

Estado de Direito e tipos de juiz:
por uma tipologia ideal do ativismo judicial no Estado Constitucional

Gabriel Eidelwein Silveira¹

Tamires Eidelwein²

Resumo: Este ensaio teórico retrabalha, enquanto tipos ideais, os modelos do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito; e a hipótese da correlação destes com os modelos de atuação judicial descritos por François Ost, respectivamente, como juiz Júpiter, juiz Hércules e juiz Hermes. Iniciamos explicando brevemente a metodologia da tipologia ideal. Após, refutamos, como modelos extremos e equivocados, tanto o “mito da toga” quanto a perspectiva do realismo jurídico estadunidense. Estabelecemos a correlação entre o Estado Liberal e o juiz Júpiter. Problematicamos o ativismo judicial sob uma constituição liberal a partir do caso estadunidense. Discutimos a hipótese da proeminência do poder executivo no Estado Social. Estabelecemos que é fraca a correlação entre o constitucionalismo de tipo “social” e a atuação judicial descrita como “herculana”. Por fim, confirmamos a hipótese da correspondência entre o Estado Democrático de Direito e o modelo de atuação judicial associado ao juiz Hermes.

Palavras-chave: Tipo ideal, François Ost, estado constitucional, ativismo judicial.

Rule of law and types of judge:
towards an ideal typology of judicial activism in the Constitutional State

Abstract: This theoretical essay reformulates, as ideal types, the models of the Liberal State, the Social State and the Democratic State under the rule of Law; and the hypothesis of their correlation with the models of judicial behavior described by François Ost, respectively, as judge Jupiter, judge Hercules and judge Hermes. We begin by briefly explaining the methodology of the ideal typology. Afterwards, we refute, as extreme and mistaken models, both the “myth of the robe” and the perspective of American legal realism. We establish the correlation between the Liberal State and the judge Jupiter. We problematize judicial activism under a liberal constitution by looking at the American case. We discuss the hypothesis of the prominence of the executive branch in the Social State. We establish that there is a weak correlation between “social” constitutionalism and the judicial behavior described as “Herculaneum”. Finally, we confirm the hypothesis of the correspondence between the Democratic State under the rule of Law and the model of judicial behavior associated with the judge Hermes.

Keywords: Ideal type, François Ost, constitutional state, judicial activism.

¹ Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - PPGS/UFRGS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Piauí - PPGS/UFPI. Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Estado Democrático e Sociedade Contemporânea (NEPES).

² Mestra em Antropologia pela Universidade Federal do Piauí - PPGAnt/UFPI. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Piauí - UESPI/Campus de Picos-PI.

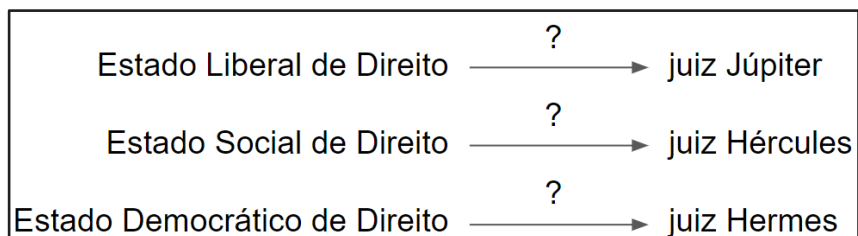
Introdução

No presente ensaio, discutimos os padrões de atuação judicial, relacionando as formas de racionalidade judicial aos grandes modelos do Estado de Direito e tratanda-os metodologicamente como tipos ideais sociológicos, no sentido da sociologia compreensiva weberiana (WEBER, 1999). Este exercício visa dar inteligibilidade ao fato do ativismo judicial, identificando a racionalidade própria de cada um dos grandes modelos de “ideário constitucional” e o tipo de ativismo judicial (hipoteticamente) correspondente, superando assim interpretações extremadas e antagônicas, tais como o “mito da toga” (BRIGHAM, 2010; MAVEETY, 2009) e o realismo jurídico estadunidense (HOLMES, 1897; GODOY, 2013).

Para fazê-lo, trabalhamos e refletimos sobre a hipótese da correspondência dos tipos de Estado de Direito - na teoria política, tais como descritos por Streck e Morais (2000) - com os “três tipos de juiz”, conforme a conceituação sociológica de François Ost (2007). Em nossa argumentação, igualmente, apontamos alguns pontos problemáticos da argumentação destes autores, de forma a adequar e precisar seus conceitos, atingindo a pureza conceitual necessária a uma definição sociológica típica-ideal.

Adiante, neste ensaio, serão descritos os tipos ideais do ativismo judicial, relacionando, por hipótese, três ideários constitucionais típico-ideais a três concepções da função judicial. Para tanto, os tipos de Estado de Direito, conforme descrição de Streck e Morais (2000) - Estado Liberal de Direito; Estado Social de Direito; e Estado Democrático de Direito - serão correlacionados, por hipótese, ao três modelos de atuação judicial, consoante a teorização sociológica de François Ost (2007) - o juiz Júpiter; o juiz Hércules; e o juiz Hermes.

Quadro 1 - Hipótese de trabalho: correlação entre os tipos de Estado Constitucional e os tipos de juiz



Fonte: os autores.

Esta correlação é sugerida no próprio artigo clássico de François Ost de 1993,

intitulado *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez* (OST, 2007) e explicitamente trabalhada em um ensaio de Anderson de Paiva Gabriel, publicado no site *Jota*, em 2017 (GABRIEL, 2017), o qual tomamos como referência. Ao longo do ensaio, demonstraremos que a correspondência entre a atitude distante do juiz Júpiter é típica da lógica do Estado Liberal de Direito, assim como a atitude unificadora de “mensageiro” das promessas constitucionais do juiz Hermes é típica do Estado Democrático de Direito. Entretanto, conforme argumentamos, a atitude impositiva e “ativista” em sentido lato do juiz Hércules não possui necessariamente uma forte correlação com a lógica do Estado Social, motivo pelo qual rejeitamos sua inclusão como um elemento necessário do tipo ideal. Da mesma forma, argumentamos que o conceito de Estado Social que os autores têm em vista não contempla a variedade da experiência histórica dos diversos “estados sociais”, mas apenas ou principalmente o estado de bem-estar europeu. E, mesmo sob esta condição, não se pode considerar o padrão de atuação do judiciário do Estado Social, tipicamente, como sendo a de um juiz Hércules.

Com este exercício, pretendemos contribuir para o entendimento da atuação judicial nos diferentes tipos de Estado constitucional, bem como para a explicação do fenômeno do ativismo judicial, com a fixação de um parâmetro conceitual rigoroso (típico-ideal).

1. A construção dos tipos ideais

Neste ensaio, os tipos ideais sociológicos do ativismo judicial são construídos aproximando, por hipótese, os modelos do Estado de Direito (v.g., STRECK; MORAIS, 2000) e os modelos de juiz (OST, 2007). A elaboração de tipos ideais, tal como Weber (1999) os definiu, não pretende realizar uma descrição “exata” ou “verdadeira” da realidade social; mas, em vez disso, fornecer elementos conceitualmente precisos, em relação aos quais se pode aproximar e interpretar a realidade histórica/empírica, por comparação desta com o modelo ideal-abstrato. Dito modelo, no entanto, enquanto idealidade, embora conceitualmente preciso, será sempre uma abstração irreal. Em outras palavras, os tipos ideais são irrealistas porque extremos³.

Por outro lado, os tipos ideais de ativismo judicial são “compreensivos”, no sentido sociológico (DILTHEY, 1989; SCOCUGLIA, 2002). Isto é, enfatizam o “sentido visado”

³ Nas palavras de Weber: “Quanto mais nítida e inequivocamente se constroem esses tipos ideais, quanto mais alheios do mundo estejam, neste sentido, tanto melhor prestarão seu serviço, terminológica, classificatória, bem como heurística (...). É que metodologicamente se está muitas vezes perante a escolha entre termos imprecisos ou precisos. Mas, quando precisos, serão irrealis e ‘típico-ideais’. Neste caso, porém, os últimos são cientificamente preferíveis” (WEBER, 1999, p.13 - supressão nossa).

conscientemente pelos atores sociais envolvidos no processo descrito (WEBER, 1999, p.3), a saber, neste caso, os juízes constitucionais que apresentam um comportamento decisório dito “ativista”. Compreensão significa, neste marco teórico, a “apreensão interpretativa do sentido” (WEBER, 2000, p.6), quer dizer, a descrição, pelo cientista social, do processo mental consciente dos atores sociais, a forma como justificam e fundamentam suas escolhas, por referência a um ideário compreensível a quaisquer atores sociais (inclusive o próprio cientista social) que saibam identificá-lo e “compreendê-lo” interpretativamente dentro de um marco cultural (inclusive filosófico ou ideológico) ou simbólico.

Neste caso, quando se fala em Júpiter, Hércules e Hermes como “tipos ideais”, nunca se está diante de “um” juiz ou um grupo de juízes históricos específicos e empiricamente determináveis, pois o procedimento próprio desta metodologia consiste precisamente em - num primeiro momento - exagerar intencionalmente algumas características específicas dos casos concretos a partir de pontos de vista conceitualmente unilaterais (a critério do cientista social), de forma a constituir conceitos puros, que são como abstrações extremas, a partir dos quais - em um segundo momento apenas - tornar-se-ia possível aproximar, comparativamente, e discutir casos empíricos e historicamente definidos ou definíveis. É neste sentido que os modelos de ativismo judicial adiante descritos são “inteligíveis”.

Em nossa hipótese de trabalho, a racionalidade - portanto, o sentido mental visado conscientemente pelos juízes constitucionais - será sempre referida ideal-tipicamente aos grandes modelos de “ideário constitucional” que lhe correspondem (Liberal, Social, Democrático de Direito), os quais são os marcadores culturais “compreensíveis” dentro dos quais suas operações mentais e decisórias são “compreendidas” como racionais.

2. A insuficiência dos modelos do “mito da toga” e do “realismo jurídico”

Entendemos que a tipologia ideal do ativismo judicial descrita neste trabalho supera interpretações antagônicas, extremadas e parciais, do comportamento judicial, tais como aquelas identificáveis ao “mito da toga” (BRIGHAM, 2010; MAVEETY, 2009) e ao realismo jurídico (HOLMES, 1897; GODOY, 2013).

Discutamos primeiro o mito da toga. Este corresponde à crença dos juristas profissionais (os práticos), sobretudo aqueles treinados e socializados na cultura do positivismo jurídico (BOBBIO, 1995; BARZOTTO, 2007). Esta crença baseia-se na ilusão da possibilidade de um juiz que possa (e deva) realizar decisões jurídicas que sejam (não

apenas formalmente, mas na realidade) puras operações lógico-subsuntivas, em que normas abstratas se aplicam a casos concretos que perfazem perfeitamente à hipótese de incidência abstratamente prevista, tal como na fórmula “Se X, então Y”⁴.

Assim, o mito da toga fundamenta a visão de uma decisão judicial que seja puramente técnica e de cuja constituição não participam injunções alheias à norma jurídica, tais como as preferências pessoais e ideologias dos próprios magistrados (seus *habitus*); nem mesmo as concepções de virtude profissional em disputa, que traduzem o seu contexto mediato no “campo jurídico” (BOURDIEU, 2004, p.12); nem sequer as lutas políticas no contexto social mais amplo no qual se insere o campo. O mito da toga, assim, nutre a ideologia da “pureza do direito”, na qual baseia-se o positivismo jurídico, seja como construção teórica (KELSEN, 1998), seja como descrição da atitude prática (os *habitus*) dos juristas forjados na tradição do direito continental europeu (SILVEIRA, 2020, p.164).

Com efeito, esta *illusio* (BOURDIEU, 1996, p.139) do campo jurídico (BOURDIEU, 2004, p.12) não corresponde, em geral, à operação mental real do juiz decisor. A crença em um juiz puramente técnico e em um direito absolutamente neutro axiologicamente é melhor definida, do ponto de vista sociológico, como uma ficção bem fundada - no sentido de Durkheim (2008, p.338-339) - nas práticas reiteradas do campo, do que como a explicação completa e plausível do processo mental do tipo da racionalidade judicial que se pensa como neutra e imparcial. Nesta ordem de ideias, o juiz mais “técnico”, mais “neutro”, inclusive o intérprete mais literal - inclusive um “originalista” vocacionado como Antonin Scalia (v.g., CALABRESI, 2007) - pratica, ele também, uma modalidade de “ativismo”. O mentalidade judicial que se socorre ao auto-contenimento (*self-restraint*) enxerga a si mesma como produto de um raciocínio puramente lógico e inarredável, configurando, no entanto, conforme o ponto de vista sociológico aqui adotado, uma visão míope e parcial, incapaz de explicar de forma válida à sua própria prática.

O decisor que se considera “neutro”, mesmo aquele de franca boa-fé e acima de qualquer suspeita, também é “ativista”, em sentido estrito, pois sua “neutralidade” traduz também uma visão de mundo, que é uma visão dentre outras que com ela concorrem e entram em conflito; traduz uma visão do papel do direito na sociedade, a qual reclama por legitimidade, no conflito que estabelece contra outras visões concorrentes no campo

⁴ Exemplos clássicos da lógica subsuntiva da lei: se “matar alguém”, então, incorrerá em pena de “reclusão, de seis a vinte anos” (art. 121, Código Penal brasileiro); ou, ainda, se “causar dano a outrem”, estará cometendo “ato ilícito” e, portanto, ficará “obrigado a repará-lo” (arts. 186 e 927, Código Civil brasileiro); ou, finalmente, se nascer “com vida”, adquirirá “personalidade civil” (artigo 2º, Código Civil brasileiro). (BRASIL, 1940; BRASIL, 2002).

jurídico; traduz, assim, uma visão do Estado, da separação dos poderes e da própria virtude judicial, o que é o *enjeu* específico do subcampo judiciário.

Em uma palavra, colocar-se como “neutro” e “técnico”, mesmo que em franca boa-fé e pelos argumentos mais “técnicos” da ciência jurídica, é também uma tomada de posição “ativista”, mesmo que se trate, neste caso, de um “ativismo conservador”. Interpretamos assim por entender que a passividade judicial - a indiferença da magistratura perante o possível impacto político e social das disputas do campo jurídico - denota, para o bem ou para o mal, ainda que de forma não intencional, na “aceitação” do *status quo* pelo corpo da magistratura. Esta atitude é, também ela, “ativista” em sentido estrito, porque a “passividade” e o auto-contenimento pressupõem uma conformidade ideológica com o *status quo*, traduzida na opinião de que não caberia ao juiz posicionar-se mesmo diante de flagrantes injustiças e violações.

Por sua vez, o realismo jurídico estadunidense (HOLMES, 1897; GODOY, 2013) - oposto à ilusão profissional do campo jurídico, em seu polo “purista”, aqui chamada de “mito da toga” - pretendeu mostrar que, ao decidirem, os juízes fazem, sim, política, no mesmo sentido em que os políticos a fazem, - quer dizer, política ideológica, política partidária, seja progressista ou conservadora.

A abordagem do realismo serviu para impulsionar fortemente, durante várias décadas, a produção de estudos na ciência política estadunidense sobre a jurisprudência da Suprema Corte. Nesta tradição, simbolizada no trabalho fundador de Pritchett (1948) - sobre a polarização da Suprema Corte estadunidense a respeito da constitucionalidade ou não do *New Deal* de Roosevelt -, a jurisprudência constitucional é classificada e interpretada segundo um espectro ideológico, permitindo identificar e até predizer - com precisão estatística - quais juízes votarão de forma mais conservadora ou mais liberal nesta ou naquela matéria: regulação econômica, direitos civis, liberdades fundamentais, etc.

Mas há um problema teórico-científico nesta polarização entre a adesão total à crença da neutralidade e da tecnicidade do direito (representada pelo “mito” positivista da toga), de um lado, e a percepção, não totalmente equivocada, de que os juízes seriam ideologicamente enviesados (representada pela escola do “realismo”), por outro. Conforme Brigham (*in* SARAT, 2012), embora o realismo, baseado na intuição original de Pritchett, enfatizando a dimensão político-ideológica do processo decisório dos juízes, tenha permitido o desenvolvimento da disciplina do *judicial behavior* na ciência política americana (*e.g.* MAVEETY, 2009), o excesso de ênfase no “político”, de parte dos

analistas, tem posto a perder o que há e especificamente jurídico no raciocínio judicial.

Não obstante o “ativismo” dos juízes seja hoje considerado truísmo entre os comentaristas, o fenômeno, na maioria das vezes, não é compreendido em sua complexidade. Na realidade, nas modernas democracias - e principalmente nos sistemas baseados na tradição da *Civil Law* - é apenas de forma muito excepcional que os juízes (como um Hércules) tomam decisões baseadas única ou primariamente em suas preferências político-ideológicas e partidárias; e, se e quando isso acontece, tal é percebido, pelo conjunto dos atores políticos e jurídicos, como uma prática escusa e ilegítima, pois espera-se, nos Estados de Direito, que os magistrados tomem decisões com base no direito vigente (*rule of law*), e não com base em considerações “políticas” e “ideológicas”.

Contradizendo a hipótese da aparente intencionalidade finalística do raciocínio judicial decisório, baseada na evidência de que as decisões empíricas dos juízes constitucionais estadunidenses podem se classificar ideologicamente num *continuum* espectro político, do mais conservador ao mais liberal (cf. PRITCHETT, 1948), como se planejassem, deliberadamente e em cada caso, produzir um impacto específico no mundo e atingir finalidades políticas específicas, advertimos, neste trabalho, à noção de que, no mais das vezes, *o raciocínio real dos magistrados não é politicamente finalístico, pois se dá no espaço simbólico do campo jurídico*⁵.

Ou seja, a possibilidade de causar um impacto concreto específico na sociedade, não é, em geral, historicamente e do ponto de vista típico-ideal, a consideração primária mais importante que um juiz tem em vista no momento de decidir. As decisões judiciais são produzidas por sistemas unificados de disposições profissionais incorporadas, os *habitus* jurídicos. Logo, o conjunto das decisões de um mesmo magistrado ou de um mesmo grupo de magistrados, enquanto práticas sociais, apresentarão a aparência exterior de coerência e alinhamento ideológicos, mesmo que tal não tenha sido necessariamente pretendido pelos próprios agentes. Em duas palavras: o direito não é sempre e necessariamente “político”, em sentido lato, pois o campo e a racionalidade jurídicos possuem uma autonomia relativa.

Além disso, em razão da complexidade do fenômeno constitucional

⁵ Segundo Bourdieu: “é assim, porque os fins ditos objetivos, que só se revelam, no melhor dos casos, tarde demais e do exterior, nunca são apreendidos e postos como tais de modo imediato, na própria prática, por nenhum dos agentes, nem mesmo pelos mais interessados - aqueles que teriam mais interesse em fazer deles os seus fins conscientes (...)” (BOURDIEU, 2004, p.86 - supressão nossa).

contemporâneo, os juízes são chamados, cada vez mais, a decidir casos cuja solução não seja óbvia, não havendo uma resposta única e necessária que decorra logicamente das normas positivas vigentes (a lei), do precedente estabelecido e dos fatos em litígio. Diante da contingência da solução juridicamente “correta” destes *hard cases* (DWORKIN, 1975), os juízes tomarão decisões que serão fatalmente interpretadas como ativistas, pelos cientistas sociais e pelos comentaristas. Estas decisões podem ser consideradas ativistas, na acepção estrita, segundo nosso ponto de vista, apenas porque expressam disposições correspondentes a visões de mundo e visões do direito subjacentes dos juízes, identificáveis e classificáveis com algum critério, as quais não decorrem necessária e univocamente das regras de direito vigente: expressam, então - e não há como não ser assim - algum “voluntarismo” por parte do decisor.

Mas há de se compreender a verdadeira natureza das tomadas de posição “políticas” dos juízes nos Estados de Direito, isto é, naquelas formações políticas caracterizadas pela legalidade identificada a um ideário constitucional definido ou identificável. Excepcionalizemos os casos espúrios em que os juízes comportam-se abertamente como agentes políticos, quer dizer, como “Hércules” - desprezando a razão jurídica, para argumentar de forma ideológica e visando agradar ao seu “eleitorado” segundo uma lógica plebiscitária. Estabeleçamos que, como regra e no tipo ideal, o ativismo “político” (*stricto sensu*) dos juízes possui natureza diversa do ativismo político (*lato sensu*) dos políticos. Pois, embora os juízes tomem decisões inarredavelmente contingentes e enviesadas por suas preferências, o fazem, tipicamente, *nos marcos de uma racionalidade jurídica*, isto é, *por referência a um ideário constitucional e a uma metodologia razoavelmente aceita pela comunidade dos intérpretes*. Em outras palavras, quanto ao sentido visado, as decisões “ativistas” dos juízes fundamentam-se tipicamente em um conjunto de normas, princípios e valores constitucionalmente estabelecidos.

Para este argumento, pouco importa que o sentido e o alcance das normas constitucionais seja, ele próprio, objeto de controvérsia no campo jurídico. O que faz com que o ativismo judicial seja diferente do ativismo político é o fato de ele expressar-se segundo a linguagem formal e a lógica própria dos jogos e lutas do campo jurídico, o qual é relativamente autônomo perante o campo político e com ele não se confunde (BOURDIEU, 2004, p.163-164). A questão de saber se e em que grau a argumentação jurídica, formalmente expressa nas sentenças judiciais, pode ser considerada a expressão sincera do real raciocínio dos magistrados, permanece em aberto, devendo ser investigada

caso a caso. Não obstante, pelos motivos recém expostos, tomamos como premissa, neste trabalho, que tanto a visão idealizada de uma decisão puramente técnica e isenta de pressupostos sociais, expressa no mito da toga, quanto a abordagem cínica do realismo, segundo a qual todas decisões judiciais são automaticamente político-partidárias, são leituras equivocadas e incompletas.

Portanto, exploraremos, neste trabalho, as figuras dos três tipos de juiz - Júpiter, Hércules e Hermes - elaborada por François Ost (2007), correlacionando-as, por hipótese, com os três tipos de Estado Constitucional - Liberal de Direito, Social de Direito e Democrático de Direito (STRECK; MORAIS, 2000), a fim de esclarecer, no tipo ideal, a natureza do “ativismo judicial” em cada quadro inteligível/compreensivo de interpretação jurídico-constitucional.

3. O Estado Liberal de Direito “clássico” e o juiz Júpiter

Para o exercício mental proposto neste trabalho, o ponto de partida da construção dos tipos ideais sociológicos do ativismo judicial será o estabelecimento da correspondência entre o ideário constitucional do Estado Liberal de Direito, consoante a conceitualização de Streck e Moraes (2000), e o modelo de atuação judicial descrito por Ost (2007) como Juiz Júpiter.

A primeira forma propriamente moderna de constitucionalismo foi, com efeito, o constitucionalismo liberal dos séculos XVII e XVIII, baseado no liberalismo político, o qual se desenvolveu *historicamente* como um dos principais produtos das revoluções burguesas, em especial a Revolução Inglesa (1688), a Revolução Francesa (1789) e a Independência dos Estados Unidos (1766). Neste contexto, o *princípio da legalidade* emerge como uma das tônicas fortes do ideário do Estado Liberal de Direito, estando os limites da atuação estatal definidos pela lei, o que se traduz na ideia - ainda presente no constitucionalismo contemporâneo - de que o Estado não possui senão os poderes específicos que a lei expressamente lhe confere, enquanto o cidadão não pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão aquilo que a lei expressamente o obrigue ou proíba⁶.

Um dos legados mais importantes da Revolução Inglesa, estabelecido a partir da

⁶ Esta visão, que subordina o soberano à lei, já aparecia na *Bill of Rights* inglesa de 1689, a qual estabelecia, por exemplo, o seguinte: “Que o pretense poder régio de suspender a vigência ou a execução das leis, sem o consentimento do Parlamento, é ilegal; Que o pretense poder régio de dispensar da obediência às leis, ou da sua execução, como foi feito ultimamente é ilegal” (COMPARATO, 2010, p.108-109).

Bill of Rights, foi particularmente o princípio da *supremacia do parlamento*, o qual distingue a variante do constitucionalismo inglês das demais culturas constitucionalistas liberais que a sucederam. Além deste aspecto institucional, a *Bill of Rights* inglesa consagrou alguns dos direitos fundamentais de “primeira geração” (BONAVIDES, 2005, p.562-564), tais como o direito de petição, a proibição de penas inusitadas, cruéis e excessivas e a necessidade de formação prévia de culpa para a aplicação de penas e multas (formulação primitiva do princípio do “devido processo legal”). Em geral, estas noções remontam ao pensamento liberal de John Locke (1998)⁷. Na obra do filósofo inglês do século XVII, já aparecem fundamentos filosóficos que justificam o parlamentarismo na Inglaterra, onde o chefe de governo é o primeiro ministro, um “deputado”, líder do partido da maioria na Câmara dos Comuns⁸.

Em razão do princípio da supremacia do parlamento, no parlamentarismo inglês, as leis constitucionais são aprovadas e revogadas pelo próprio parlamento, sem a necessidade de um processo solene formal diferenciado ou de um quórum especial distinto daquele necessário para aprovar a legislação comum⁹. Pelo mesmo motivo, não existiu historicamente, na Inglaterra, um tribunal constitucional encarregado do *judicial review* das leis aprovadas pelo parlamento. Não existe um princípio de supremacia constitucional

⁷ A filosofia política lockeana pode ser resumida esquematicamente como segue: no estado de natureza, existem direitos naturais, dentre os quais o mais importante é a “propriedade”, conceito amplo o qual inclui tanto os próprios bens quanto a integridade física do indivíduo; o homem, que é racional, com base na experiência e na razão, é capaz de discernir quais sejam os seus direitos naturais; os direitos, assim, pré-existem à formação do corpo político e são conhecidos pelo homem no estado de natureza; estes direitos, no entanto, não gozam de qualquer proteção no estado de natureza, porque, na ausência de um poder coletivo que obrigue a respeitar a propriedade alheia, não se pode esperar que ninguém seja justo o bastante para punir a si mesmo em caso de violação; portanto é necessário que os indivíduos, através de um pacto social, constituam o soberano, abrindo mão de fazer a justiça privada e dotando o soberano, assim constituído, de poderes bastantes para proteger a propriedade individual; a finalidade do soberano é proteger a propriedade individual; quando ele não o faz, torna-se opressor, surgindo, para os governados, um direito legítimo à resistência; o soberano precisa ter a forma de um “corpo coletivo”, porquanto o executivo, se correspondesse a um homem apenas, não deixaria jamais de estar em estado de natureza relativamente aos governados, jamais sendo justo o bastante para punir a si mesmo em caso de violação.

⁸ O primeiro ministro é eleito de forma indireta, para mandato por prazo indeterminado, o qual somente é perdido se renunciar ou se for destituído pelo próprio parlamento, mediante aprovação de moção de desconfiança, em um processo puramente político que (diferentemente do *impeachment* do presidente da república no presidencialismo) independe do cometimento de qualquer ilícito.

⁹ É um clichê entre os estudantes de direito afirmar que a Inglaterra não possui uma constituição escrita, o que é apenas “meia verdade”. Com efeito, a Inglaterra não possui uma “constituição formal”, tal como a define a teoria constitucional (BONAVIDES, , 2005, p.171-175), isto é, um único documento formal, chamado “Constituição”, aprovado solenemente em processo constituinte, consoante as formalidades consentidas como necessárias para a sua validação jurídica. Mas a Inglaterra possui, sim, *leis constitucionais* escritas, as quais são todos os documentos legais aprovados ou reconhecidos pelo parlamento, os quais possuem um “conteúdo” materialmente constitucional, isto é, normas que tratem especificamente sobre os direitos fundamentais ou a organização dos poderes do Estado, dentre as quais podemos citar, a título de exemplo: a *Magna Carta* de 1215; a *Petition of Rights* de 1628; o *Habeas Corpus Act* de 1679; a própria *Bill of Rights* de 1689; o *Act of Settlement* de 1701; e assim por diante.

no sistema jurídico inglês, porquanto a supremacia política pertence ao parlamento¹⁰. Com o advento da União Europeia, entretanto, a Inglaterra aprovou o *Human Rights Act*, de 1998, incorporando a Convenção Europeia de Direitos Humanos ao direito constitucional inglês, bem como aceitando criar um Tribunal Constitucional, o que foi feito com o *Constitutional Reform Act*, de 2005. Estas novas instituições, no entanto, não significam que a Inglaterra tenha abjurado o princípio maior do seu constitucionalismo, a supremacia do parlamento, ainda sendo bastante restritas as condições para o judiciário agir “politicamente”¹¹.

Por sua vez, a Revolução Francesa (1789), amparada no pensamento de filósofos iluministas - v.g. como Rousseau (1996), Voltaire (2008), Montesquieu (1996) e o próprio John Locke (1998) -, legou aquela que é considerada a mãe de todas as modernas declarações “universais” de direitos humanos (EIDELWEIN; SILVEIRA, 2019): a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 (FRANÇA, s.d.). Sistematização das principais prerrogativas as quais classificamos contemporaneamente como correspondentes aos direitos humanos de “primeira geração” (BONAVIDES, 2005, p.562-564), não apenas a Declaração francesa estabelece, com clareza doutrinária, os direitos civis e políticos, como estabelece alguns dos principais aspectos institucionais do regime de garantias¹². A influência dos filósofos pode ser notada no próprio teor literal dos artigos da Declaração, forjando o ideário liberal, com os direitos de primeira geração e os princípios de direito público pertinentes. A noção de que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos” (artigo 1º) parece decorrer diretamente do *Contrato Social* de Rousseau (1996). Já o reconhecimento da propriedade como um dos direitos mais fundamentais (art.17), do princípio da legalidade (art. 4º), bem como do direito de resistência à opressão (art. 2º) seguem a lógica da argumentação de Locke (1998), sistematizada na nota de

¹⁰ Nas palavras de Barroso: “não há uma lei superior à vontade do Parlamento e, conseqüentemente, não existe controle de constitucionalidade” (BARROSO, 2018, p.39).

¹¹ A Corte Constitucional pode declarar apenas a “incompatibilidade” das leis aprovadas pelo parlamento em relação aos direitos humanos fundamentais. Esta medida não tem o efeito de invalidar a lei, como acontece tipicamente no *judicial review* da Suprema Corte dos Estados Unidos e nas ADIs (ação direta de inconstitucionalidade) do STF brasileiro, inspiradas no direito alemão contemporâneo. Na Inglaterra, cabe ao parlamento, com sua supremacia, decidir se reforma ou não sua legislação, com base na declaração de incompatibilidade.

¹² Conforme Eidelwein e Silveira, “na Declaração estão contidos os direitos do indivíduo contra os possíveis abusos por parte do Estado, isto é, a matriz conceitual e filosófica dos Direitos Humanos de primeira geração: liberdade, igualdade (formal), propriedade, direito de resistência. Ela também apresentou, com uma sistematicidade inédita até então, na história, vários princípios que vieram a constituir, historicamente, as bases do Direito Constitucional: a soberania popular; o princípio da legalidade; a lei como expressão da vontade geral; o dever de os governantes prestarem contas por sua administração; e a regra da separação dos poderes (EIDELWEIN; SILVEIRA, 2019, p.116).

rodapé n.7 acima. Ademais, as liberdades de opinião e de religião (art. 10), de expressão e de imprensa (art.11) são legatárias do pensamento de Voltaire (2008).

Quanto aos “aspectos institucionais” (direito público) do regime de garantias, dois princípios decorrem, sem dúvida, do pensamento de Rousseau (1996): a soberania popular (art. 3º) e a noção da lei como expressão da vontade geral (art. 6º). Por fim, a regra da separação dos poderes (art.16) é sabidamente inspirada na preleção de Montesquieu¹³.

No que tange à atuação do judiciário, há um aspecto, nesta “engenharia institucional” à francesa, que remonta igualmente à obra de Montesquieu (1996) e à Revolução: a relação entre o juiz e a lei. Essa noção, conhecida pela expressão *juge bouche de la loi*, denota a vinculação absoluta da atuação judicial à legalidade e, assim, o esvaziamento das dimensões criativas e interpretativas da atividade judicial e a concepção da jurisdição como atividade puramente técnica. Nesse sentido, Montesquieu referia literalmente que “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo” (1996, p.172); e ainda: “... os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor” (*idem*, p.175).

O jurisdição tecnicista e “boca da lei” é uma instituição necessária a uma nação que nutre uma desconfiança histórica da magistratura (ROUSSELET, 1968), em razão de uma série de abusos e decisões arbitrárias, protagonizados tanto pelos juízes do Antigo Regime quanto pelos próprios tribunais revolucionários, constituindo um traço distintivo da cultura jurídica francesa. Foi para proteger o Estado dos abusos dos tribunais e prevenir a intromissão destes na administração pública que a imaginação da engenharia política francesa concebeu o desenho institucional único de seus tribunais, com duas ordens de justiça independentes. O “dualismo francês”, como Garapon (1996) define este particularismo da justiça na França, caracteriza-se pela existência concomitante de duas ordens judiciárias distintas e independentes que não se comunicam entre si em nenhuma instância organizacional e em nenhum grau de jurisdição: a justiça judiciária e a justiça administrativa¹⁴ (BELL, 2008).

¹³ Segundo a clássica lição de Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

¹⁴ Conforme Silveira e Eidelwein, “com o objetivo de salvaguardar os poderes políticos de virtuais abusos dos juízes, os franceses adotaram uma *solução radical*: a divisão do sistema judicial em duas ordens, a judiciária e a administrativa. Não existe qualquer intercruzamento entre estas duas ordens em qualquer instância ou competência, nem sequer possibilidade de recurso para algum tribunal centralizado de maior

A ordem judiciária abrange os órgãos judiciários ordinários, com tribunais comuns e de pequenas causas, civis e criminais, além de outros especializados conforme a matéria jurídica, possuindo tribunais de primeira instância e tribunais de recurso, tendo no seu ápice a *Cour de Cassation*. Este Tribunal de Cassação, por sua vez, não pode ser confundido com um Tribunal Constitucional, pois sua tarefa se resume a resolver as questões de direito controversas e então a referir o *dossier* a uma *cour d'appel* diferente daquela que proferiu a decisão cassada para que emita nova decisão sobre o mérito à luz de suas diretrizes (BELL, 2008, p.29). Os juízes da ordem judiciária, os quais são bastante técnicos e em geral se aproximam ao tipo ideal do juiz *bouche de la loi* burocrático, têm seu recrutamento por concurso público aberto aos graduados nas faculdades de direito (GARAPON, 1996), devendo os aprovados realizarem curso de dois anos na *École Nationale de la Magistrature* (ENM) em Bordeaux (BELL *et al.*, 2008, p.64-65).

Diferentemente, a ordem administrativa, que é profissional e aristocrática (GARAPON, 1996), tem jurisdição restrita a disputas de direito administrativo (BELL *et al.*, 2008, p.59) e uma carreira considerada prestigiosa, com ares de nobreza (BOURDIEU, 1989), a qual pressupõe a prévia graduação na *École Nationale d'Administration* (ENA) ou, excepcionalmente, a rota exterior, permitindo a nomeação de funcionários públicos em diferentes estágios de sua carreira pelo governo. No ápice da ordem administrativa está o prestigioso *Conseil d'État*, mais alta corte administrativa francesa, que também possui uma função consultiva ao poder executivo¹⁵.

A “castração” dos aspectos criativos da atividade judicial coincide sinergicamente com outros dois aspectos da cultura jurídica francesa que se retroalimentam, os quais merecem ser considerados: a codificação e o positivismo jurídico. A codificação - presente na cultura jurídica francesa desde o *Code Napoléon*, de 1804, até o *Code du Travail*, de

hierarquia, ao modo de um Tribunal Constitucional. Em contraste com o sistema americano, não há um tribunal constitucional no ápice da estrutura judicial. Entretanto, como veremos, na França, existe um Conselho de Constitucional, o qual não participa desta estrutura judicial” (SILVEIRA; EIDELWEIN *in* ROJO *et al.*, 2016, p.125 - tradução livre do inglês). Além disso, o *Conseil Constitutionnel* não é um tribunal constitucional, órgão que está absolutamente ausente - tenha-se bem claro - do desenho institucional francês, em quaisquer de suas possíveis variações. Em lugar disto, como uma particularidade do sistema, sob a Constituição de 1958 (FRANÇA, 2008), - artigos 56 a 63 -, existe um procedimento específico, de verificação da conformidade dos projetos de lei com a Constituição, o qual se processa perante o *Conseil Constitutionnel*, como incidente do processo legislativo (BARROSO, 2018, p.58).

¹⁵ Segundo Boyron, “em 1945 a *École Nationale d'Administration* (ENA) foi criada para unificar o recrutamento dos funcionários públicos civis franceses e esta escola de elite (*grande école*) tornou-se a porta de entrada para os juízes administrativos. Dependendo da performance dos candidatos ao concluir a ENA, eles poderão escolher entre cargos no serviço público civil ou nos tribunais administrativos. O *Conseil d'État* é tão prestigioso que apenas os mais excelentes graduados da ENA (os ‘enarcas’) terão a opção de se tornarem *auditeurs*, o ranking inicial no *Conseil d'État* (todos os cargos neste nível são nomeados dentre egressos da ENA) (BOYRON *in* BELL *et al.*, 2008, p.66 - tradução livre do inglês).

1910, etc. - é um legado do racionalismo iluminista e integra a própria identidade nacional francesa (BELL, 2008, p.56). A ideia de possibilidade de um código de leis repousa na pretensão racionalista de se articular sistematicamente, de forma conceitualmente precisa e consoante uma hierarquia lógica, o conjunto das normas de uma ordem jurídica nacional.

O positivismo jurídico, por seu turno, traduz uma filosofia do direito - próxima daquela do mito da toga (BRIGHAM, 2010; MAVEETY, 2009) - que identifica o direito à norma jurídica e pergunta-se sobre a “validade” da norma jurídica - e *a fortiori* das decisões judiciais - com base apenas na lógica interna e na hierarquia da ordem jurídica positiva (BOBBIO, 1995), juízo puramente técnico-científico e não-valorativo (KELSEN, 1998), o qual prescinde totalmente do questionamento sobre a justiça das leis ou o seu impacto na sociedade.

Muito embora a França possua hoje um diversificado e generoso *bloc de constitutionnalité* - isto é, uma carta de direitos fundamentais abrangente -, o que a qualifica contemporaneamente como um estado social avançado (SILVEIRA, 2020, p.110), é notório que o sistema francês não construiu historicamente nenhum mecanismo de controle judicial repressivo da constitucionalidade das leis¹⁶.

Nos termos do preâmbulo da *Constitution de la République Française* de 1958 (FRANÇA, 2008), o *bloc de constitutionnalité* - equivalente francês da *Bill of Rights* estadunidense de 1791 (ESTADOS UNIDOS, *s.d.*) e do artigo 5º da Constituição brasileira (BRASIL, 1988) - inclui a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, o preâmbulo da constituição revogada de 1946 e a Carta Ambiental de 2004 (FORMERY, 2014, p.7). Assim, este equivalente francês de uma carta de direitos fundamentais contempla as diferentes gerações dos direitos humanos - civis, políticos, sociais e ambientais. Mesmo assim, como sugerimos acima, os tribunais franceses, que são mais burocrático-positivistas, no estilo “boca da lei”, não aplicam diretamente a Constituição a casos concretos, sendo notório, nesse sentido, que os autores não incluam os juízes no rol dos intérpretes legítimos da constituição francesa (BELL, 2008, p.2004-2007). Neste contexto, está claro que o bloco de constitucionalidade serve mais como diretriz para o legislador ordinário do que para os magistrados, dada a histórica ausência de uma instituição como o *judicial review* no sistema francês. Logo, em um sistema marcado pelo positivismo jurídico e pela neutralização da hermenêutica constitucional pela magistratura,

¹⁶ A premissa era verdadeira pelo menos até a implantação do instituto da *question prioritaire de constitutionnalité* em 2008 (CONSEIL..., *s.d.*), que instituiu, pela primeira vez na França, uma modalidade de controle repressivo, concreto e incidental da constitucionalidade das leis.

o ativismo político dos juízes franceses tende a ser a exceção, lhe servindo de exemplo alguns casos raros de combate à corrupção protagonizado por alguns *petits juges* (GARAPON, 1996).

A atitude típica-ideal do magistrado “burocrata” francês, então, é bastante próxima do modelo do juiz Júpiter, definido por François Ost (2007), conforme veremos adiante, aquela que o coloca longe da política e dos problemas sociais, atuando como “boca da lei”, fortemente vinculado à legalidade e reproduzindo a vontade do legislador (GABRIEL, 2017); este juiz aplica um direito sagrado e transcendente à realidade próxima, em vista de uma pirâmide escalonada de normas e baseando-se em códigos de lei (OST, 2007, p.102)¹⁷.

O (...) juiz Júpiter, típico do Estado Liberal Clássico, e que se limitava a atuar como boca da lei, isto é, limitava-se a reproduzir a vontade do legislador. As partes atuavam com autonomia, sendo a intervenção do juiz reduzida ao mínimo. Esclareça-se que o Estado Liberal se estruturava nos direitos de liberdade, com predomínio do Legislativo (do qual emanava o Direito) e da força social hegemônica da época (burguesia), forjando o chamado Império da Lei, fortemente ligado ao princípio da legalidade (a Era do Positivismo) (GABRIEL, 2017 - supressão nossa).

O juiz Júpiter, teorizado por Ost, é, ideal-tipicamente, o juiz do Estado Liberal¹⁸ burguês clássico, do positivismo jurídico, do devido processo legal, neutro e imparcial, do *self-restraint*; e corresponde bem à ideiação que fazemos do Estado Liberal “clássico” a partir das experiências históricas do constitucionalismo inglês e francês.

4. Estado Liberal e ativismo judicial: o caso estadunidense

Entretanto, a questão torna-se mais complexa quando investigamos se o modelo de juiz Júpiter corresponderia, ou não, à atuação da magistratura nos Estados Unidos, como sugerido pela hipótese teórica inicial. Como sabemos, o constitucionalismo estadunidense

¹⁷ François Ost descreve a perspectiva que um juiz Júpiter tem do direito nos seguintes termos: “Tomemos o modelo da pirâmide ou do código. O chamaremos de Direito jupiteriano. Sempre proferido desde cima, de algum Sinai, este Direito adota a forma da lei. Se expressa no imperativo e dá preferência à natureza do proibido. Busca inscrever-se num depósito sagrado, tábuas de lei ou códigos e constituições modernas. Desse foco supremo de juridicidade emana o resto do Direito na forma de decisões particulares. Esboça-se uma pirâmide, impressionante monumento que atrai irresistivelmente o olhar para cima, até este ponto focal de onde irradia toda a justiça. Evidentemente, esse Direito jupiteriano está marcado pelo sagrado e pela transcendência” (OST 2007, p.102 - tradução livre do espanhol).

¹⁸ Segundo Streck e Morais, “pode-se definir o Estado Liberal de Direito como sendo um Estado cuja função principal é estabelecer e manter o Direito cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este (...). O que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* - ou seja, a submissão da soberania estatal à lei -, a *divisão dos poderes* ou *funções* e, a nota central, a *garantia dos direitos individuais*” (STRECK; MORAIS, 2000, p.86 - supressões nossas).

compõe “doutrinariamente” o quadro do constitucionalismo liberal clássico no limiar dos séculos XVIII e XIX, ao lado do constitucionalismo inglês e francês. Entretanto, as diferenças entre a engenharia constitucional francesa e estadunidense são notáveis. Neste contexto, chamamos a atenção, resumidamente, para dois pontos de comparação: os direitos fundamentais, por um lado; e o padrão de atuação judicial, por outro.

Em primeiro lugar, a *Bill of Rights* americana (ESTADOS UNIDOS, *s.d.*), composta pelas 10 primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, promulgadas em 1791, onde estão dispostos os direitos e garantias fundamentais - analogamente ao *bloc de constitutionnalité* francês e ao artigo 5º brasileiro, este bem conhecido entre nós - possui um caráter francamente liberal. Quer dizer: os Estados Unidos constitucionalizaram apenas os direitos civis e políticos, aqueles ditos de “primeira geração” (cf. BONAVIDES, 2005, p.562-564), protegendo o indivíduo contra possíveis abusos provenientes do excesso de poder do Estado (liberdade de expressão, liberdade de religião, inviolabilidade de domicílio, etc.). Nesse contexto, podemos dizer que o padrão da “cidadania constitucional” estadunidense se estabelece filosoficamente ligado ao princípio liberal do *laissez-faire*.

Comparativamente, esse “espírito” liberal da cidadania estadunidense apenas coincide com o modelo francês, em termos históricos, por um período limitado. Como dissemos acima, a França “evoluiu” institucionalmente para um padrão de constitucionalismo “social” - logo, afastando-se institucionalmente do modelo do Estado Liberal “clássico” -, chegando a constitucionalizar direitos trabalhistas e sindicais já no Preâmbulo da Constituição de 1946, da IVª República (pós-guerra)¹⁹. Já os Estados Unidos permaneceram “constitucionalmente liberais”, o que explica a grande resistência da Suprema Corte em reconhecer a constitucionalidade das leis sociais do *New Deal* por ocasião de sua implantação nos anos 1930 (PRITCHETT, 1948).

A matriz ideológica e filosófica liberal foi preservada quanto à dimensão da cidadania constitucional nos Estados Unidos, restrita aos direitos civis e políticos. Entretanto, no que toca ao padrão de atuação judicial, as práticas judiciárias e a institucionalidade desenvolvidas, ao longo dos séculos XIX e XX, se afastaram fortemente do padrão “jupiteriano” a que deveriam, hipoteticamente, corresponder.

Desde a fundação dos Estados Unidos, os federalistas defendiam a tese (#78) de

¹⁹ O Preâmbulo da Constituição da IVª República francesa de 1946 ainda está em plena vigência, integrando o “bloco de constitucionalidade” da Constituição vigente da Vª República de 1958.

²⁰ Também o Brasil, já na Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), incorporava direitos sociais (trabalho, sindicalismo, educação, etc.), tal como ocorre, de forma mais analítica e desenvolvida, na Constituição atual (BRASIL, 1988).

que o judiciário deveria funcionar como o guardião da delegação constituinte originária, contra a qual o legislador comum, como delegado, não poderia agir (HAMILTON *in* MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p.478-ss). A *supremacia constitucional* instrumentalizou-se institucionalmente a partir do célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803, com a implantação do *judicial review*, quer dizer, do controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário - o que implicou numa verdadeira “revolução” na concepção do papel do judiciário no Estado Constitucional.

Desde então, em inúmeras ocasiões, a Suprema Corte dos Estados Unidos pronunciou-se sobre temas controvertidos da vida social, ora restringindo o alcance da *Bill of Rights* - como em *Dred Scott* (1857), *Plessy v. Ferguson* (1896) e *Schenck v. United States* (1919) -, ora os ampliando, - como em *Brown v. Board of Education* (1954), *Miranda v. Arizona* (1966) e *Roe v. Wade* (1973). Ao longo de seus dois séculos de história, nem sempre a Corte atuou apenas como “legislador negativo”, invalidando leis consideradas inconstitucionais, chegando, ao contrário, a atuar propositivamente em várias ocasiões. Assim, nos momentos mais “progressistas” da Corte, como na chamada “revolução constitucional de 1937” (BRINKLEY, 2005) e durante a *Court Warren* (1953-1969) (HORWITZ, 1993), difundiu-se a concepção de que alguns juízes da Suprema Corte, em sua atuação, eram “ativistas”, enquanto outros eram auto-contidos (SCHLESINGER JR, 1947).

Pareceria, segundo esta concepção - equivocada a nosso ver -, que os juízes auto-contidos estariam observando fria e “jupiterianamente” à Lei, mantendo a devida distância das partes e dos conflitos sociais, enquanto os ditos “juízes ativistas” estariam “abusando” da jurisdição e fazendo política, impondo “hercullanamente” suas preferências políticas e sua visão ideológica. Entretanto, para nós, a questão é datada e está mal colocada, como demonstramos acima no debate a respeito do “mito da toga” e do realismo. Na verdade, o campo jurídico estadunidense começou-se a dividir, nos momentos politicamente mais polarizados, entre duas correntes hermenêuticas antagônicas: o “originalismo” (CALABRESI, 2007) - segundo a qual o sentido da constituição deve ser buscado na intenção dos constituintes originários - e a perspectiva da constituição como “documento vivo” - segundo a qual o sentido da constituição deve ser adaptado ao momento histórico (HORWITZ, 1993).

Assim, entendido que tanto o “originalismo” quanto o “documento vivo” são perspectivas “ativistas”, em sentido estritamente jurídico, porém aceitas pela comunidade

dos intérpretes, a questão se desloca. A questão já não seria saber se os juízes constitucionais estadunidenses seriam ou não ativistas, mas a que padrão de atuação judicial seu comportamento decisório corresponderia.

Assim, em nossa perspectiva, o comportamento judicial pautado no “originalismo” corresponde tipicamente à atuação do juiz como “Júpiter”, na conceituação do François Ost (2007), remetendo à ideiação do Estado Liberal “clássico” e fundamentando-se no “liberalismo” e no “positivismo”. Já o comportamento judicial baseado na ideia do “documento vivo” tipicamente corresponderia à atuação como juiz “Hermes”, fundamentando-se no “neoconstitucionalismo” (MÖLLER, 2011) e aproximando-se da ideiação do contemporâneo Estado Democrático de Direito. Ambas as atuações são “ativistas” apenas em sentido estrito (jurídico), sendo aceitas como posições válidas em disputa dentro do campo jurídico. Nessa ordem de ideias, apenas uma atitude “ativista” herculana deveria ser, sob nosso ponto de vista, de plano, compreendida como imprópria ao estado de direito.

5. O tipo ideal do “Estado Social” e a (hipotética) proeminência do executivo

Prosseguindo no exercício proposto, para construção dos tipos ideais sociológicos do ativismo judicial, neste capítulo investigamos a hipótese da correlação entre o ideário constitucional do Estado Social de Direito (cf. STRECK; MORAIS, 2000) e o modelo de atuação judicial do chamado “juiz Hércules” (OST, 2007). Esta hipotética correlação, a qual já aparecia na teorização original de François Ost (2007, p.103), é explicitamente trabalhada por Anderson de Paiva Gabriel (2017), conforme veremos.

O Estado Social de Direito é um tipo de estado “constitucional” ao qual corresponde o ideário político emergido da crise do liberalismo e da crítica às mazelas do capitalismo no século XX. É, portanto, legatário do pensamento filosófico e econômico que elevou a “questão social” à sua dignidade de problema político (marxismo, keynesianismo, etc.), denunciado a questão das desigualdades materiais na sociedade industrial (a proletarização da sociedade) e a incapacidade de um direito apenas formalmente igualitário e de um Estado neutro e distante - por assim dizer, “jupiteriano” - em promover igualdade material e bem-estar social. É, assim, contemporâneo da formação dos partidos de massa (DUVERGER, 1970) e dos sindicatos. Ademais, o Estado Social é considerado “doutrinariamente” como uma “evolução” do Estado de Direito a partir da correção de suas deficiências no formato Liberal “clássico”. Nas palavras de Streck e

Morais:

O Estado, por conseguinte, não somente deve omitir tudo o que seja contrário ao Direito, senão deve *exercer uma ação constante através da legislação e da administração que realize a ideia social do Direito*. A adjetivação pelo *social* pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial. (...) Nesse quadro, esvai-se a noção de legalidade própria do ideário liberal, pois *a lei passa a ser utilizada não mais, apenas, como ordem geral e abstrata* - a generalidade da lei era considerada fulcro do Estado de Direito -, mas, sim, como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstanciais (STRECK; MORAIS, 2000, p.88-89 - supressão nossa).

Entretanto, “esta” concepção do “Estado Liberal” nos parece redutora, pois descreve apenas a perspectiva da “social democracia” e a experiência histórica do modelo do estado de bem-estar social europeu. Diferentemente, entendemos que, enquanto “gênero”, o modelo (tipo ideal) do “Estado Social” deve ser descrito do modo mais “aberto” possível, de forma a comportar, no bojo do conceito, seus subtipos, dentre os quais o constitucionalismo social-democrata europeu é apenas “uma” possibilidade. Assim, desde nossa perspectiva, o tipo ideal sociológico do “Estado Social” deve abranger tanto a social-democracia europeia, quanto a experiência socialista²¹. Além disso, o conceito ideal deve permitir sua adaptação para a aproximação e o contraste com experiências históricas particulares, as quais também se baseiam em apreensões específicas da “questão social”, tais como, por exemplo, a Constituição do México (1917), a Constituição de Weimar (1919), o Estado Novo no Brasil (1937-1945), a política do *New Deal* nos Estados Unidos (década de 1930), o “novo constitucionalismo latino-americano” (anos 2000) (WOLKMER; MELLO, 2013), dentre outros.

Portanto, em “nosso” conceito alargado de “Estado Social” retemos dos autores (STRECK; MORAIS, 2000, p.88-89) a noção de que, no Estado Social de Direito, a legislação e a administração têm a função de realizar a “justiça social”, corrigindo desigualdades materiais causadas pela mecânica de funcionamento do capitalismo em seus moldes liberal-individualistas. Pelo mesmo princípio, como dizem os autores, a lei é o instrumento de ação para a implementação da política social (direito do trabalho,

²¹ Um conceito ampliado de “Estado Social”, enquanto gênero, é necessário, para que possa englobar no conceito tanto suas versões ocidentais - social-democracia, *welfare state*, a variante escandinava etc.- quanto a experiência socialista. Tal é necessário para que o “Estado Social” possa ser um tipo *lato* compondo adequadamente o quadro geral dos tipos de Estado Constitucional, pensados a partir de seus respectivos ideários, ao lado dos modelos do Estado Liberal de Direito e do Estado Democrático de Direito, sem excluir experiências históricas, inclusive contemporâneas umas das outras, que embasaram sua racionalidade em uma visão comum (ou próxima) da realidade social, traduzida na noção de “questão social”.

previdência, sistemas públicos de educação e saúde, etc.), entendida como política “de Estado”. Isto é, a “cidadania social” (MARSHALL, 1967) e o direito coletivista que ela pressupõe são decorrência do caráter “Social” do constitucionalismo neste tipo de Estado.

Contudo, diferente da abordagem dos autores acima referida (STRECK; MORAIS, 2000, p.88-89), entendemos, em “nosso” conceito ampliado do “Estado Social”, que “nem sempre” a crítica do individualismo liberal conduziu historicamente à conjugação do capitalismo com a “justiça social”. Esta reunião apenas acontece no subtipo do *welfare state* neocapitalista. Já no modelo socialista, com a absolutização dos princípios coletivistas, a crítica radical ao capitalismo não busca apenas “reformá-lo”, mas eliminá-lo²².

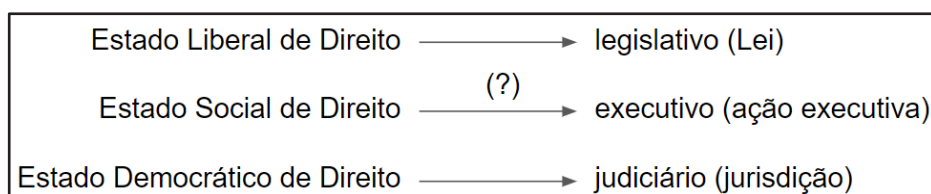
A ênfase nas agenda coletivista, colocada em primeiro plano nos estados socialistas, acarreta, sem dúvida, um “déficit democrático”, quer dizer, um prejuízo aos direitos individuais (civis e políticos) - precisamente aqueles protegidos pelas democracias representativas liberais. Entretanto, não é apenas nas ditaduras de orientação socialista que o “Estado Social” tendeu a produzir historicamente um “déficit democrático”. Mesmo na experiência dos países de tradição liberal e democracia representativa mais consolidadas, a convivência entre “democracia” e “Estado Social” tende a produzir tensões. Tal pode ser explicado pela (hipotética) tendência de fortalecimento do poder executivo nos Estados Sociais.

Como hipótese teórica - a ser verificada em cada caso -, propõe-se que, em cada modelo de Estado Constitucional, um dos três poderes tem proeminência política. Assim, nos Estados Liberais, o poder político tende a se concentrar no legislativo, que limita a ação do executivo através da legalidade e restringe a atuação judicial à aplicação da lei. Por sua vez, nos Estados Sociais, haveria uma tendência (hipotética) de exacerbação da ação governamental, através do executivo, que entraria em conflito com o legislativo e pretenderia submeter o judiciário. Por fim, nos Estados Democráticos de Direito, o pólo de gravidade do sistema político desloca-se ao poder judiciário (GARAPON, 1996) que

²² O modelo da “ditadura do proletariado”, tanto na teoria quanto historicamente, teve por premissa a supressão da democracia representativa e conduziu à formação do partido único (logo, abolindo os direitos políticos), bem como exigiu a dissolução da propriedade e o sacrifício do indivíduo ao coletivo (logo, a abolição dos direitos civis), promovendo a socialização dos meios de produção. Entretanto, como refutação radical do liberalismo, o subtipo estatal socialista, por ser a proposição unilateral e absolutizante do “Estado Social” - em termos absolutos -, não poderia jamais ficar de fora do próprio tipo ideal teórico de “Estado Social”; sob pena de incluímos apenas o subtipo relativo, excluindo o subtipo absoluto. Finalmente, a ausência de democracia e a supressão de direitos fundamentais não justifica a exclusão dos estados de tipo autoritário da teorização sobre a racionalidade jurídica dos Estados modernos. Ao contrário, nos desafia a pensar sobre o fenômeno jurídico, a natureza da normatividade e a institucionalidade destes Estados - e quais soluções institucionais foram e são propostas para superar suas debilidades.

guardaria a Constituição em última instância.

Quadro 2 - Poder proeminente em cada tipo de Estado Constitucional



Fonte: os autores.

Podemos seguramente sustentar que a primeira premissa é válida. A experiência do parlamentarismo inglês e o padrão de constitucionalismo na França, pelo menos no primeiro século da república, como vimos acima, validam a hipótese da proeminência do legislador no Estado Liberal “clássico”. Da mesma forma, a terceira hipótese, o protagonismo do judiciário no Estado Democrático de Direito, tende a ser validada, conforme argumentamos adiante.

Entretanto, a exacerbação do poder executivo - quer dizer, uma tendência autoritária ou ditatorial -, nos Estados Sociais, permanece uma hipótese a ser verificada caso a caso, dada a grande variabilidade das experiências históricas do Estado Social. Por um lado, a hipótese tende a ser refutada, por exemplo, à vista do funcionamento “normal” da social-democracia europeia (e particularmente do *welfare state* escandinavo). Por outro lado, a hipótese pode ser confirmada pelas ditaduras socialistas, em especial, pelo totalitarismo estalinista. Mas estes são apenas casos-limite e também os mais fáceis de enquadrar teoricamente.

Há casos históricos mais complicados e que exigiriam uma análise mais pormenorizada do que a que podemos realizar neste espaço. Sabemos que o Nazismo ascendeu no seio da moderna (e “social”) República de Weimar (1919-1933), acabando por destruí-la; bem como que a *Carta del Lavoro* (1927) foi implantada, na Itália, durante o regime fascista de Mussolini (1922-1943); e, no Brasil, que a CLT (1943) foi implantada durante a ditadura do Estado Novo varguista (1937-1945). Em todos estes casos, estivemos diante de regimes ditatoriais que dissolveram o parlamento e subjugaram o judiciário. Assim, o caráter “social” da legislação manifesto em todos estes períodos autoritários, aos quais poderíamos somar ainda outros exemplos, poderiam induzir à conclusão da procedência da hipótese do déficit democrático nos Estados Sociais.

Mesmo nos Estados Unidos - pensado como Estado “liberal” e “democrático” - temos um caso emblemático desta tensão entre legislação “social” e democracia. Como

uma forma de enfrentar a crise econômica e social decorrente do *Crash* de 1929, o presidente Roosevelt articulou o pacote de reformas e leis “sociais” emergenciais conhecido como *New Deal*. Inicialmente, a Suprema Corte tendia a considerar as leis sociais (como o salário mínimo) contrárias aos princípios liberais (*laissez-faire*) do constitucionalismo estadunidense. Então, FDR articulou o chamado *court packing plan*, consistente no projeto de aumentar o número de juízes da Suprema Corte, para que ele pudesse nomear a nova maioria. O plano apenas não foi levado adiante porque, em 1937, um magistrado “swingou” seu voto e Roosevelt obteve a maioria sem a necessidade de intervir (BRINKLEY, 2005; PRITCHETT, 1948).

Mas, se tivesse levado o pacote a termo, Roosevelt teria agido, em nome de implantar suas leis sociais, de maneira idêntica aos ditadores. Finalmente, este não foi um arroubo autoritário isolado, por parte de FDR. Ao longo de seu mandato, ele também adotou outras políticas manifestamente autoritárias, como o confinamento da população de origem japonesa durante a segunda guerra mundial²³. Ele também foi o presidente que mais tempo esteve no poder nos Estados Unidos (1933-1945), sendo o único a cumprir mais de dois mandatos. Assim, o mais “social” dos presidentes estadunidenses foi também um dos mais autoritários.

A dificuldade dos governos progressistas em construir o consenso sobre a política social, em um ambiente político dividido e plural, justificaria a hipótese de que os Estados Sociais tenderiam a um gigantismo do poder executivo. Mas devemos ser cautelosos ao considerar a tendência autoritária como elemento do “tipo ideal” do “Estado Social”. Preferimos, assim, considerar o elemento da “proeminência do executivo” com ressalvas, como uma mera possibilidade ou tendência que se manifesta em “alguns” Estados Sociais históricos “sob certas condições” sociais e políticas específicas.

6. O Estado Social de Direito e o juiz Hércules: uma correlação fraca

Resta agora verificar a procedência ou não da hipótese de trabalho central quanto à correspondência do padrão de atuação judicial “Hércules”²⁴ ao modelo do Estado Social

²³ Ver: *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). (KOREMATSU..., *s.d.*).

²⁴ Escreve François Ost: “... manteremos aqui o nome de Hércules, particularmente acertado para designar a esse juiz semideus que se submete aos trabalhos exaustivos de julgar e acaba por levar o mundo sobre seus braços estendidos, reproduzindo assim fielmente a imagem do funil. A partir de agora não há outro Direito além do jurisprudencial; é a decisão e não a lei que cria a autoridade. O código é substituído pelos *autos do processo*; a singularidade e o concreto do caso se sobrepõem à generalidade e à abstração da lei. Esta mudança de perspectiva nos leva desde os cumes da transcendência da lei até a imanência de nossos interesses em conflito. A pirâmide sugeria o sagrado e o ideal; o funil evoca à matéria, o profano, inclusive o

(OST, 2007; GABRIEL, 2017). Segundo Gabriel:

Dessa crise [do estado liberal], emergiu o chamado Estado Social, no qual os juízes passaram a ter um papel ativo, ao mesmo tempo em que o processo deixou de ser um mero instrumento para a tutela de interesses privados e atuação da lei, passando a representar o exercício de uma função pública e soberana, com o objetivo de realizar o interesse público de administração da justiça (...). Essa conjuntura levou a uma inexorável maximização da importância do Poder Judiciário e a ruptura de diversos paradigmas. O juiz Hércules surge nesse contexto, em que a passividade anterior é substituída por um ativismo excessivo, motivado por uma incessante busca pela realização da denominada “Justiça Social”. Com efeito, muitos magistrados passaram a realizar a justiça ao seu entender, criando a lei do caso concreto e ignorando a necessidade de segurança jurídica, o que, em certa vertente, deu azo à chamada ‘loteria jurisprudencial’ (GABRIEL, 2017 - supressões e acréscimos nossos).

Portanto, segundo os autores de referência (OST, 2007; GABRIEL, 2017), nos Estados Sociais, os juízes tenderiam a seguir a linha de atuação qualificada como “juiz Hércules” - isto é, um tipo de juiz “ativista”, em sentido lato, mais preocupado com a “justiça social” no caso concreto, do que com a integridade da ordem jurídica e sua vinculação pelo direito legislado. Seriam, assim, um juízes que, movidos por suas convicções políticas e baseados em sua pretensa virtude, fariam valer, com suas decisões arbitrárias, a suas próprias visões pessoais da justiça, em vez de produzir soluções jurídicas expressamente autorizadas pela lei e decorrentes de sua aplicação técnica. Assim, na lógica dos autores, os juízes do Estado Social seriam “ativistas” em sentido político, quer dizer, magistrados que extrapolam o seu papel institucional e se afastam do direito. Numa palavra, seriam verdadeiros “políticos de toga”.

Entretanto, tendemos a discordar da associação feita pelos autores entre o “Estado Social” e o padrão “herculano” de atuação judicial. Conforme argumentamos no tópico anterior, é o poder executivo - não o judiciário - que potencialmente (sob certas circunstâncias) tende a exacerbar o seu poder nos Estados Sociais. Quando isto acontece, é o executivo - não o judiciário - que age como um Hércules, impondo a “sua” visão de justiça social, mesmo de forma autoritária, confrontando o congresso (mesmo o dissolvendo, nos casos mais extremos) e submetendo o judiciário (que, nestes casos, perde sua independência²⁵). Segundo a perspectiva por nós adotada neste ensaio, os juízes, nos

alimentar. O predomínio de uma justiça inspirada pelo mandato jupiteriano é substituído pela balança de nossos cálculos e compensações cotidianas” (OST, 2007, p.102-103 - tradução livre do espanhol).

²⁵ Por exemplo: no Brasil, na década de 1930, a Justiça do Trabalho e as instituições que a antecederam (Comissões Mistas e Juntas de Conciliação e Julgamento) eram órgãos administrativos, subordinados ao Ministério do Trabalho, quer dizer, ao poder executivo. Apenas após o fim do Estado Novo, com a Constituição de 1946, que a Justiça do Trabalho brasileira foi instituída como órgão do poder judiciário independente, embora mantendo sua estrutura classista (A HISTÓRIA..., *s.d.*).

Estados Sociais, como regra (e no tipo ideal) não podem ser considerados “Hércules”. Já o executivo, em alguns casos, sim.

Desde nossa perspectiva, a questão está mal colocada pelos autores; pois, para avaliar adequadamente quando um juiz está sendo “ativista”, no sentido propriamente político-ideológico (um juiz “Hércules”, segundo o vocabulário dos autores), é preciso determinar, em cada caso, que tipo de legislação o juiz está aplicando e sob que tipo de premissas constitucionais ele está atuando²⁶.

Assim, por exemplo, seriam “Hércules” os juízes que, sob uma constituição liberal-individualista (*laissez-faire*, autonomia da vontade, etc.), por assim dizer, “forçam” uma hermenêutica “progressista” do direito, não comportada pela matriz filosófica da própria Constituição. Esta possibilidade aconteceria sempre que a decisão judicial, baseada na ideia de “justiça social”, não encontrasse lastro na Constituição vigente²⁷.

Pela mesma lógica, embora contrariamente ao que pensa o senso comum sobre o tema do “ativismo judicial”, também seriam juízes-ativistas-Hércules aqueles julgadores que, diante de uma “constituição dirigente” (CANOTILHO, 1982), programática e “Cidadã”, aderissem a um auto-contenimento covarde, deixando de reconhecer a constitucionalidade dos novos direitos fundamentais decorrentes do regime democrático e da força normativa dos princípios. Assim, também são ativistas, no sentido político, agindo como juízes-Hércules, os magistrados “conservadores” que “forçam” uma interpretação restritiva e literal (inclusive “liberal”) para uma constituição que é propositiva (inclusive

²⁶ Por exemplo, a Justiça do Trabalho no Brasil é frequentemente acusada de “ativista” (SILVEIRA *et al.*, 2020). Embora possa acontecer de alguns juízes trabalhistas, de fato, atuarem como juízes Hércules; na maioria das vezes, a crítica de ativismo está ancorada numa incompreensão (e numa inconformidade ideológica) em relação à principiologia protetiva do direito social, e daquilo que um juiz pode fazer, a partir dela, em termos de hermenêutica e aplicação. Assim, juízes interpretando e aplicando os princípios do direito social (como os princípios da proteção e da primazia da realidade, etc.) - para inverter um ônus de prova, desprezar uma formalidade, etc. -, não estariam, apenas por assim agirem, sendo “juízes Hércules” e “ativistas” no sentido político. Semelhante atuação decorre da lógica “protetiva” do direito social - que não pressupõem hermenêutica e aplicação idênticas àquelas do direito privado de matriz civilista.

²⁷ Poder-se-ia sugerir, por hipótese, uma atuação “herculana” do judiciário no caso histórico *West Coast v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) (WEST..., *s.d.*), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1937, quando, pela primeira vez, a maioria do Tribunal considerou constitucional uma lei de salário mínimo, quer dizer, uma lei “social”, a qual possui um espírito “protetivo”, portanto, “intervindo” na liberdade contratual (BRINKLEY, 2005). Entretanto, segundo a perspectiva defendida neste ensaio, não foi o que aconteceu. Pois a tese majoritária, neste caso, sustentou hermeneuticamente o ônus de fundamentação jurídica, demonstrando que, sob a condição de ser “razoável” e adotada para fins de “proteção da coletividade contra males que ameacem a saúde, a segurança, a moral e o bem-estar do povo”, a regulação da liberdade contratual estaria, sim, de acordo com a cláusula constitucional do devido processo legal (WEST..., 2002). Ou seja, *West Coast* não representou uma atuação arbitrária de magistrados Hércules, agindo como justiceiros, mas sim uma atuação de “juízes Hermes”, construindo a nova interpretação do direito vigente em vista das circunstâncias históricas e da evolução da própria consciência jurídica. A legitimidade desta postura é construída historicamente com a assimilação, pela comunidade dos intérpretes, da razoabilidade da leitura da constituição como “documento vivo” em marcos neoconstitucionais.

no plano “social”) e aberta.

Como se vê, a atitude-herculana-ativista de certos juízes não decorre necessariamente, como supõe o senso comum, do fato de eles serem ideologicamente identificados ao “progressismo”; pois, também pode ser ativista a atitude dos magistrados ideologicamente “conservadores”. Enfim, para afirmar que uma decisão é “ativista” *lato sensu*, é preciso determinar, em cada caso, que o juiz está realmente, de forma voluntariosa e caprichosa, se recusando a reconhecer a legitimidade do direito vigente, com seus conceitos, princípios, métodos de trabalho e filosofia jurídica correspondentes²⁸.

Ou seja, diferente do que sustentaram os autores de referência (OST, 2007; GABRIEL, 2017), os juízes dos Estados Sociais não tendem a ser juízes Hércules. Esta correlação é “fraca”, tendendo a ser refutada historicamente, de forma que não aceitamos incluí-la como elemento necessário do tipo ideal dos Estados Sociais. Inclusive, em diversas experiências históricas de estados sociais, o executivo exacerbou o seu poder, implicando numa diminuição da autonomia funcional do judiciário. Além disso, é óbvio que, em um Estado Social, os juízes aplicarão o “direito social”, com seus princípios protetivos e sua lógica “concretizadora”, não podendo, apenas por isso, serem considerados “ativistas”, no sentido de “juízes Hércules”.

7. O Estado Democrático de Direito e o juiz Hermes

A última hipótese de trabalho a ser verificada é a da correspondência entre o Estado Democrático de Direito e o modelo de atuação judicial descrito como “juiz Hermes” (OST, 2007; GABRIEL, 2017). Vamos, primeiro, entretanto, qualificar o que entendemos por Estado Democrático de Direito, alinhando os elementos de seu tipo ideal sociológico.

Conforme Streck e Moraes, o contemporâneo Estado Democrático de Direito (artigo 1º, “caput”, da Constituição - BRASIL, 1988) surge “não como uma oposição de

²⁸ Em muitos casos, devido a uma incompreensão comum, os juízes são acusados de serem ideologicamente “ativistas” em suas decisões, por estarem aplicando “princípios” ou buscando realizar “justiça social”. Contudo, como ocorre com frequência no Brasil, é o direito - não o juiz - que possui uma principiologia “social” (como no caso do direito protetivo do trabalho); e é a própria Constituição que possui um caráter utópico e “dirigente”. Com efeito, conforme o caso, o direito pode ser tanto de matriz liberal, quanto social; pode estar edificado tanto sob premissas privatistas, quanto publicistas; pode ser pensado tanto em conformidade com uma filosofia do direito positivista, quanto a partir de uma marco neoconstitucional; pode ser aplicável e “integrável” a partir de uma hermenêutica clássica ou à luz da “nova hermenêutica”. Assim, “ativista” - no sentido de “juiz Hércules” -, não é necessariamente o juiz que aplica o direito “social” ou que adere ao “neoconstitucionalismo”, mas sim aquele magistrado que, por suas convicções, entra em conflito, no momento de decidir, com o direito vigente (seja ele de matriz liberal ou social, seja de um constitucionalismo clássico ou novo), com seus conceitos e princípios, bem como com os métodos de trabalho normalmente aceitos pela comunidade jurídica.

conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social” (STRECK; MORAIS, 2000, p.89). O modelo do Estado Democrático de Direito inclui alguns elementos essenciais, a saber:

A - *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;

B - *Organização Democrática da Sociedade*;

C - *Sistema de direitos fundamentais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como *Estado antropologicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;

D - *Justiça Social* com mecanismos corretivos das desigualdades;

E - *Igualdade* não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;

F - *Divisão de Poderes ou de Funções*;

G - *Legalidade* que aparece como *medida de direito*, isto é, *através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência*;

H - *Segurança e Certeza Jurídicas*.

Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito - vinculado ao *welfare state* neocapitalista - impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de *transformação da realidade* (...) (STRECK; MORAIS, 2000, p.90-91).

Para formar o tipo ideal dos Estados Democráticos de Direito, agregaríamos aos elementos da lista acima, sem dúvida, também o “pluralismo político”, isto é, a coexistência política de tendências partidárias diferentes e divergentes. Além disto, como mecanismos essenciais do regime democrático, poderíamos ainda adicionar os seguintes elementos: eleições legislativas e executivas livres e limpas; sufrágio adulto abrangente; governo civil com reais possibilidades de governar e sem interferência das forças militares²⁹. Finalmente, há um último elemento “institucional”, ao qual os autores sequer se referem em sua lista, mas que consideramos indispensável (e central) para compor o tipo ideal do Estado Democrático de Direito: a existência de um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade.

Ademais, neste modelo, devemos ressaltar um traço específico do “neoconstitucionalismo”, o qual Streck e Morais (2000, p.90-91) identificam como a tendência do Estado Democrático de Direito de impôr “à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”. O aspecto “transformador” do Estado Democrático de Direito possui também uma dimensão “simbólica”, a qual integra a própria cultura do regime, irradiando os valores da democracia sobre todos os demais

²⁹ Estes elementos adicionais estão baseados em Mainwaring, Brinks e Pérez-Liñán (2001), os quais adaptamos livremente para compor nossa argumentação.

elementos, inclusive o direito³⁰.

Neste modelo, em que a “democracia” e o “estado de direito” se conjugam, há uma transformação na própria compreensão do que seja um “estado democrático”. Se as tradicionais “democracias políticas” (liberais) se baseavam (apenas) na regra da maioria, as novas “democracias jurídicas” baseiam-se, além da regra da maioria, também na garantia dos direitos (humanos) fundamentais (GARAPON, 1996). A valorização dos direitos fundamentais, como elemento essencial da própria concepção contemporânea de democracia, implica na redefinição do papel institucional do judiciário (como garante da cidadania e “efetivador” dos direitos fundamentais) e, por consequência, na modificação das relações entre os poderes. “Nesse sentido, pode-se dizer que, no Estado Democrático de Direito, há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário” (STRECK; MORAIS, 2000, p.95).

A partir destas modificações estruturais, observamos o que os autores qualificam como o “deslocamento do eixo da democracia” (GARAPON, 1996; BRASIL, 2013) ou a “expansão global do poder judicial” (TATE; VALLINDER, 1995). São sob estas novas condições que se formula hipótese da correspondência entre o Estado Democrático de Direito e o modelo de atuação judicial descrito como “juiz Hermes” por François Ost (2007). Esta hipotética correlação, a qual entendemos ser correta, está bem formulada no ensaio de Anderson de Paiva Gabriel, nos seguintes termos:

Por fim, preconiza Ost uma terceira tipologia de Juiz, que conjugaria as virtudes das anteriores à necessidade contemporânea de legitimação das decisões por meio do diálogo e da efetivação do contraditório participativo. Trata-se da figura do Juiz ‘Hermes’, em analogia ao Deus Grego da Comunicação, consubstanciando a disseminação do uso da mediação, do *amicus curiae*, das audiências públicas... Com efeito, o magistrado democrático volta-se para a aplicação e preservação das garantias constitucionais, sobressaindo-se aqui o contraditório participativo e a duração razoável do processo. Torna-se, assim, verdadeiro agente garantidor do “processo justo”. A partir dele, deve expandir-se e consolidar-se uma nova consciência jurídica, calcada primordialmente na efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados (GABRIEL, 2017).

É necessário compreender o significado desta simbologia. A alusão a Hermes, enquanto deus da comunicação e da mediação, para descrever um modelo de atuação judicial própria ao Estado Democrático de Direito, dialoga com noções contemporâneas acerca da atuação judicial em democracia, tais como a noção do judiciário como “guardião

³⁰ Segundo Streck e Morais: “o *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade (...). Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material da concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*” (STRECK; MORAIS, 2000, p.90 - supressão nossa).

das promessas” (GARAPON, 1996) e do judiciário como local de realização da “razão pública” (BARROSO, 2018). A tese do judiciário como “guardião das promessas”, defendida por Garapon (1996), sustenta que caberia ao judiciário, ao mediar as disputas e conflitos de interesse cotidianos, lembrar a todos das promessas do pacto social fundador que a todos une, quer dizer, do marco constitucional no seio do qual todas contradições devem ser compreendidas e superadas. Por sua vez, a noção do judiciário como local do “exercício público da razão”³¹, defendida por Barroso (2008), sustenta a necessidade de mediação dialógica dos conflitos, pela autoridade judicial, empenando-se em produzir interpretações do sentido da Constituição racionalmente aceitáveis por pessoas e grupos das mais diversas e antagônicas orientações ideológicas. Nas palavras de Barroso:

Pois bem: a razão pública é um tipo de argumentação que se vale de elementos racionais que podem ser compartilhados pelo conjunto dos cidadãos livres e iguais, independentemente de serem católicos, socialistas ou feministas. Por essa razão, Rawls afirma que uma corte suprema é o caso exemplar de utilização da razão pública: cabe-lhe produzir a melhor interpretação possível da Constituição e justificá-la em termos de uma concepção pública de justiça, que não pode se confundir com a de qualquer grupo particular nem tampouco com a do próprio juiz ou ministro (BARROSO, 2018, p.124 - supressão nossa).

A teoria contemporânea do direito está a admitir que a norma jurídica é algo mais que a regra positiva, incluindo também princípios, normas abertas, cláusulas gerais e outros elementos de indeterminação. Nas palavras de Ost (2007, p.122), “antes de ser regra e instituição, o Direito é logos, discurso, significado em suspenso” (tradução livre do espanhol). Ademais, consoante o “neoconstitucionalismo” (MÖLLER, 2011), nos Estados Democráticos de Direito, o judiciário passa a ocupar um papel central, cabendo mediar conflitos e realizar a interpretação constitucional em última instância. Neste trabalho, o judiciário não apenas declara o que diz o direito positivo sobre determinada questão, mas também - e sobretudo - constrói, diante das circunstâncias sociais e políticas concretas e em diálogo (pedagógico) com a sociedade, a norma aplicável ao caso que seja mais conforme ao estatuto (utópico) de cidadania legado pelo pacto social originário.

³¹ Conforme Barroso: “O uso da *razão pública* importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos - cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores - e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. A razão pública consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político. Um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder ao ideário dos grupos hegemônicos no momento. O interesse público primário não se identifica, por exemplo, nem com posições estatistas nem com concepções antiestatistas. Tais concepções correspondem a doutrinas particulares, como o socialismo e o liberalismo econômico. Para que um direito fundamental seja restringido em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos” (BARROSO, 2018, p.98-99).

Considerações finais

Neste ensaio, sustentamos a correspondência entre o modelo do juiz Júpiter, neutro e distante, e a racionalidade própria do Estado Liberal de Direito, marcado pela supremacia da legislação e pela filosofia positivista, corroborando a proposição de Ost (2007) e de Gabriel (2017). Da mesma forma, entendemos que o modelo do juiz Hermes - que realiza a razão pública e conecta discursivamente os contendores atuais com o espírito do pacto político constitucional, superior e anterior, os pondo em relação com as comunidades políticas póstera e póstuma -, descreve bem a atitude do juiz neoconstitucional, aplicador da “nova hermenêutica”, dos princípios e da ponderação e da força normativa da constituição, dentro do quadro do Estado Democrático de Direito.

Contudo, rejeitamos que o modelo do juiz Hércules - que impõe e que provê, casuisticamente e fiel apenas à sua própria ideologia, sem considerar a lei e a comunidade dos intérpretes -, seja próprio do Estado Social. Em regra, o “risco” típico (nem sempre confirmado historicamente) que há, para a democracia, nos Estados Sociais, é o da hipertrofia do executivo, chegando, em casos extremos, à dissolução do parlamento e à submissão do judiciário, estabelecendo-se a ditadura do partido único. Não é típico do Estado providência que o judiciário governe e imponha a justiça social pela jurisprudência. Portanto, rejeitamos essa hipótese, optando por não incluir, na descrição do tipo ideal do Estado Social, a figura do juiz Hércules.

Quadro 3 - Conclusão: correlação entre os tipos de Estado Constitucional e os tipos de juiz

Estado Liberal de Direito	✓	→	juiz Júpiter
Estado Social de Direito	✗	→	juiz Hércules
Estado Democrático de Direito	✓	→	juiz Hermes

Fonte: os autores.

Ademais, Hércules pode se fazer presente em qualquer dos três tipos de Estados Constitucionais, inclusive e principalmente no Estado Democrático de Direito, dada a indeterminação das normas jurídicas, tais como pensadas pela filosofia do “neconstitucionalismo”. A abertura e a indeterminação das normas jurídicas pode propiciar abusos herculanos por parte dos juízes - dentre os quais a chamada “farrá dos princípios” (SUNDFELD, 2014, p.205-206) -, os quais se dão sempre que o magistrado se furta ao

ônus da argumentação jurídica, pública e racional, fulcrado nos paradigmas e métodos de trabalho aceitos razoavelmente pela comunidade dos intérpretes num determinado momento.

Assim, como tipos ideais, dificilmente encontramos, de forma pura na realidade empírica, as atuações de Júpiter, Hércules e Hermes associadas à atuação de algum juiz determinado. Os juízes e tribunais reais (sujeitos empíricos e históricos) são um “mix” das três tendências, devendo ser descritos com as devidas aproximações e afastamentos dos tipos, conforme o caso.

Por fim, esperamos ter desfeito alguns mal-entendidos comuns sobre o ativismo judicial. Assim, por exemplo, esperamos ter deixado claro que a atitude judicial que visa dar máxima efetividade (força normativa) à norma constitucional, em especial aos direitos fundamentais, é própria da atuação normal e esperada do judiciário no modelo do Estado Democrático de Direito, à luz da filosofia neoconstitucional, conforme o modelo do “juiz Hermes”, não podendo ser confundida, portanto, com a atuação “ativista” e abusiva - porque antijurídica - de um juiz de tipo “Hércules”.

Finalmente, é necessário estabelecer que a visão binária que opõe o *self-restraint* ao ativismo é simplória e equivocada, pois pressupõe que apenas o “progressismo” seja uma atitude “ideológica”, ignorando que a “passividade” judicial perante questões sensíveis que se apresentam à jurisdição - mesmo que justificada em argumentos “técnicos” - também seja uma opção “política”. Além de não ser inocente nem neutra, quanto aos seus efeitos sociais, a “passividade” judicial, no marco de uma constituição “Cidadã” (programática, dirigente, principiológica) é também equivocada de um ponto de vista técnico, quer dizer, teórico e hermenêutico.

Referências

A HISTÓRIA da Justiça do Trabalho (cartilha). **TRT 8**, *s.d.* Disponível em: http://www2.trt8.jus.br/cartilha/historia_jt.asp. Acesso em: mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 592p.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. Porto Alegre: 2.ed. Livraria do Advogado, 2007.

BELL, John. **French legal cultures**. Nova Iorque: Cambridge University, 2008.

BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. **Principles of French law**. 2.ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **La noblesse d'État**: grandes écoles et esprit de corps. Paris, Éditions de Minuit, 1989.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 1996.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República [2002]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Presidência da República [1934]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 18 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (Com emendas posteriores). Presidência da República [1988]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. (Com alterações posteriores). Brasília: Presidência da República [1940]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL, Deilton Ribeiro. O deslocamento do eixo da democracia e o ativismo judicial: o Guardador de Promessas de Antoine Garapon. In: MAILLART, Adriana Silva; COSTA, Suzana Henriques da. **Acesso à justiça II** [recurso eletrônico]. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=173>. Acesso em mar. 2022.

BRIGHAM, John. On politics and law: recovering the Pritchett synthesis in SARAT, Austin (org.). **Studies in Law, Politics, and Society**. (Special Issue: The Discourse of Judging), Volume 58, p.29-44, Bingley-UK: Emerald, 2012.

BRIGHAM, John. **The cult of the court**. Filadélfia: Temple University Press, 2010.

BRINKLEY Alan. The Debate over the Constitutional Revolution of 1937. **The American Historical Review**, 110(4), p.1046-1051, Out. 2005. Disponível em:

<https://www.jstor.org/stable/10.1086/ahr.110.4.1046>. Acesso em: 18 fev. 2022.

CALABRESI, Steven G. (org.). **Originalism: A quarter-century of debate**. Washington-DC: Regnery Publishing, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSEIL Constitutionnel. **La question prioritaire de constitutionnalité: qu'est-ce que la CPC?** Conseil Constitutionnel, *s.d.*. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions/la-qpc>. Acesso em fev. 2022.

DILTHEY, Wilhelm. **Introduction to the human sciences**. Selected Works, vol. I. Princeton-NJ: Princeton University Press, 1989.

DURKHEIM, Émile. **Les formes élémentaires de la vie religieuse**. Paris: CNRS Éditions, 2008.

DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. **Harvard Law Review**, Cambridge, V.88, N.6, p.1057-1109, abr.1975. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340249>. Acesso em 27 dez. 2018.

EIDELWEIN, Tamires; SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. **Aux armes citoyens: Revolução Francesa, iluminismo e direitos humanos**. Porto Alegre: Cirkula, 2019 [no prelo].

ESTADOS UNIDOS. **Constitution of the United States**. United States Senate, *s.d.*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em 18 fev. 2022.

FRANÇA. **Constitution [1958]**. Texte intégral en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Conseil Constitutionnel, 2008. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 18 fev. 2022.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Légifrance, *s.d.*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 18 fev. 2022.

FORMERY, Simon-Louis. **La constitution commentée: article par article**. 16.ed. Paris: Hachette, 2014.

GABRIEL, Anderson de Paiva. Juiz Hermes e o estado democrático de direito. **Jota**, 2007. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/juiz-hermes-e->

[o-estado-democratico-de-direito-08052017](#). Acesso em: 25 dez. 2018.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: edição do autor, 2013.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. **Harvard Law Review**, 10:457, Cambridge-MA, 1897.

HORWITZ, Morton. The Warren Court and the pursuit of justice. **Washington and Lee Law Review**, v. 50, 1, 1993, p.5-13. Disponível em:
<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol50/iss1/4/>. Acesso em: 18 fev. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOREMATSU v. United States. **Oyez**, *s.d.* Disponível em: www.oyez.org/cases/1940-1955/323us214. Acesso em: 4 mar. 2022.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAINWARING, Scott; BRINKS, Daniel; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Classificando Regimes Políticos na América Latina, 1945-1999. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 44, nº.4, 2001, pp. 645-687. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/dados/a/y74Qn63SLFh4FGkfsvZytHg/?lang=pt>. Acesso em: mar. 2022.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967,

MAVEETY, Nancy. **The pioneers of judicial behavior**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2009.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez [1993]. **Academia: revista sobre enseñanza del derecho**. Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, ano 4, n.8, 2007, p.101-130. Disponível em:
http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 23 dez. 2018.

PRITCHETT, Charles Herman. **The Roosevelt court: a study in judicial politics and values**. Nova Iorque: Macmillan Company, 1948.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROUSSELET, Marcel. **Histoire de la justice**. 4.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, jan.1947.

SCOCUGLIA, Jovanka Baracuhey Cavalcanti. A hermenêutica de Wilhelm Dilthey e a reflexão epistemológica nas ciências humanas contemporâneas. **Sociedade e Estado**, Brasília, v.17, n.2, p.249-281, jul./dez.2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v17n2/v17n2a03.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2022.

SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. **Democracia e justiça**: uma abordagem comparativa. [recurso eletrônico]. Ponta Grossa, PR: Atena, 2020. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-ebook/3183>. Acesso em 18 fev. 2022.

SILVEIRA, Gabriel Eidelwein *et al.* Judicial Marxism: a sociological essay on ideology in Brazilian courts. **International journal for innovation education and research**. Vol.08, n.04., 04 jan. 2020. Disponível em: <https://ijer.net/index.php/ijer/article/view/2305/1647>. Acesso em: 04 mar. 2022.

SILVEIRA, G.E.; EIDELWEIN, T. Comparative essay on court systems: France, the USA and Brazil. In: ROJO, R. *et al.* **Juízes na encruzilhada**. Curitiba: CRV, 2016, p.119-153.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Porto Alegre: L&PM, 2008.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UnB, 1999, 464p.

WEST Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937). **Justia**: US Supreme Court, 2002. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/#tab-opinion-1935555>. Acesso em 06 mar. 2022.

WEST Coast Hotel Company v. Parrish. **Oyez**, *s.d.* Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/300us379. Acesso em: 6 mar. 2022.

WOLKMER, Antônio Carlos; MELLO, Milena Petters (orgs.). **Constitucionalismo Latino-Americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá Editora, 2013.