas jurídicas. Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, o seu objeto. Tentará responder à pergunta ‘o que é’ e ‘como é’ o direito e não à pergunta de ‘como seria’ ou ‘deveria ser’ elaborado. É ciência do direito e não política do direito. Quando se intitula Teoria ‘Pura’ do Direito é porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro. Mas um olhar sobre a ciência do direito tradicional, da maneira como se desenvolveu no decorrer dos séculos XIX e XX, mostra claramente como isso está longe de corresponder à exigência da pureza. De maneira desprovida de todo espírito crítico, o direito se mesclou à psicologia, à biologia, à ética e à teologia. Hoje em dia não existe quase nenhuma ciência especial, em cujos limites o cultor do direito se ache incompetente. Sim, ele acha que pode melhorar sua visão do conhecimento, justamente conseguindo pedir emprestado a outras disciplinas. Com isso, naturalmente, a verdadeira ciência se perde”. (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito : introdução à problemática científica do direito : versão condensada pelo próprio autor. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 52-53).
- 13 MONTESQUIEU, Charles de Secondat,. O espírito das leis. 3. ed São Paulo : Martins Fontes, 2005.
- 14 Em verdade o teor da frase é o seguinte: “juízes não devem ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei”
- 15 Registre-se que houve uma inversão deturpadora do sentido que propugnava Montesquieu na obra Do espírito das leis, porque “a lei de que falavam Montesquieu e os primeiros liberais era a lei natural numa concepção racional, entendida como a ‘relação necessária que deriva da natureza das coisas’. E o que acabou prevalecendo foi a lei apenas formal, fabricada artificialmente pelos Legislativos, sem qualquer preocupação com a justiça, os direitos humanos fundamentais e os interesses sociais. Como bem expressou Jean Paul Sartre, ‘o Racionalismo expulsou Deus da Terra’, devendo-se acrescentar que a subordinação das relações humanas exclusivamente à razão significou também a expulsão dos imperativos éticos. Entretanto, nem mesmo a subordinação à razão prevaleceu, tendo ocorrido durante o século dezenove uma deformação dessas concepções que, de algum modo, sujeitavam todos os seres humanos a regras objetivas, iguais para todos”. (DALLARI, op. cit. p. 85).

interesses sociais. Com isso, distanciam-se os aplicadores (?) da lei das formulações que podem conferir maior dose de justiça na construção de uma sociedade justa e igualitária¹⁶. É a vitória do legalismo meramente formal sobre a Justiça.

O entendimento circunscrito e limitador da complexa teoria de Kelsen, tão-só em uma concepção normativa, foi o equívoco de muitos “juristas” e se disseminou principalmente na América Latina, de forma ainda mais radical, quiçá deturpada, que o proposto pelo pai da teoria¹⁷.

A superação do legalismo estrito, segundo Dalmo de Abreu Dallari, é necessária porque a “adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele”¹⁸.

Há de haver uma reforma de mentalidade, porque a cega observância à lei, pode conduzir o sistema judiciário a “uma forma legal de promover injustiças”¹⁹.

5. Da fixação do tema.

Consoante se disse em linhas anteriores, o Excelso Pretório convalidou a regra egressa do Tribunal Superior Eleitoral que impôs a fidelidade partidária para os cargos proporcionais, via consulta n. 1.398, Classe 5ª - Distrito Federal.

Registre-se que o ativismo judicial é fortemente combatido, principalmente quando entra em conflito com os interesses dos demais Poderes da República. Nos Estados Unidos, país-berço do ativismo, que teve influência vital no desenvolvimento

16 Referimo-nos a Peter Häberle (e sua Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, John Rawls, Jürgen Habermas, Alexy, Dworkin, dentre outros).

17 Explica Dalmo de Abreu Dallari, todavia, que se tem uma concepção equivocada acerca do Positivismo do Professor de Viena, que ganhou grande prestígio no Império Austro-Húngaro, por seus trabalhos publicados a partir de 1.905. Comenta que vários “Kelsenianos”, mesmo sem terem lido ou entendido a profunda obra de Kelsen, numa versão panfletária, utilizaram falaciosamente, ensinamentos difundidos por juristas que encontraram em Kelsen Aum bom escudo para a sustentação de posições formalistas, antidemocráticas e contrárias à ética e à justiça. Na esteira da linha desenvolvida por vários juristas alemães “que procuravam enquadrar juridicamente as ações do governo e da administração pública - do que resultou a Teoria Geral do Estado, de Georg Jellinek - Hans Kelsen desenvolveu uma teoria constitucional tendo por base a Constituição como lei fundamental e suprema do Estado. E complementando essa teorização preocupou-se com a efetiva aplicação das normas constitucionais como superiores e condicionantes de toda a legislação. A contribuição político-jurídica de Kelsen completou-se com sua influência para a criação e a fixação das competências de uma Corte Constitucional”. (DALLARI, op. cit. 86).

18 DALLARI, op. cit. p. 87. E continua o autor: “É a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça”.

19 Marcel Camus citado por DALLARI, op. cit., p. 87.

da sociedade²⁰, em um passado recente - na década de 90 (noventa) do século passado - os parlamentares republicanos, em sua maioria, atacaram os “Juízes ativistas”, o que soa um absurdo incomensurável para a maior auto-denominada “Democracia” do Planeta. Corporificando o absurdo acha que dos parlamentares, o senador Orrin Hatch, Presidente do Comitê Judiciário do Senado, comentou:

“tais juízes distorcer(ria)m a Constituição para impor seus próprios valores, preferências políticas ou visões do que é justo ou certo, (...) sacrificando nossa capacidade de autogoverno por meio do processo democrático”²¹.

E complementa mencionando que um juiz ativista, seja de esquerda, seja de direita, não estaria qualificado a ser um magistrado federal.

Sugeriu-se, inclusive, uma emenda à Constituição que desse poderes ao Congresso para revogar interpretações constitucionais impopulares.

Pois bem, o ponto nodal da questão é a grande cooptação, por parte do Poder Executivo da União, de deputados federais, como forma de inchar a base governamental, visando “menor debate” e “maior facilidade” na aprovação dos projetos de lei e emenda constitucional oriundas do Executivo, em troca da aprovação de “emendas” de interesse dos deputados cooptados; distribuição de concessões de canais de rádio e televisão; dentre outras práticas.

Certo é que a Constituição Federal em seu artigo 55 dispõe que os deputados e senadores perderão o cargo, deixando “implícito” que o cargo é do parlamentar e não do partido.

Não obstante, o tema foi disciplinado pela Corte Suprema sob o entendimento de que o cargo é do partido e não do parlamentar e que, por isso, aquele que, no curso do mandato, solicitar a desfiliação partidária, o perderá em prol da agremiação partidária.

Os que se postam desfavoravelmente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal o fazem sob o argumento de que é o Poder Legislativo que deve aprovar as

20 O “direito das minorias” foi defendido via ativismo judicial. Cite-se o exemplo do caso *Brown vs. Board of Education* (1954) que é um dos melhores exemplos do bom uso do ativismo judicial. “Até a decisão do caso *Brown vs Board of Education* prevalecia o precedente firmado em 1896, no caso *Lessy vs. Ferguson*, o qual consolidou o modelo de *apartheid*, conhecido como a doutrina dos iguais, porém separados (*separated but equal*). Vários pais de alunos negros que freqüentavam as escolas públicas da cidade de Topeka, Estado do Kansas, liderados por Oliver Brown, insurgiram-se contra o fato de seus filhos serem impedidos de estudar nas melhores escolas públicas, destinadas aos brancos. A questão foi levada até a Suprema Corte que, em decisão bastante aplaudida, determinou o fim da doutrina *separated but equal* e, com muita resistência dos Estados sulistas, quebrou o preconceito e a resistência conservadora destes Estados, pondo fim à segregação racial nas escolas públicas”. (CAMBI, Eduardo et al *Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário* (art. 102, § 3º, da CF): entre a auto-contenção e o ativismo do stf no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.); CAMBI, Acaccio et al. *Reforma do judiciário : primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 160-162.

21 SAMPAIO, José Adércio Leite. O conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte : Del Rey, 2007. p. 11-12.

normas - visão coadunada com o juiz montesquiniano, mera boca da lei. Segundo tal concepção, não tem o Judiciário a legitimidade para fazer as mudanças.

Trata-se do denominado “folclore judicial”²², que prima pela ideologia da fidelidade à lei, reforçando a imagem do “juiz técnico, esterilizado politicamente e que faz da adjudicação um silogismo capaz de garantir, dogmatically, a certeza do direito”. Com isso, estriba-se o “juiz liberal” no princípio da legalidade estrita, circunscrevendo as atividades do Estado e as funções do Poder Judiciário²³.

Tal entendimento relaciona-se com o “minimalismo judicial” defendido por Cass R. Sunstein, segundo o qual há de haver a limitação do papel das Cortes porque o Poder Judiciário possui sérios limites institucionais que ensejam uma diminuição do seu potencial transformador.

Na esteira de tal entendimento, o juiz Scalia, da Corte Suprema dos Estados Unidos, de postura conhecidamente conservadora posta-se contra o ativismo judiciário: “... em um país onde os homens são livres, leis democraticamente adotadas não devem ser postas em xeque com muita facilidade por juízes que não foram eleitos pelo povo”²⁴.

Uma vez que a Constituição Federal, a Lei Maior, não previu expressamente a perda do cargo pela infidelidade partidária, argumenta tal corrente que é vedada qualquer interferência do Judiciário na atividade legiferante, em prol da harmonia dos Poderes.

Por outro lado, os que se postam favoravelmente argumentam que a solução dada pelo Judiciário poderia representar inclusive uma aplicação da teoria do “checks and balances” de vez que os legisladores não editam a lei porque é-lhes palatável o status quo. Decorrência disso é o vácuo legislativo que proporciona o tradicional troca-troca das cadeiras ao sabor das conveniências (entenda-se alteração do governante) numa perigosa dança das cadeiras em que a música que melhor flui, apetece e acaricia os ouvidos é a do fisiologismo político: o tilintar da aprovação de emendas parlamentares, concessões de canais de rádio e televisão, dentre outras, em um sistema representativo em que democrático é só uma retórica dirigida ao auditório, em falaciosa teoria da argumentação, porque o interesse que se defende, na maioria das vezes, é o particular, e não coletivo.

Em resumo, saudável ao regime democrático o regramento da fidelidade partidária que, em síntese, se consubstancia em:

1º - Não há perda de mandato, porque o mandato é do partido;

2º - De acordo com a Constituição Federal de 1988 é condição de elegibilidade a filiação partidária (art. 14, § 31, V), do que se denota a dimensão do partido no sistema político;

22 REBUFFA, Giorgio. La funzione giudiziaria : lezioni introduttive. Torino : G. Giappichelli , 1988. Citado por: FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45

23 FARIA, op. cit., p. 45.

24 SCALIA J., dissent. Board of Education of Kiryas Joel Village School v. Grumet, 129 O Ed 2d 546, 583 (1994), citado por: RIGAUX, François. A lei dos juízes. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 326.

3º - O artigo 17, § 11, da CRB/88 assegura aos partidos políticos estabelecerem normas de fidelidade e disciplina;

4º - A visão privatística do mandato há de ser vencida em prol do interesse público: o mandato não pertence ao indivíduo, porque é essencialmente uma função política. Por isso, não se pode permitir que seja o mandato eletivo compreendido como algo integrante do patrimônio do indivíduo;

5º - Os deputados eleitos, enquanto candidatos, tiveram disponibilidade financeira de recursos do partido e acesso ao rádio e televisão no tempo a ele (partido) destinado;

6º - O princípio constitucional na moralidade e da probidade devem nortear o tema.

7º - Há de haver a concretização do “princípio constitucional da fidelidade partidária”, porque “o sentido da distribuição da eleição proporcional é exatamente o de conferir o mandato ao partido político e não ao candidato”, ao passo que “o abandono da legenda pelo representante infiel tem desfalcado, sem restituição, a representação parlamentar dos partidos, fraudando a vontade do eleitorado e lesando o modelo de democracia representativa dos povos mais esclarecidos”²⁵.

6. Da legitimidade do juiz legislador.

“Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?”

O direito criado pelos juízes é sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato...” (Lord Radcliffe²⁶).

Célebre é a frase de Francis Bacon em seu ensaio DA MAGISTRATURA: “Os juízes devem sempre lembrar-se de que seu ofício é *jus dicere* e não *jus dare*, interpretar a lei, não fazer a lei, ou dar a lei.”

Não obstante a resistência dos filósofos dos séculos XVII a XIX, reproduzida por alguns estudiosos da atualidade, de há muito a possibilidade de o juiz ser o criador do direito já era reconhecida, com Jeremy Bentham : “embora o juiz, como se diz nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade o criador do direito”, porque por mais simples e precisa a linguagem legislativa, elas sempre deixam lacunas, ambigüidades e incertezas, a serem preenchidas pelo juiz²⁷.

25 AIETEA, Vânia Siciliano. Reforma política: estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. 67-147.

26 Discurso de Lord Radcliffe na convenção anual da Law Society de 1964; citado, sem referências bibliográficas, por P.A. Jones, Rival. Law Reformers?, The Solicitors- J., 110, 30.09.1966, pág. 733 citado por: CAPPELLETTI, p. 25

27 CAPPELLETTI, op. cit, p. 17-18.

É instigante o tema da criatividade da função jurisdicional, ou seja, da produção do direito por obra dos juízes. Seria o juiz mero interprete/aplicador do direito ou ele participa, lato sensu, da atividade legislativa, ou seja, da criação do direito?

A interpretação e a criação do direito são institutos próximos e o juiz ora exerce um, ora outro. O juiz não é mera máquina de dizer o direito. A concepção montesquiana de juiz “boca da lei” está ultrapassada, quer pelas exigências das sociedades dos estados sociais, quer pela vaguidade dos textos normativos e, principalmente, face à exigência de uma Constituição aberta.

Certo é que a aplicação do direito pressupõe a interpretação da norma. Difícil é, contudo, traçar uma linha distintiva entre a interpretação e a criação do direito, principalmente quando se depreende que o Estado Moderno forçou a expansão dos domínios da lei e, por conseqüência, do direito judiciário, do que se subentende... “a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes”²⁸.

Dito isso, e superada a aparente dicotomia entre criação e interpretação do direito, é de se identificar que o verdadeiro problema, consoante Mauro Cappelletti²⁹, reside: a) no grau de criatividade; b) nos modos; c) limites e d) aceitabilidade da criação do direito por parte dos juízes.

A atividade criativa judicial deixa ínsita a discricionariedade, que não se confunde com arbitrariedade. Apesar de o juiz ser inevitavelmente criador do direito, não o é de forma livre e sem peias: há limites nos quais esbarra sua criatividade. Contudo, tais limites não são o fator distintivo entre a atividade legislativa e a atividade judiciária³⁰.

28 “Encontra implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade”. CAPPELLETTI, op. cit, p. 20

29 “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos Tribunais Judiciários”. CAPPELLETTI, op. cit, p. 21.

30 “Mas uma vez reiterado tal esclarecimento, entendo necessário reafirmar igualmente, que os limites substanciais, diversamente dos formais ou processuais, dos quais nos ocuparemos adiante, não têm a virtude de caracterizar a ‘natureza’ do processo jurisdicional. Em particular, não podem representar o elemento distintivo da jurisdição em face da legislação ou da administração. De um lado, a atividade administrativa pode ser, e normalmente é, vinculada aos mesmos limites substanciais que se impõem ao juiz. De outro lado, quando o juiz é livre para basear as próprias decisões em preceitos vagos e não escritos de equidade, sua atividade não pode ser diferenciada da do legislador, no que concerne aos seus limites substanciais. E até a atividade do juiz vinculado à leis, aos precedentes, ou a ambos dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional. Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de freqüência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciários ordinários, em relação às normas constitucionais - usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos - como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma quantitativamente mas não qualitativamente diversa do juiz. E não está dito que a legislação cesse de ser tal simplesmente porque deve se conformar, a sua vez, com vínculos bastante precisos, constitucionais ou de justiça constitucional, não

Tais limites, ou restrições, variam conforme a época e a sociedade, mesmo no âmbito da época e da sociedade. “Incluem, vez por outra, precedentes judiciais, opiniões de juristas, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos, códigos etc.”³¹.

No que tange ao grau da criatividade, “a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais - usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos - como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos frequentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma quantitativamente mas não qualitativamente diversa do juiz”³².

Os críticos à atividade criadora judicial o fazem porque ela se traduziria em interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, uma desviação da estrada principal do processo legislativo e, por consequência, seria antidemocrática, o que fica mais nítido em se considerando que o Judiciário não é eleito, ao passo que o Legislativo o é, consoante lições de Lord Devlin³³. Arremata o mencionado autor: “É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário”³⁴.

Todavia, discorda Mauro Cappelletti de tais assertivas, sob argumento de se tratar de unilateral ponto de vista, haja vista que “o controle do judiciário sobre o legislativo, ou seja, sobre as leis, de modo algum significa superioridade do primeiro sobre o segundo, se constitui um aspecto de bem equilibrado sistema de controles recíprocos, ou seja, de *checks and balances*”³⁵. Elenca Cappelletti elementos a refutar a profecia de Lord Devlin, sob o argumento precípuo de que

menos claros e detalhados, por sua vez, dos que de modo mais freqüente se impõem aos juizes, não apenas para delimitar negativamente, mas também, em larga medida, para determinar positivamente o conteúdo da própria lei. Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a natureza dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito. CAPPELLETTI, op. cit., p. 26-27.

31 CAPPELLETTI, op. cit., p. 24.

32 CAPPELLETTI, op. cit., p. 27.

33 nota 35, supra, p. 10. Formulação análoga, mas muito discutível encontra-se ultimamente, por exemplo, em : Winterton, G. Parliamentary supremacy and the judiciary. *Law Quarterly Rev.*, v. 97, p. 265-267 1981, em que o autor escreve seja a “tentativa de elevar o judiciário, que não é eleito, sobre o legislativo, que o é, pelo contrário, é antidemocrática”. (Cappelletti, op. cit., p. 93, nota de rodapé).

34 CAPPELLETTI, op. cit., p. 93.

35 CAPPELLETTI, op. cit., p. 93, nota de rodapé.

um Judiciário ativo favorece a concretização dos direitos sociais. São cinco ponderações, aqui sinteticamente resumidas:

1º - Demonstram os cientistas políticos que a liderança legislativa e executiva não é perfeito paradigma de democracia, embora seja considerada, tradicionalmente, diretamente responsável perante o povo. Dissipou-se a utopia tipicamente ocidental de que os poderes políticos possam alcançar o consenso da maioria dos governados.

Citando o Professor Martin Shapiro, jurista e cientista político da Universidade da Califórnia, em Berkeley, cujas reflexões são pertinentes ao sistema político-constitucional norte americano, mas podem ser estendidas ao mundo ocidental, sustenta Cappelletti: “O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a completa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes... Na verdade, os próprios entes públicos, com o fim de auxiliar os seus programas e os dos grupos por eles representados, procuram promover apoios e alianças com outros grupos, dentro e fora do governo. Nesse processo de formação, troca e empréstimo de ‘força política’, as questões que freqüentemente aparecem não dizem respeito a decisões majoritárias. Não há sentido, portanto, no mundo político real, em submeter, de forma simplística, os vários ramos do government a análises baseadas em etiquetas como ‘voz da maioria’, ‘democrático’ ou ‘não democrático’. Certamente há muitos casos em que as decisões políticas do governo (...) refletem o sentimento da maioria ou dela decorrem, mas isto não é verdade também muitos casos”³⁶.

Com efeito, abrindo parêntese na primeira das ponderações de Cappelletti, imperioso ressaltar que a contestação da vontade geral, da maioria, em prol da minoria, é tema de debates. Consoante François Rigaux, há “uma contradição própria da democracia política. Seja qual for sua forma, um regime assim se funda na vontade do maior número. As leis são votadas em maioria simples, que também basta para eleger o chefe de Estado ou, sob um regime de democracia parlamentar, para recusar a confiança do governo. Esta maioria pode fazer tudo? Um primeiro contrapeso, mas de natureza política, é fornecido pela alternância dos partidos ou das tendências que estão no poder. Os eleitores indecisos, os que não têm filiação política definida, são em geral os árbitros do jogo político. Há majorias substituintes, e a prática parlamentar ensina que durante a mesma legislatura nem todas as leis são votadas pela mesma maioria. Todavia, esse temperamento de natureza política não basta para prevenir a transgressão de certos direitos fundamentais das minorias. Este é precisamente o objetivo das disposições substanciais de uma

36 SHAPIRO, M. Freedom of speech: the supreme court and judicial review. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1966. pág. 24 e nota 204, p. 24-25. CAPPELLETTI, op. cit, p. 95-96.

Constituição, e estas permaneceriam letra morta se, depois de ter sido cometida, tal violação não pudesse ser reparada”³⁷.

A propósito, pensadores, historiadores e estudiosos, em diversas épocas delineavam o entendimento acerca de partido político. Deve-se compreender o termo como sistema político, na acepção de formação de coalizão governamental, teorica e abstratamente, apta a dar “sustentação” ao governo. No campo concreto, todavia, há a deturpação da finalidade “propalada” por seus integrantes. Na ciranda da história diversos eram os conceitos, da pureza da ideologia à dureza da realidade concreta. É de bom alvitre a citação de Edmund Burke, Raymond Aron, E. Schattschneider, Josef Schumpeter, Max Weber e, finalmente, Tocqueville, sendo que os dois últimos adequam-se perfeitamente a realidade retratada por Martin Shapiro acerca do sistema político:

a) para Edmund Burke, partido político “é um conjunto organizado de homens reunidos para trabalhar em comum no interesse nacional, segundo o princípio particular a respeito do qual concordaram. (...) a vocação do filósofo é definir os fins próprios do poder. A vocação do político, que é um filósofo comprometido com a ação, é encontrar os meios adequados para tais fins e utilizá-los com eficiência”³⁸.

b) segundo Raymond Aron, é uma “organização (ou agrupamento) regular ou durável de determinado número de indivíduos com vistas ao exercício do poder, isto é, seja da conquista, seja da conservação do poder”³⁹.

c) para E. Schattschneider “um partido político é, em primeiro lugar, uma tentativa organizada de tomada do poder”⁴⁰.

d) Josef Schumpeter assim define partido político: “Um partido político não é ... um grupo de homens que se propõem a promover o bem-estar público, conforme um princípio em que todos estão de acordo... Um partido é um grupo cujos membros se propõem a atuar concertadamente na luta competitiva pelo poder político”⁴¹.

e), de acordo com Max Weber, “o termo ‘partido’ será sempre empregado para designar relações sociais de tipo associativo, uma participação fundada em um recrutamento livre. Seu objetivo é assegurar o poder a seus dirigentes no seio de um grupo institucionalizado, a fim de realizar um ideal ou obter vantagens materiais para seus militantes”⁴².

37 RIGAUX, op cit., p. 32.

38 BURKE, E. *Toughts on the cause of the present discontents*. London: J. Dodsley, 1770.

39 ARON, Raymond. *Introduction à l'étude des partis politiques*. Paris: FNSP, 1949.

40 SCHATTSCHEIDER, E. *Party government*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1942.

41 SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. New York; London: Harper & Brothers, 1942.

42 WEBER, Marx. *The theory of social and economic organization*. New York: Oxford University Press, 1947. Destaque nosso.

2º - A segunda ponderação demonstra que o Judiciário não é despidido de representatividade. De acordo com estudos do Professor Robert Dahl, cientista político americano, a Corte Suprema dos Estados Unidos teve alta rotatividade: “um novo juiz foi nomeado a cada vinte meses”, o que permite certo controle da filosofia política da Corte, “de tal maneira que essa nunca permanece por muito tempo em contraste com a filosofia prevalecente nas maiorias políticas no poder dentro do país”⁴³. Observa-se que este argumento, *prima facie*, perde força nos países onde os juízes não são nomeados de forma política ou eletiva, como os da “Civil Law”. Contudo, ressalva que tal argumento cai no vazio porque, em grande número de países, tal qual o Brasil, os membros são nomeados politicamente, o que reafirma a regra⁴⁴.

3º - O terceiro argumento formulado pelo Professor Martin Shapiro consiste em que os tribunais podem permitir o “acesso ao judicial process e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao political process. Tais grupos, raciais, religiosos, econômicos, “encontraram nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da via de determinado país”⁴⁵.

4º - O verdadeiro problema do tema da criatividade jurisdicional não é o de uma abstrata legitimação, mas um problema de restrições concretas, que se consubstanciam em ‘textos’ escritos e normas de ‘direito natural’, a ‘tradição’ e o ‘consenso geral’, a ‘idéia de progresso’ etc.: esses e outros elementos e critérios, embora vagos, flexíveis, contraditórios e, em todo caso, incompletos e insuficientes, podem todavia, auxiliar para fazer com que os valores criados pelo juiz, inevitavelmente pessoais, sejam apesar disso menos individuais e mais sociais, isto é, mais objetivos. Não se cuida de uma questão de impessoalidade, nunca alcançável, mas de uma questão de objetividade relativa, ou seja, de conexão com a história, evoluções, necessidades, tendências e ideais da sociedade.

Em conclusão, parece-me que a criatividade jurisdicional - criatividade do direito e de valores - é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de

43 SHAPIRO, op. cit., p. 24 e nota 204, p. 24-25. citado por: CAPPELLETTI, op. cit., p. 95-96.

44 Segundo o Professor Dahl, acerca da Corte Suprema Americana, “com exceção de breves períodos de transição, constitui esse tribunal um componente da aliança política dominante do país (...) Na falta de consenso substancial no seio dessa aliança, qualquer tentativa da Corte de determinar uma orientação política está fadada, provavelmente, a ser desastrosa, como demonstram a decisão do caso Dred Scott e os pronunciamentos dos primeiros tempos do New Deal”. (CAPPELLETTI, op. cit., p. 95/96).

45 CAPPELLETTI, op. cit., p. 100. E continua o Prof. Martin Shapiro: “São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’, que a Corte pode melhor servir (...). Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (‘adversary’) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena”.

restrições. Isto é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular. Os juízes não podem fazer menos do que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional. E essa possibilidade (...) é real não apenas em face do direito jurisprudencial ordinário, mas também em relação ao direito jurisprudencial constitucional, em que o instrumento para tal ab-rogação ou modificação é dado pela revisão constitucional, embora esta seja rara. Deste modo, a última palavra no processo de produção do direito pertence sempre à ‘vontade majoritária’, tal como se expressa, em forma de maioria simples ou qualificada, na legislação ordinária ou constitucional⁴⁶.

Salienta Cappelletti, ainda, que a função dos juízes é concreta e fundamental, atenta às necessidades, ônus e aspirações quotidianas da sociedade, o que permite contato contínuo com os problemas mais concretos e atuais da sociedade, “mantendo-se ao mesmo tempo, nada obstante, suficientemente independentes e afastados das pressões e caprichos do momento”, ao contrário do legislador que tem de lidar “tipicamente com problemas gerais, abstratos ou vagamente previstos”. Tal combinação, na visão do Professor Henry M. Hart Jr., predestina os tribunais “a serem a voz da razão, encarregados do trabalho criativo de redescobrir, caso por caso, e de articular e desenvolver princípios objetivos e duradouros⁴⁷”.

De acordo com o reitor Roscoe Pound, “o direito judiciário exhibe real vantagem, na competição com o direito legislativo, por operar com casos concretos, generalizando apenas depois de longo período de tentativas experimentais, de provas e contraprovas (‘trial and error’), no esforço de chegar à elaboração do princípio praticável. A legislação, pelo contrário, quando não meramente declarativa, quando não se limite a colocar em forma de lei vinculante o que já foi adquirido pela experiência jurisdicional, implica todas as dificuldades e perigos próprios da profecia”.

Ao finalizar a abordagem Cappelletti relata as condições essenciais para possibilitar e potencializar a produção judiciário do direito: “Em conclusão e síntese deste quarto argumento, pode-se dizer portanto que, embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais. Trata-se, repito, de uma potencialidade que, contudo, necessita de certas condições para se tornar realidade. Examinei em outro lugar quais condições entendia, e ainda entendo, serem vitais. A primeira radica-se no sistema de seleção dos juízes, que deve ser aberto a todos os extratos da população, mesmo se inevitáveis certos requisitos de educação. A segunda é que todos tenham igual

46 The Mighty Problem, nota 119, p. 410, n. 7, citado por CAPPELLETTI, op. cit., p. 103.

47 CAPPELLETTI, op. cit., p. 104.

oportunidade de acesso aos tribunais. O problema, enfim, é de ‘acesso’: acesso aos tribunais e à educação. Em termos mais gerais, cuida-se, afinal de contas, do problema da igual acessibilidade ao sistema jurídico⁴⁸.

Conclui-se que o Brasil enquadra-se, perfeitamente, nas condições acima, de vez que o acesso ao Poder Judiciário no início da carreira se dá via concurso e recentes pesquisas já constataram que a maior parte dos juízes provém das classes média e baixa⁴⁹. Demais disso, quanto ao acesso ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, qualquer cidadão de notório saber jurídico e reputação ilibada pode nela ingressar, mesmo que não seja advogado ou bacharel em direito.

5º - a última conclusão acerca do tema é a necessidade de o Judiciário preservar a democracia manejando o sistema de checks and balances, tendo em vista o crescimento dos poderes políticos, de vez que a “noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária”⁵⁰.

48 CAPPELLETTI, op. cit., p. 106. E continua: “Certamente essas duas condições não se verificam em toda parte, e nem ocorrem em nenhum lugar completamente. Todavia, há certo núcleo de verdade no afirmado, recentemente, por Shirley Hufstедler, conhecida juíza federal americana. Sustentou ela que a capacidade de acessibilidade dos tribunais é muito superior à de outros órgãos do governo. Enquanto, efetivamente, a chave para abrir as portas de um tribunal é, simplesmente, ‘o pedido da parte’, e enquanto as atividades do tribunal em grande parte são ‘conduzidas publicamente’, permanece ‘coberto de mistério’, pelo contrário, o modo pelo qual uma pessoa pode obter audiência ‘perante as câmaras legislativas’ ou ‘nos escritórios internos do poder executivo’, mesmo quando, ‘o que certamente ajuda, é muito rica ou poderosa”. (CAPPELLETTI, op. cit., p. 106. Destaque nosso).

49 “...o magistrado brasileiro realiza, de uma perspectiva temporal, o chamado movimento curto de mobilidade social em 29% dos casos, tendo sido o atual juiz quem efetivou o corte com a situação familiar de origem. Outros 32,8% inscrevem-se em uma trajetória de mobilidade social de longa duração - o avô tendo pertencido ao estrato baixo ou médio e o pai ao estrato médio. Esses dois movimentos indicam que 62% dos magistrados provém de uma cultura familiar sujeita a transformações mais ou menos bruscas. Tal fato está a sugerir que a maioria dos magistrados não é portadora de uma visão de mundo sedimentada e socialmente homogênea, tendo transitado em diferentes ambientes culturais, o que em princípio tende a favorecer nesse tipo de juiz uma maior sensibilidade a processos de mudança social, ainda que não se possa, com base apenas no processo de mobilidade, presumir os modos, as formas e a direção dessa sensibilidade. Noutra ponta situam-se os juízes que reproduzem a condição de seu pai (34,9%). Neste conjunto, estão incluídos aqueles juízes aos quais e pode legitimamente atribuir uma origem no estrato das elites. Dentre estes, contudo, apenas 10,1% pertenceriam a uma tradição de elite mais sedimentada”. Tal situação difere-se bastante da França, onde metade dos juízes possui condição social do pai. (VIANA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 117).

50 “há pouco observei como apenas em sistemas democráticos de governo os direitos do homem têm a chance de serem respeitados. Contudo, o inverso também se mostra verdadeiro: a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais. E como notei em outra parte deste ensaio, citando eminente economista, a preservação da liberdade exige a eliminação (da) concentração de poder (...) e a (...) distribuição do tanto de poder que não possa ser eliminado, vale dizer, um sistema de checks and balances’. Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas”. (CAPPELLETTI, op. cit., p. 106-107).

Há mais uma justificativa que merece ser acrescida: a evolução das sociedades fruto do Estado Social, bem como a globalização.

No Brasil, principalmente após a Constituição de 1.988, isto se fez sentir: há uma avalanche de aspirações e exigências sociais por parte dos cidadãos e, principalmente, dos novos atores sociais⁵¹. A par disso, o processo legislativo tornou-se vagaroso e letárgico, “particularmente lento, obstruído e pesado, forçando, por conseqüência, o aumento do grau de criatividade da função judiciária”⁵².

Assim, as exigências sociais e a letargia do processo legislativo, praticamente forçam a atividade criadora do juiz. Não é demais arrematar com Cappelletti, para mencionar o verdadeiro perigo da atividade criadora do juiz: “O verdadeiro perigo a prevenir não está, portanto, em que os juízes sejam criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o ‘modo’ do processo jurisdicional. Decerto esse modo, embora presente, como se viu, a única força e a grande ‘virtude’ da função jurisdicional, pode ao mesmo tempo ser considerado também a causa, ou oportunidade de ‘limitações’ ou ‘debilidades’ de tal função. Já discutimos amplamente essas qualidades antagônicas, reais ou potenciais, do fenômeno jurisdicional e muito ainda se poderia dizer a respeito. Basta observar agora que, onde prevaleçam ou mais e acentuem tais ‘debilidades’, mas conveniente ser tornará maior dose de ‘self-restraint’ do judiciário e provavelmente também de maior cuidado em tornar manifesta essa atitude de reserva e prudente abstenção de juízes. Uma maior dose de ativismo se recomendará, ao invés, na hipótese contrária. Verdade é que nossas conclusões sobre este ponto devem ser caracterizadas por agudo senso de realismo e relativismo pragmático. As debilidades podem prevalecer sobre pontos de força, ou vice-versa, segundo circunstâncias de tal modo variáveis que impossibilita-

51 “Os grupos sociais têm percebido o Judiciário como um ‘locus’ essencial de afirmação desses direitos e superação desse déficit. Trata-se, evidentemente, de uma sinalização do cidadão no sentido da legitimação da magistratura. O Estado liberal organizou-se sob a égide de uma concepção individualista da sociedade. A forma política que o sucedeu – o Estado social – transferiu esse eixo para as classes sociais. Os atores privilegiados por esses momentos foram os partidos e os sindicatos. O debate atual sobre o esvaziamento da democracia representativa e a crise do Estado social reflete uma situação de deslocamento dos poderes. Na falta de melhor palavra – e para não incidir na pouco esclarecedora e controversa expressão ‘pós-moderno’, que em alguns discursos parece admitir o retorno ao Estado mínimo ou ao fim dos Estados nacionais – utilizar-se-á, para identificar a forma política posterior às transformações no Estado social, a expressão ‘Estado pós-social’. Nesse Estado, obviamente sem eliminar os problemar interindividuais nem ignorar a relevância da conflituosidade de classes, os novos movimentos sociais se apresentam como sucedâneos funcionais de partidos e sindicatos”. (FARIA, op. cit., p. 31-32).

52 CAPPELLETTI, op. cit., p. 131-132. E continua o autor citando SHAPIRO, Martin M. *Law and politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964. p. 24-32. “o mito tradicional do juiz impessoal, não político, mero intérprete do direito, cujas decisões nada mais são do que o resultado de inexorável lógica jurídica’ como o instrumento de uma estratégia que visa a aumentar a aceitabilidade e a eficácia da que, em realidade, constitui uma função de decisão política (págs. 26-27). Naturalmente, as possíveis vantagens do ‘juiz montesquiano’ devem, contudo, ser compensadas em face da possibilidade de que esse juiz, retraindo-se diante das questões de relevo político ou aparecendo demasiadamente formalista ou conservador, acabe por perder relevância da opinião pública”.

riam uma completa classificação, circunstâncias que apenas em parte podem se enquadrar em certas características fundamentais das grandes famílias jurídicas, tais como as de ‘Civil Law’ e ‘Common Law’.

Com referência a essas duas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a conseqüência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenômeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica”⁵³.

7. Dos princípios como força legitimadora do ativismo judicial e seus limites: rápida síntese.

Em poucas linhas não se pode esgotar tão árduo tema.

Não obstante, deve-se aliar, ainda que, em passant, Ronald Dworkin, Robert Alexy à Mauro Cappelletti. De acordo com o primeiro, os princípios devem nortear o ativismo judicial, de vez que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do direito. São “mandados de otimização” (Canotilho). Têm “caráter de fecundidade” (Paulo Bonavides). São “...dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo direito em princípios”⁵⁴.

Para Alexy, as regras são mandados definitivos, enquanto os princípios são mandamentos de otimização, motivo por que não requerem a realização integral de seu dispositivo. Podem, por isso, ser aplicados em diferentes graus, “dependendo do contexto fático em que a aplicação é requerida, bem como as possibilidades jurídicas relativas ao caso, que se consubstancia tanto em regras a ele relacionadas quanto em princípios”.

53 CAPPELLETTI, op. cit., p. 133-134.

54 Cf. Carmen Lúcia Antunes Rocha. In: ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. p. 16-17.

Ronald Dworkin preleciona que a diferença entre regras e princípios não é somente quantitativa mas, antes disso, qualitativa: os princípios jurídicos são, também, princípios morais.

O método utilizado por Dworkin é o reconstutivo: a função da interpretação judicial é a de racionalizar o ordenamento jurídico a partir da moralidade, que é dinâmica, e não estática (como se dá nas versões jusnaturalistas). “Por isso, ele se torna capaz de justificar o ativismo judicial: cabe ao magistrado se orientar pela moralidade social cambiante, promovendo interminavelmente a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos conteúdos assumidos pelos princípios”⁵⁵.

Dessa maneira, escorando-nos em Dworkin e Alexy, há de se combater a rígida separação entre os Poderes - quiçá lançando mão da doutrina do “checks and balances” - que impossibilita a ativação judicial, de vez que a forma de legitimação fundada na separação dos poderes é conciliada com a defesa do ativismo judicial.

Os princípios têm os seguintes nortes: a) dirimir dúvidas interpretativas e b) reduzir a discricionariedade judicial, limitando a função interpretativa. Daí decorre a utilidade dos princípios, segundo Luís Roberto Barroso: a) embasar decisões políticas fundamentais; b) conferir unidade ao sistema normativo; c) condicionar a atuação dos poderes públicos⁵⁶.

Assim, finaliza-se o argumento na esteira de Ronald Dworkin e John Rawls, segundo os quais o ordenamento jurídico é um sistema em que, a par das regras (normas legais), há os princípios que incorporam exigências de justiça e dos valores éticos, e constituem o suporte axiológico apto a conferir coerência interna e estrutura harmônica ao sistema jurídico⁵⁷.

É o que ocorre com o caso em comento da fidelidade partidária: o princípio da moralidade norteia a questão.

Oportuno citar Humberto Ávila, que trata do princípio da moralidade em relação à Administração, cuja análise cabe no presente contexto: “Como se pode perceber, o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração”⁵⁸.

55 MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). Os princípios na Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 89-90.

56 BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros. Revista Jurídica THEMIS, Curitiba, n. 7, p. 17-39, out. 1991.

57 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar: 2006. p. 411-412.

58 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 96.

Assim, a troca de legenda a bel-prazer, fere o princípio da moralidade, frauda a vontade do eleitor e viola o modelo de democracia representativa proporcional, cujo sentido é conferir o mandato ao partido e não ao candidato.

8. Conclusão.

Não obstante o posicionamento contrário acerca do ativismo judicial, principalmente por parte do legislador, não se trata de usurpar suas funções, mas de contribuir o juiz como artífice da engenharia social para uma sociedade moderna, justa e igualitária. Tal contribuição, todavia, há de ser com ponderação e comedimentos, e não como uma panacéia, um remédio para todos os males cuja dose em excesso se transforma em veneno. A sociedade brasileira já atingiu a maturidade suficiente para aceitar a discussão e a contribuição efetivamente positiva de tal proceder. Aliás, é preciso rememorar com Ihering que o Direito existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele⁵⁹.

O que interessa e sem ponderações é que não há coisa mais salutar do que o estabelecimento da fidelidade partidária, tema que transborda os lindes dos estatutos partidários⁶⁰, trazendo reflexos em toda a sociedade, porque a excessiva liberdade se transmutou em libertinagem, provocada por escambos não convencionais materializados em aprovações de emendas, supostos mensalões, promessas de cargos.

Com certeza, o limite, o basta, havia de ser fixado, especificamente no que tange aos cargos proporcionais.

A fonte da qual o juiz legislador utiliza-se para a sua atividade é justamente a Constituição e os princípios nela ínsitos, principalmente o princípio da moralidade. Um dos fatores justificantes é o princípio da tolerância, que se traduz em respeito e consonância, para que tantos projetos diversos acerca do que seja a “vida boa”⁶¹ possam coexistir dentro dessa mesma sociedade.

Nossa Constituição é fruto de discussões e debates, e está em constante mutação e evolução face às modificações oriundas da atividade interpretativa⁶²; nossa sociedade é aberta e pluralista; sua interpretação é realizada

59 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 147.

60 Estatutos dos partidos políticos.

61 GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: _____. Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. citado por: AMARAL, Rafael Caiado. Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. p. 118.

62 Não há exemplo mais contundente acerca do ativismo judicial do que, no campo do controle de constitucionalidade, a interpretação conforme, sem redução de texto.

pelos diversos intérpretes em uma sociedade aberta, “aberta no sentido de ser construída por várias experiências que se modificam e se enriquecem com o tempo, sendo, portanto, dinâmicas”⁶³.

Com efeito, “as Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las”⁶⁴.

Consoante Humboldt, a Constituição não pode permanecer estéril, Constituição meramente Jurídica: “Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência”⁶⁵.

REFERÊNCIAS

AIETEA, Vânia Siciliano. **Reforma política: estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 67-147.

AMARAL, Rafael Caiado; Peter Häberle E. **A hermenêutica constitucional: alcance doutrinário**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

63 “A sociedade moderna está alicerçada no pluralismo. Este, por sua vez, representa uma variedade de idéias e de interesses na comunidade política, não sendo compatível com o recurso a uma vontade homogênea e unitária do povo nem consentânea com a pretensão de verdade absoluta. O pluralismo está presente em todos os domínios, do político ao econômico, do científico ao artístico. A sociedade pluralista só pode subsistir se for, também, uma sociedade tolerante. O Princípio da tolerância é o instrumento de respeito e consonância, para que tantos projetos diferentes possam coexistir na mesma sociedade. Daí, porque Karl Popper definiu esse modelo social como sociedade aberta, diversa daquela estamental, totalitária da Idade Antiga e Média. Aberta no sentido de ser construída por várias experiências, que se modificam e se enriquecem com o tempo, sendo, portanto, dinâmicas”. Sociedade fechada, no sentido de sociedade totalitária concebida organicamente e organizada tribalmente segundo normas não modificáveis. Ao contrário, “a sociedade aberta, na sua concepção, configura-se inversamente como sociedade baseada no exercício crítico da razão humana, como sociedade que não apenas tolera, mas estimula, em seu interior e por meio das instituições democráticas, a liberdade do indivíduo e dos grupos tendo em vista a solução dos problemas sociais, ou seja, tendo em vista contínuas reformas”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora: 1994. citado por: AMARAL, op. cit., p. 117-119).

64 *Ideen der Staatsverfassung, durch die neue franz Konstitution ve ranlajt (1791)*, Ges.Schriften, organizado pela Preussische Akademie der Wissenschaften 1(1903), p. 78 (Grifos meus), citado em KONRAD, Hesse. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, S. A. Fabris, 1991 p.

65 “Na monografia sobre a Constituição Alemã, de dezembro de 1813, desenvolveu Humboldt as seguintes reflexões. As Constituições, afirma, pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência”. (KONRAD, op. cit., p. 10).

- ARON, Raymond. **Introduction à l'étude des partis politiques**. Paris: FNSP, 1949.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BURKE, Edmund. **Thoughts on the cause of the present discontents**. Works, v. 1, p. 347-49, 1770
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: _____. **Os Princípios na Constituição de 1988**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 57-99
- CHARLOT, Jean. **Os partidos políticos**. Brasília: EdUnB, 1982.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES Coelho, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2005.
- RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: S. A Fabris, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite, **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.
- SCHATTSCHEIDER, E. **Party government**. New York: Rinehart, 1942.
- SCHUMPETER, Josef. **Capitalism, socialism and democracy**. New York: Harper & Row 1942.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

VIANNA, Luiz Wernneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan,

WEBER, Max. **The theory of social and economic organization**. New York: Free Press, 1947.