

ENTRE A BATA E A TOGA: UMA ANÁLISE EVOLUTIVA DO IMAGINÁRIO JURÍDICO-SOCIAL NA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

FROM PRIEST ROBE TO JUDGE TOGE: AN EVOLUTIVE ANALYSIS OF SOCIAL-LEGAL IMAGINARY IN THE PRACTICE OF JUSTICE

Emanuel Andrade Linharesⁱ

Tibério Carlos Soares Roberto Pintoⁱⁱ

RESUMO: Com o triunfo da jurisdição constitucional no século XX e, particularmente, na primeira década do século XXI, o Poder Judiciário assumiu uma postura de efetiva criação judicial do direito, inovando na ordem jurídica. Tal debate é bastante profuso, envolvendo aspectos psicológicos e sociológicos, encontrando ardorosos defensores e combatentes. O presente trabalho, contudo, não se propõe a somar forças a quaisquer dos lados da peleja, mas a realizar uma análise filosófico-sociológica da atuação do juiz, referente aos pressupostos simbólicos e imaginais que guiam sua atividade, de maneira consciente ou mesmo inconsciente. Descreve a evolução e consolidação do imaginário em torno da figura do magistrado, que já se confundiu com a do sacerdote, quando cumulava ambas as funções na época das antigas civilizações greco-romanas. Posteriormente, com a separação entre a Igreja e o Estado, o desenvolvimento da ordem moral moderna, calcada nos direitos e garantias individuais, e a consolidação do modelo do Estado de Direito, ou *rule of law*, o magistrado torna-se um servo da lei, passando a lhe dever fiel obediência. Por fim, no contexto atual, percebe-se que o Judiciário torna-se um “filho rebelde”, livrando-se das amarras e limites estabelecidos pela lei, interferindo diretamente sobre as políticas públicas e adotando uma postura francamente nomogênica, fazendo o direito literalmente brotar de seus julgados. Da condição de filho passa à de pai, tornando-se o tutor de uma “sociedade órfã”, assumindo uma feição fortemente dirigista, fazendo as vezes do imperador ou do sacerdote, coroando a si mesmo, como fizera Napoleão. Investe a si mesmo na condição de guardião da verdadeira moral e do espírito da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia do imaginário social; Império da legalidade; Ressacralização do Judiciário; Judiciário como superego da sociedade.

ABSTRACT: With the triumph of constitutional jurisdiction in the twentieth century and, particularly, in the first decade of this century, the judiciary have assumed a posture of effective judicial creation of law, innovating in the legal order. There is a huge discussion on the doctrine about this subject, and many renowned authors stand for and against it. This article, however, does not intend to join any side, but to make a sociological and philosophical analysis of the role of the judge, and also of the symbols and images that guide their actions, whether they are conscient or unconscient. It describes the evolution of the imaginarium related to the judge, going back to the time when he acted both as judge and priest in the ancient Greece and Rome. At a latter time, after the split of the Church and the State, the development of a modern moral order, based on the individual rights and garantees, and the consolidation of the rule of law model, the judge becomes a loyal servant of law. Finally, in the actual context, the judge becomes a sort of “rebel son”, breaking the chains and the limits

stabilished by the legal order, interfering directly over the public policies and performing a clear legislating activity, making law out of it's judgements. It evolves from a child to a father condition, becoming the guardian of an orphan society, becoming strongly interventive on societies decisions, similar to an emperor or a priest, crowning itself, just like Napoleon. Becomes guardian of both the supreme moral and the constitutional spirit.

KEYWORDS: Social imaginary; Rule of law; Judiciary deification; Judiciary as society's superego.

INTRODUÇÃO

As novas técnicas de decisão adotadas pelo judiciário, principalmente pelos tribunais superiores, para a solução de controvérsias, especialmente as relativas à matéria constitucional e ao controle de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, é tema que tem recebido especial atenção por parte da doutrina, seja por parte daqueles que defendem veementemente tal atuação, seja por parte daqueles que vêem tal fenômeno com certa cautela e ressalva. Para o bem ou para o mal, o judiciário vem assumindo uma postura cada vez mais proativa e dinâmica, interferindo diretamente sobre o campo das políticas públicas, o que alguns doutrinadores tencionaram chamar de ativismo judicial.

No atual contexto constitucional, tal questão adquire relevância destacada pelo fato do juiz estar obrigado a fornecer respostas a todas as demandas e questões que lhes são trazidas à apreciação, em observância aos cânones da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da garantia de acesso à justiça, ambos decorrentes do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, e ao art. 126 do Código de Processo Civil, o qual prescreve que o juiz não poderá se eximir de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No caso em que a lei seja omissa, o referido artigo autoriza o juiz a recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

O presente trabalho não se propõe a tecer juízos valorativos acerca desta nova modalidade de atuação do judiciário, que desborda na criação judicial do direitoⁱⁱⁱ, a qual envolve uma tensão entre o princípio da separação dos poderes^{iv}, de um lado, que em sua versão clássica, atribuía ao juiz uma função específica, a jurisdicional, por meio da subsunção da lei ao caso concreto, não lhe cabendo qualquer margem de inovação, e de outro, a já comentada inafastabilidade da tutela jurisdicional, que veicula uma expressa imposição ao

juiz para que apresente uma solução ao caso concreto, pacificando uma determinada situação conflituosa.

Objetiva-se resgatar e discorrer acerca dos arquétipos que, consciente ou inconscientemente, guiam a atuação do magistrado, explicitando este imaginário latente em torno da figura do juiz construído ao longo da história, a forte carga simbólica e imagética que envolve e permeia a atuação do magistrado, com destaque para os pressupostos psicológicos, ideológicos, sociológicos e simbólicos que guiam as tomadas de decisão. Busca-se trazer à tona a compreensão que o magistrado tem de si mesmo e de sua atividade, contrapondo-a aos arquétipos sociais e ao imaginário coletivo, cotejando em que aspectos são coincidentes ou dissonantes. A abordagem possui um cunho eminentemente sociológico-filosófico, e não propriamente jurídico, uma vez que a técnica jurídica não será especificamente analisada.

Para cumprir tal tarefa a contento, faz-se imprescindível analisar a evolução histórica do arcabouço ideológico das atividades do magistrado, desde a antiguidade clássica greco-romana, ao longo do período medieval e da idade moderna, a transformação operada pelos filósofos iluministas, que construíram a noção do império da legalidade ou do *rule of law*, e a guinada pós Segunda Guerra Mundial, com o ressurgimento dos valores constitucionais e da construção de uma nova hermenêutica constitucional.

1 O JUIZ E O ORÁCULO: O MAGISTRADO COMO SACERDOTE

Para compreender as razões que justificavam a acumulação das funções de magistrado e sacerdote na figura do mesmo indivíduo nas instituições antigas, é imprescindível uma breve análise antropológica acerca da cosmovisão destas civilizações, enfocando principalmente os povos que habitavam as penínsulas grega e itálica. É justamente este resgate antropológico que permitirá justificar a unidade existente entre o Estado e a religião nas civilizações arcaicas.

1.1 A simbiose entre religião e Estado nas instituições antigas

Fustel de Coulanges, já no início de sua mais célebre obra^v, atenta para a necessidade de se estudar as crenças dos antigos como pressuposto indispensável à compreensão adequada de suas instituições^{vi}. Para tanto, o autor retrocede às crenças e instituições mais remotas dos gregos e romanos, explicando de que modo a religião influenciou na constituição dos primeiros núcleos familiares e na formação dos institutos primitivos do direito privado, tais como o matrimônio, as relações de parentesco, o direito de propriedade e o direito de herança.

Após explicar a influência da religião doméstica, baseada no culto dos antepassados, sobre a constituição das famílias antigas, o autor explica que as cidades-estado surgiram a partir da união entre as diversas fratrias, cúrias e tribos. Dessa forma, as instituições políticas que irão guiar os rumos da cidade formam-se a partir dos desdobramentos e da ampliação dos núcleos familiares, obedecendo aos mesmos princípios que guiaram a formação destes.

Da mesma forma que a vida privada se orientava pelos ditames da religião, a vida pública seguirá este mesmo direcionamento. “Não havia nenhum ato da vida pública em que não se fizesse intervirem os deuses. Como estavam sob o império da ideia de que eles fossem alternadamente excelentes protetores ou cruéis inimigos, o homem nunca ousava agir sem ter certeza de que eles lhe fossem favoráveis.”^{vii} Dessa forma, se em determinado dia do ano houvesse ocorrido uma catástrofe, aquele dia restaria indelevelmente marcado, e todas as atividades públicas deveriam ser suspensas naquela data, sob pena de ofender os deuses guardiões da cidade.

Todos os atos públicos, desde as reuniões em assembleia, os julgamentos, a mobilização para a guerra, deveriam ser precedidos por rituais religiosos, e sempre acompanhados pelos áugures, sacerdotes incumbidos de interpretar a vontade dos deuses e zelar pela sua observância.

Quanto à ligação entre a religião e a autoridade dos governantes, os primeiros reis acumulavam, a um só tempo, a função de chefes religiosos e políticos. Tal fenômeno se observa não só nas cidades da Grécia e da Itália, como também no Egito antigo, em que o Faraó era considerado um Deus vivo. Os primeiros monarcas, portanto, não adquiriram seu título com base no poderio militar, mas pelo fato de serem guardiões do fogo sagrado da cidade, os únicos que poderiam conectar-se com os deuses e atrair suas benesses. O governante era visto como aquele dentre os homens que mais próximo estaria dos deuses.

Percebe-se que, mesmo nos tempos mais remotos, o monopólio da força física não representava o principal elemento para manter a coesão e a obediência em um determinado agrupamento humano, pois, para Coulanges, “só a religião pode obter a obediência deles, como porque a nossa natureza sente necessidade de só se submeter ao império de uma ideia moral”^{viii}. Os antigos assim acreditavam submeter-se à vontade não de um homem, mas dos deuses, cujo principal mensageiro e representante era o monarca.

A figura do magistrado surgiu a partir de um desmembramento das funções do monarca, que, de início, acumulava três atividades básicas: a execução dos sacrifícios, o comando militar e a repartição da justiça^{ix}. O magistrado passa a exercer a administração da justiça, ainda mantendo o caráter sagrado, devendo utilizar as vestes e símbolos sacerdotais e executar os sacrifícios aos deuses. A sua feição sacra se manifesta de forma incontestável através do procedimento para a sua escolha, que deveria ser sempre uma revelação da vontade dos deuses. Em Atenas, mesmo durante o período dito democrático^x, uma parte das funções públicas era preenchida através do sorteio. Para os atenienses, a sorte não representava o aleatório, o acaso, mas a manifestação direta da vontade dos deuses, à qual não se poderia opor.

1.2 O caráter sagrado e secreto da lei: o sacerdote como profeta

As primeiras leis e códigos de que se tem notícia não eram mais que um amálgama de ritos, cerimônias e atos de culto exterior, misturados com prescrições de natureza propriamente legal. Uma vez que a religião, nos primórdios, assumiu a incumbência de regular os comportamentos e os costumes, o direito primitivo nada mais era que um prolongamento desta, da qual não se dissociava e com a qual se confundia. Dessa feita, os primeiros códigos possuíam um caráter inviolável e sagrado.

Como direito e religião se encontravam visceralmente interligados, o conhecimento dos preceitos legais estava reservado aos iniciados nos mistérios, restrito àqueles que as regras da religião assim o permitiam. Aos plebeus e aos estrangeiros era completamente vedado o conhecimento e a invocação das leis^{xi}. Estas eram guardadas em locais protegidos, pois havia a crença de que se um estrangeiro tomasse conhecimento dos ritos e palavras mágicas, usurparia os favores dos deuses da cidade. Daí a explicação de porque os sacerdotes foram os primeiros jurisconsultos, por serem os únicos autorizados a conhecer e aplicar a lei.

O exercício da jurisdição assumia um caráter profético e casuístico. O magistrado intermediava e transmitia a vontade dos deuses, os quais eram inconstantes, irritadiços, e agiam segundo seus impulsos e as inclinações momentâneas de seu humor. A imagem mais eloquente de tal realidade é representada pela figura do Oráculo de Delfos, em que a pitonisa, a sacerdotisa do templo de Apolo, revelava a vontade do Deus em estado de transe alucinógeno, mencionando a profecia por meio de enunciados desconexos e enigmáticos. A profecia possuía um caráter absoluto e inquestionável: se não ocorria o que fora predito, tal se devia à falha do destinatário em compreender a mensagem do Deus.

A decisão do sacerdote não precisaria vincular-se aos ditames da moral, da consciência ou do sentimento de justiça, ou mesmo à noção de equidade. O pontífice poderia solucionar uma questão de determinada maneira para um indivíduo, e decidir outra idêntica de modo completamente avesso, vez que os próprios deuses faziam distinção entre os homens, elegendo protegidos e favoritos, bem como inimigos^{xii}.

As principais consequências desta sistemática eram basicamente duas: a ausência de previsibilidade quanto à decisão a ser prolatada, sob o argumento de que os deuses eram volúveis; a completa desvinculação entre o teor da decisão e as noções de justiça e equidade.

2 MODERNIDADE OCIDENTAL: O IMPÉRIO DA LEGALIDADE E A SECULARIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A modernidade ocidental foi moldada a partir de mudanças operadas nos mais diversos âmbitos, no contexto da passagem da idade média para a idade moderna, como a modificação da infraestrutura econômica, que passa de um modelo essencialmente feudal para o mercantil; a alteração na arquitetura social, com o surgimento de novas classes, destacando-se a burguesia nascente; a mudança nas concepções ideológicas e na visão de mundo do homem medieval para o renascentista, com a migração do teocentrismo para o antropocentrismo, dentre tantas outras transformações.

Entretanto, a principal contribuição para a construção do padrão moral que servirá de viga mestra ao desenvolvimento da filosofia moderna e para a remodelação do arcabouço das instituições políticas pode ser encontrada na doutrina cristã, que inaugura a proposta de separação entre Estado e Igreja.

Esse contexto de profundas mudanças foi fortemente marcado pelo surgimento e consolidação de um imaginário jurídico e social alicerçado na bandeira da racionalidade, na concepção da lei como a encarnação da razão soberana e na histórica transição do “governo de homens” (absolutismo) para o “governo da razão” (legalismo).

O império da legalidade e a secularização do Poder Judiciário representam na modernidade ocidental a latente mudança do místico culto aos deuses, e ao personalismo encarnado em figuras monárquicas, para a devoção à “deusa razão”.

2.1 O cristianismo e a separação entre o Estado e a Igreja

Para que se possa compreender de que forma se deu o processo de secularização do judiciário, em que o magistrado paulatinamente se afasta do ofício sacerdotal, é imprescindível reconstituir o procedimento de formação do imaginário social moderno ocidental, fruto de uma série de mudanças que culminaram com uma nova concepção da ordem moral da sociedade^{xiii}. Na construção do dito imaginário, o papel do cristianismo foi determinante, principalmente por promover a separação entre o ente político e as instituições religiosas.

Conforme restou afirmado, as instituições políticas da antiguidade só podem ser adequadamente compreendidas como o prolongamento das crenças religiosas dos seus respectivos povos: era absolutamente incogitável a separação entre religião e Estado, vez que este se encontrava em situação de franca subordinação em relação àquela, estando ambos umbilicalmente interligados^{xiv}. Destarte, o Estado representava não apenas uma associação ou comunidade política, mas a máxima expressão da realidade ética humana.^{xv}

Contudo, com o surgimento do cristianismo e a propagação de seus ensinamentos, desencadeia-se um movimento teórico de emancipação da religião face o Estado, vez que se passa a pregar uma mensagem verdadeiramente revolucionária: o caráter apolítico da religião^{xvi}. Surge para o homem duas esferas de deveres completamente diversas^{xvii}, devendo obediência a ambas, mas cada uma restrita a um campo distinto e incomunicável: o Estado detém o poder temporal, podendo exigir a obediência dos indivíduos e mesmo seu patrimônio, enquanto a Igreja monopoliza o poder espiritual, devendo tratar dos assuntos relativos à fé e à consciência. Tal realidade é perfeitamente ilustrada pela célebre frase atribuída a Jesus Cristo,

quando questionado se o pagamento de tributos ao imperador seria lícito, teria respondido: “Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”.

Dinesh D’Souza, embora possa ser acusado de caráter panfletário e da falta de isenção ideológica, devido à sua defesa militante do Cristianismo^{xviii}, ressalta que a separação entre o governo e a religião na doutrina cristã deveu-se ao fato de o Cristianismo não ser a religião de uma comunidade, de modo a estruturar uma identidade face aos demais povos, mas uma religião que se pretende universal, de todos os povos, de onde se extrai seu caráter apostólico.

Contrariamente, as religiões dos antigos eram restritas a cada povo, e estes não tinham a intenção manifesta de difundir suas crenças para os demais. O que ocorria, em geral, era uma imposição aos povos vencidos nas guerras de conquista, que eram obrigados a aceitar a religião imposta pelo povo conquistador. O cristianismo possui uma abordagem completamente diferente, vez que busca captar seguidores por meio do convencimento e da conversão espontânea.

2.2 O surgimento do direito natural laico como fundamento moral do Estado

Embora o cristianismo tenha sido, no campo das ideias, um dos precursores da cisão entre o Estado e a Igreja, fórmula hoje consagrada nas constituições modernas sob o modelo do Estado laico, deve-se ressaltar o papel desempenhado pelos filósofos políticos na formação do Estado moderno. Dentre eles, destacam-se Jean Bodin, principal responsável pelo desenvolvimento da noção de soberania estatal, em que o Estado seria o poder supremo na ordem interna, a instância máxima de decisão, comandando a todos e não sendo comandado por ninguém^{xix}; Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes, dentre outros.

Quanto à contribuição de Maquiavel, esta se condensa principalmente naquela que é sua obra mais renomada: O Príncipe, uma espécie de manual de como o soberano deve conquistar e manter seu poderio. Embora o pensamento do autor tenha sofrido sérias distorções maliciosas, principalmente por parte dos integrantes do clero, que demonizaram seu nome^{xx}, este deu uma contribuição fundamental para justificar esta cisão, ao defender que os atos do governante, ou príncipe, não deviam obediência nem à moral, nem à religião, estando em um campo completamente à parte: o da política^{xxi}. Dessa forma, para alcançar os fins que julgasse adequados, o príncipe poderia recorrer a quaisquer meios disponíveis, mesmo aqueles condenados pela moral e pela religião, devendo avaliar, tão somente, a viabilidade ou eficácia

do meio para alcançar o fim eleito. Tal atitude pode ser constatada na célebre máxima “os fins justificam os meios”^{xxii}, que embora não conste expressamente em sua obra, sintetiza bem o pensamento de Maquiavel.

Com o alastramento das guerras religiosas pela Europa, no bojo da Reforma Protestante, a religião católica não mais fornecia um fundamento ideológico sólido o bastante para justificar o poder temporal do monarca. Desta forma, os pensadores começam a desenvolver uma doutrina moral, de cunho racionalista, para fundamentar este novo modelo de Estado e legitimar a sua atuação. A referida doutrina foi a do direito natural, ou jusnaturalismo^{xxiii}.

Em linhas gerais, a doutrina do direito natural, como a própria nomenclatura induz, afirma a existência de uma ordem jurídica preexistente, anterior à própria organização política, natural, portanto, que se opõe ao artificial, aquilo que é feito pelo homem. Tal ordenamento decorreria da própria condição do homem como um ente moral, ou, em outras palavras, da natureza humana.

Dessa forma, o indivíduo é alçado à condição de fundamento do poder estatal, tornando-se a matriz do direito e do Estado^{xxiv}. Os indivíduos possuiriam direitos e obrigações preexistentes e recíprocas, de cunho moral, e que deveria fornecer as balizas da ordem estatal e fixar os limites da atuação do soberano.

A doutrina do direito natural recorria a alguns conceitos fundamentais, como a menção a um Estado de Natureza, seja ele real ou hipotético^{xxv}. Neste ponto de partida, todos os seres humanos viveriam em uma situação de primitiva igualdade, não havendo quaisquer relações de hierarquia ou superioridade entre eles. Dessa forma, a comunidade política deveria ter surgido a partir de um consenso originário, que se expressaria por meio de um pacto ou contrato de todos com todos^{xxvi}, em que os indivíduos, igualmente livres, concordam em constituir uma associação política permanente^{xxvii}.

Segundo a doutrina do contrato social, as instituições de mando já nasciam limitadas, vez que a esfera dos direitos naturais dos cidadãos constituiria um núcleo inarredável e intangível.

Essa concepção de ordem moral natural, conforme relata Charles Taylor, sofre uma dupla expansão ou alargamento, tanto em abrangência, albergando cada vez mais indivíduos, como em intensidade, protegendo cada vez mais direitos e prerrogativas dos cidadãos^{xxviii}. Tal ideia teria germinado e sido exposta por alguns pensadores, passando a propagar-se e a habitar o imaginário social e, por fim, reger a organização de sociedades inteiras^{xxix}.

O núcleo primordial desta ordem moral moderna fornecia o fundamento da legitimidade dos governos, que seriam legítimos na medida em que são assegurados e protegidos os direitos naturais dos cidadãos.

Por fim, o momento derradeiro da transição da ordem moral moderna das teorias políticas para o imaginário social se deu com o fenômeno das codificações, que inaugura o Estado de Direito, ou *rule of law*. Nesse contexto, os principais filósofos que vão fornecer o embasamento teórico deste modelo são John Locke e Montesquieu^{xxx}. A autoridade, portanto, se desloca da figura do monarca ou soberano, para a figura impessoal da lei. Todos, governante, cidadãos, magistrados, passam a dever obediência à lei, que se corporifica nos códigos, identificados com a própria racionalidade e constituindo o fundamento-mor da autoridade.

2.3 O Estado de Direito e a vinculação do juiz à lei

O direito expresso por meio dos textos legais, que surge no bojo das codificações, passa a gozar de uma série de atributos, identificado com a expressão da vontade geral, que se externaliza através do Legislativo. Ocorre uma supervalorização da figura do legislador, arauto da vontade da nação, e a submissão de todos os demais às suas prescrições^{xxxi}.

Neste contexto, a atividade do magistrado se mostrava bastante tolhida, sendo servo imparcial da lei. No contexto da França pós-revolucionária, havia uma grande desconfiança quanto aos magistrados, vez que estes haviam sido empossados pela nobreza destituída, guardando ainda vínculos com o *Ancien Régime*. Para evitar que a atuação do magistrado se desvirtuasse da vontade geral plasmada nos códigos, estes sequer poderiam interpretar os dispositivos legais, que se externavam por meio de uma linguagem cristalina, unívoca, que jamais poderia dar margem a múltiplos sentidos possíveis. Imperava o brocardo *in claris cessat interpretatio*, segundo o qual a atividade interpretativa só se mostraria necessária quando houvesse alguma incerteza quanto ao significado de um dispositivo legal. Com o avanço nos estudos sobre a linguagem e consolidação da hermenêutica constitucional contemporânea, tal expressão foi completamente esvaziada de sentido, possuindo valor meramente histórico.

Os magistrados estavam restritos à literalidade da lei, tida como auto-evidente. Tal paradigma explica, inclusive, o motivo dos franceses recalcitarem em conferir aos juízes o

poder de controlar a constitucionalidade das leis, pois tal prerrogativa poderia lhes conferir a a capacidade de desvirtuar o sentido da lei e usurpar a vontade geral nela consubstanciada. Analogicamente, seria possível aduzir que o poder para interpretar atribui o poder para destruir^{xxxii}.

2.3.1 O *rule of law* e a divinização da lei

No final do século XVII, a vitória do bloco parlamentar na Revolução Gloriosa difundiu entre os ingleses a crença em ter-se criado o “império da legalidade” e a convicção de que daí em diante a lei seria a grande responsável pela preservação da liberdade dos indivíduos.

Ocorrido entre os anos de 1688 e 1689, esse movimento, responsável pela destituição do rei Jaime II do trono britânico, ficou também conhecido por “Revolução sem sangue”, em razão da forma pacífica como ocorreu. Representou um compromisso de classe entre os proprietários rurais e a burguesia inglesa, demonstrando que para acabar com o absolutismo não havia necessidade de eliminar a figura do rei, desde que esse concordasse em submeter-se às decisões soberanas do Parlamento.

Ao assumir a coroa, em 1689, em substituição ao rei da dinastia Stuart, que era católico, o protestante Guilherme, Príncipe de Orange, da Holanda, aceita a “Declaração de Direitos” (*Bill of Rights*), pondo fim aos conflitos entre o rei e o Parlamento. Entre outras medidas, esse documento determinou o fim da censura política, reafirmou o direito exclusivo do Parlamento para a criação de impostos e, com relação à questão militar, passou a exigir a autorização prévia do Poder Legislativo para o recrutamento e a manutenção do exército britânico.

Conforme destaca Emilio Santoro, “a luta travada na Inglaterra do século XVII contra o absolutismo monárquico teve uma característica fundamental: foi acompanhada de uma retórica que não pôs diretamente a ênfase sobre a liberdade e os direitos subjetivos, mas levantou como sua bandeira o direito objetivo”^{xxxiii}.

Sob a inspiração do racionalismo positivista, o “direito” passa a ser exaltado como condição essencial para o exercício e a proteção da liberdade dos indivíduos, limitando, assim, o poder do monarca. Tal postura pode ser encontrada nas teses de Edward Coke – jurista, escritor e parlamentar inglês, notabilizado pela defesa do princípio da supremacia da lei comum diante das prerrogativas do rei -, o qual afirmou que “o direito é o santuário mais

seguro no qual os homens podem se refugiar, e a fortaleza mais adequada para proteger as fraquezas de todos”^{xxxiv}.

Observação uma gradativa transformação no imaginário social, em que a “sacralidade”, antes identificada na vontade soberana do rei, transfere-se para o culto à lei, obra da racionalidade humana e instrumento efetivo de promoção da igualdade e de proteção da liberdade. É a partir de uma ordem objetiva de normas jurídicas que se torna possível ao sujeito a proteção de seus bens, materiais e imateriais, contra eventuais agressões de particulares ou do próprio Estado^{xxxv}. Uma das mais importantes conquistas dos revolucionários foi justamente a criação de um quadro normativo que assegurasse a certeza dos direitos em setores considerados fundamentais, tais como as transações civis, as transferências de propriedade, os contratos, os testamentos etc.^{xxxvi}

A prerrogativa conferida ao cidadão comum de acionar o Judiciário para a reparação de danos causados pela Coroa, ou seja, pelo próprio Estado, tornou-se forte elemento de legitimação da retórica *whig*^{xxxvii}, difundindo, assim, a imagem da Inglaterra como o reino do direito e da liberdade. Com esse discurso, “passou-se da exaltação da igualdade dos ingleses perante o direito àquela do mito do direito como guardião das liberdades nacionais^{xxxviii}”. Na Inglaterra pós-revolucionária, onde imperava o “mito” do *rule of law*, o povo, os dissidentes religiosos e os políticos eram detentores de autênticas garantias constitucionais, tendo, desse modo, a convicção de que o “domínio da lei” os protegia contra o “domínio da força”.

A cultura e a retórica inglesa do século XVIII foram profundamente influenciadas pelo conceito de “direito”, tido “como um valor dominante, como o verdadeiro e próprio eixo ideológico de toda a sociedade^{xxxix}”. O império da legalidade foi responsável pela remoção da religião e exaltado como o “novo fundamento da organização social^{xl}”.

Em torno da concepção de Estado de Direito construída pela teoria do *rule of law* gravitam as ideias de soberania do Estado, lei e liberdade, ancoradas na afirmação histórica do princípio da soberania popular (traduzido na supremacia do Parlamento) e fundamentadas nas teorias contratualistas de John Locke (“Dois tratados sobre o Governo”) e J. J. Rousseau (“O Contrato Social”). A construção dessa teoria da democracia estava em consonância com o ideal aristocrático do juiz “boca da lei” e do Poder Judiciário como um “poder nulo”^{xli}, conforme preconizado por Montesquieu, no livro XI da obra “Do Espírito das Leis”.

Como visto, esse modelo de Estado era centrado no papel do Parlamento como órgão soberano, porta-voz da vontade popular, atribuindo aos magistrados a tarefa de mero

aplicador da literalidade dos textos normativos, fiéis executores da vontade do corpo legislativo (e, naturalmente, em última instância, do próprio povo).

O padrão ideológico rousseuniano-montesquiano, afirmado na Revolução Francesa, irradiou-se ao longo do século XIX por vários países da Europa continental, dominando o panorama jurídico-político europeu por aproximadamente dois séculos. Entretanto, a concepção de que caberia ao legislador, por sua própria natureza, ser o principal garantidor da liberdade dos indivíduos, atribuindo ao Judiciário um papel coadjuvante, foi se esvaindo com o passar do tempo. Nesse sentido, destaca o jurista italiano Pietro Costa que “grande parte do liberalismo oitocentista é atravessada por um mal-estar derivante da consciência da fragilidade da tutela dos direitos fundamentais dada pelo paradigma centrado na lei.”^{xlii}

Somente no início do século XX, com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, é proposta uma alternativa para o conflito existente entre a função do Parlamento e a tutela jurídica dos direitos fundamentais. O jurista austríaco identificou o Estado com o ordenamento jurídico^{xliii} e, ao elaborar a teoria hierárquica das espécies normativas, concebeu a relação entre Constituição e legislação infraconstitucional como sendo uma mera relação entre normas de graus distintos, consequentemente, passível de avaliação judicial.

Sob esse prisma, o Poder Legislativo passa a dever respeito às regras constitucionais preestabelecidas, balizadoras de sua atuação, as quais definem a sua competência e regulam os procedimentos formais de elaboração das leis^{xliv}. Assim, entendeu Kelsen que o perfeito cumprimento dessas normas, e, portanto, a exatidão formal e substancial das leis pode (e deve) ser controlada por uma Corte judicial^{xlv}. Tal constatação foi responsável pela superação do dogma oitocentista da supremacia do Parlamento, tornando o Poder Legislativo passível de controle jurisdicional, o que possibilitou uma aproximação entre a tradição juspublicística europeia e a tradição constitucionalista norte-americana.^{xlvi}

2.3.2 O *Judicial Review* norte-americano e a reavaliação do *Rule of Law*: da supremacia da constituição à supremacia das cortes constitucionais

Nos Estados Unidos, o período compreendido entre o final do século XVIII e o início do século XIX representa um verdadeiro divisor de águas em relação ao pensamento constitucional pré-moderno.

Dentre as mais impactantes inovações teóricas para o constitucionalismo está a tentativa de elucidar as consequências práticas derivantes da ideia de que a Constituição é um ato de determinação da soberania popular.

Conforme destaca Brunella Casalini, “é a partir dessa idéia, que está como fundamento da tensão entre política e direito, típica do constitucionalismo moderno, que o direito pôde ser elevado como lugar central ao redor do qual se construiu a identidade política dos Estados Unidos e enraizou o culto da lei, tornando-se como uma verdadeira e própria religião civil.^{xlvi}”

O pensamento jurídico norte-americano passa a trabalhar, entretanto, a ideia de que para que se possa efetivamente falar em “governo da lei”, e não mais em “governo dos homens”, é insuficiente que os direitos fundamentais do cidadão sejam subtraídos de eventuais arbítrios do legislador, sem que possam ser tutelados pelo Poder Judiciário. Desse modo, “a reavaliação novecentista do conceito de *rule of law* remove, na maioria dos casos, do próprio horizonte as implicações da noção republicana de “governo da lei”, remetendo, antes, a um direito de produção espontânea, administrado pelas Cortes de justiça.^{xlviii}”

Essa noção implica em certa desvalorização da legislação parlamentar como fonte do direito, passando a prestigiar uma crescente construção jurisprudencial sobre matérias de natureza constitucional. Identifica-se no modelo norte-americano um exemplo paradigmático dessa tendência contemporânea que parece configurar o risco de uma passagem da supremacia das Constituições à supremacia das Cortes Constitucionais^{xliv}.

A mencionada tendência é ainda mais emblemática nos Estados Unidos da América, em razão de uma peculiaridade de sua tradição constitucional: a existência de um amplo controle de constitucionalidade das leis iniciado com a introdução do instituto do *judicial review of legislation*, que remonta à célebre decisão do juiz John Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803¹.

Em outras palavras, a Suprema Corte norte-americana é quem assume, em última instância, a função de intérprete da Constituição, podendo rever, declarar inconstitucionais e, portanto, invalidar decisões tanto do Congresso, como dos poderes legislativos estaduais.

Gilberto Bercovici afirma que “com a supremacia da suprema corte nos Estados Unidos, chega-se ao fenômeno da corte se arrogar ser a representante da opinião do povo^{li}.” Para o professor da Universidade de São Paulo - USP, este importante marco histórico do constitucionalismo moderno pode ser sintetizado com o fato de que a autoridade da

constituição é deslocada do texto para a decisão judicial, que passa a controlar o seu real significado. Entende ainda que “[...] com a vitória desta forma de organização político-jurídica, o poder constituinte e a soberania popular deixaram de ter grande relevância para o debate norte-americano.^{lii}”

Com efeito, essa mudança de paradigmas resulta numa forte postura ativista dos juízes ordinários e da Suprema Corte norte-americana na tutela dos direitos individuais, e, sobretudo, na proteção dos direitos de minorias, pois, muitas vezes, sem a necessária força política para conquistá-los junto ao Parlamento, grupos de pressão passam a recorrer ao Judiciário como o palco ideal para o atendimento dos seus anseios e aspirações. Essa nova realidade institucional deu origem à provocativa expressão “Governo dos Juízes”, tido como uma exacerbação do “governo da lei” no contexto novecentista da história do Direito.

3 A RESSACRALIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE

Ao longo de extenso período da história da humanidade, viu-se o exercício da jurisdição corresponder a aspectos místicos e eminentemente subjetivos. A simbologia do magistrado associado a deuses que para tudo possuíam respostas, ainda que desprovidas de critérios lógicos ou isonômicos, permeou o imaginário social por vários séculos.

Somente com o advento das teorias racionalistas na modernidade ocidental e, particularmente, com a secularização do Estado e as revoluções democráticas, é que a atuação dos juízes passou a ser balizada por parâmetros legais pré-estabelecidos, oriundos da soberania popular manifestada através do Parlamento.

Na sociedade pós-moderna, com a fragmentação das formas de poder e a diluição da soberania entre os diversos órgãos do Estado, os quais exercem mútuo controle nos termos da Constituição, as diretrizes sociais diretas constantes dos textos normativos substituem uma consciência individual que outrora confrontava com o arquétipo do pai dominante, ora representado pela figura do magistrado-sacerdote, ora pela vontade autoritária e ilimitada do imperador. De fato, essa sociedade é cada vez menos integrada por poderes personalistas a cujos titulares ainda se possa transmitir um superego coletivo^{liii}.

Com o triunfo da jurisdição constitucional no século XX e, particularmente, na primeira década do século XXI, é perfeitamente possível reconhecer no Poder Judiciário traços característicos da imagem paterna clássica^{liv}, não somente pela ampliação objetiva da função da justiça através do seu poder de interpretação, em razão de um crescente apelo ao processo como mecanismo de resolução de conflitos intersubjetivos e instrumento de solução para angústias individuais e coletivas, mas, principalmente, pelo fortalecimento e aumento dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Ressalta a jurista alemã Ingeborg Maus que “esse processo também é acompanhado por um entendimento do Judiciário por parte da população que assume traços de veneração religiosa^{lv}”. Nesse vácuo de poder em uma “sociedade órfã de pai”, é transferido ao Judiciário o superego da sociedade, que anseia por respostas aos mais variados problemas e conflitos de interesses^{lvi}.

Dessa forma, em observância aos cânones da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da garantia de acesso à justiça, o Judiciário vê-se instado a se manifestar a respeito dos mais diversos temas de ordem moral, política, econômica e social, inclusive com relação àqueles que o legislador, proposital ou involuntariamente, se manteve omissivo. Progressivamente, passa a adentrar em searas tradicionalmente excluídas do seu campo de atuação. Pode-se dizer que este fenômeno, guardadas as devidas proporções, representa um resgate da figura do magistrado-oráculo, em um autêntico processo de “ressacralização do Judiciário”, retornando o pêndulo da história para a supremacia do Poder Judiciário como instância moral máxima da sociedade.

O emergir desse novo protótipo de juiz, ao mesmo tempo guardião e construtor da moral coletiva, tem como etapa argumentativa precípua a noção de que para a compreensão dos direitos fundamentais, o Direito natural racionalista, preconizado pelo Iluminismo, estaria devidamente superado. Ademais, o princípio da igualdade material dos direitos fundamentais remeteria a um conceito de “justiça” que exigiria não apenas métodos interpretativos, e sim um autêntico ordenamento de teor substantivo. Para suprir essa necessidade, nem o parlamento, nem tampouco a opinião pública, seriam esferas capazes de servir de “substitutos” para a figura paterna do imperador. Somente um “juiz justo”, com moral elevada e imparcialidade funcional, poderia bem exercer esse papel.

Ronald Dworkin aponta para o entendimento dominante de aproximação entre direito e moral no exercício da jurisdição constitucional^{lvii}, no que é severamente criticado por

Ingeborg Maus, para quem a razão de uma teoria desse tipo - não obstante sua boa intenção - serve tão somente para mascarar moralmente um “decisionismo judicial”, mediante uma inexplicável relação entre uma moral vinculada ao direito, as convicções morais empíricas de uma sociedade e a moral pessoal do juiz^{lviii}.

Para o jurista norte-americano, os juízes seriam detentores de uma espécie de “moral supraconstitucional”, e, por isso, aptos a transformar os seus próprios entendimentos sobre o que seria o teor objetivo da moral social (*community morality*) em fator importante da interpretação judicial. Entretanto, paradoxalmente, como atenta Ingeborg Maus, a moral que deve direcionar a interpretação do juiz torna-se, em verdade, produto da sua própria interpretação. Assim, para Maus “a inclusão da moral no direito imuniza a jurisdição contra a crítica a qual ela deveria ser tornada acessível^{lix}”, justamente por “sempre ter ao seu lado um conceito de direito ampliado por suas próprias ponderações morais.^{lx}”

Ao elevar-se à condição de instância moral superior da sociedade, o Poder Judiciário é então blindado aos mecanismos sociais de controle a que todos os órgãos estatais em uma organização política democrática deveriam estar submetidos. O risco é também o da “liberação do Judiciário em relação a todas as vinculações legais que, outrora, deviam garantir o controle de sua conformidade com a vontade popular.^{lxi->lxi}

Nesse contexto de supremacia do Judiciário na contemporaneidade, os tribunais submetem todas as demais instâncias políticas à interpretação que fazem do texto constitucional e aos princípios jurídicos suprapositivos por eles afirmados como moralmente justos. E, *legibus solutus*, como um dia somente o monarca absolutista o foi, estão livres para decidir sobre quaisquer questões litigiosas sociais, quando provocados.

Atualmente, percebe-se que o Judiciário torna-se um “filho rebelde”, livrando-se das amarras e limites estabelecidos pela lei, interferindo diretamente sobre as políticas públicas e adotando uma postura francamente nomogênica, fazendo o direito literalmente brotar de seus julgados. Da condição de filho passa à de pai, tornando-se o tutor de uma “sociedade órfã”, assumindo uma feição fortemente dirigista, fazendo as vezes do imperador ou do sacerdote, coroando a si mesmo, como fizera Napoleão. Investe a si mesmo na condição de guardião da verdadeira moral e do espírito da Constituição.

Dessa feita, a Constituição deixa de ser compreendida como nos tempos da fundamentação racional-naturalista da democracia, quando era vista como um instrumento essencial para a institucionalização de processos de decisão dos interesses sociais e de

garantias jurídico-fundamentais de espaços de liberdade para a formação da vontade política, para transmutar-se em um “texto fundamental, a partir do qual “escribas” conduzem, como da Bíblia ou do Corão, os valores e comportamentos corretos.^{lxiii}” É o que Ingeborg Maus denomina de prática da “teologia da Lei Fundamental”^{lxiv} por parte das Cortes Constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo buscou reconstruir o imaginário em torno da figura do juiz ao longo da história da humanidade, resgatando a forte carga simbólica e imagética envoltas da atuação dos magistrados.

Para tanto, percorreu-se um caminho que vai desde a cosmovisão das civilizações antigas até chegar à “ressacralização do Judiciário” no contexto da contemporaneidade, onde o juiz passa a exercer um crescente ativismo na elaboração criativa do Direito e, conseqüentemente, a influir intensamente nos rumos da sociedade a que pertence.

Fruto do desdobramento das funções do monarca, a figura do magistrado surge eivada de tributos místicos e de um caráter sagrado, refletindo no sacerdote a imagem de verdadeiro profeta da lei.

Na modernidade ocidental, com o florescimento dos ideais racionalistas e com a secularização do Estado, a lei, expressão legítima da soberania popular, passa a ser cultuada como um instrumento objetivo de promoção da igualdade e de proteção da liberdade dos indivíduos, passando o juiz a ser visto como um mero executor da vontade manifesta pelo Parlamento. Num primeiro momento, o “império da lei” e o culto à “deusa razão” transformam o Judiciário em um “poder nulo”. Tal realidade somente é modificada com a criação do instituto do *judicial review of legislation*, inaugurando os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, e atribuindo à Justiça um importante papel na construção da democracia e na tutela dos direitos fundamentais.

Fenômeno observado na sociedade pós-moderna, principalmente com o advento das Constituições pós-bélicas a partir da segunda metade do século XX, impulsionado pela fragmentação das formas de poder e a diluição da soberania entre os diversos órgãos do

Estado, a concepção do Judiciário como instância moral máxima e detentora do superego da sociedade suscita crescentes preocupações para a consolidação de uma teoria democrática de equilíbrio entre os diversos órgãos estatais.

Um repasse crítico do contexto da ressacralização do Estado na contemporaneidade apontará para os riscos iminentes de que a Justiça, em seu atual modo de funcionamento, transforme-se não apenas em uma substituta do modelo imperial, mas, na verdade, autêntica substituta das vontades despóticas e ilimitadas típicas do imperador, sob o qual era centralizada a ideia personalista de soberania.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica ao Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DE BARROS, Alberto Ribeiro. Um renascentista das leis. **Discutindo Filosofia**, São Paulo, ano 3, nº 13.

D'SOUZA, Dinesh. **A Verdade sobre o Cristianismo: porque a religião criada por Jesus é moderna, fascinante e inquestionável**. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Reine Rechtslehre*.

MAQUIAVEL, **O Príncipe**. São Paulo: Cultrix, 2006.

MAUS, Ingeborg (Org.). **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

TAYLOR, Charles. **Imaginários Sociais Modernos**. Lisboa: Papelmunde, 2010.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ⁱ Especialista em Direito Público pela Universidade Estadual do Vale do Acaraú (UVA). Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da Universidade Federal do Ceará (UFC). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

ⁱⁱ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP).

ⁱⁱⁱ Dentre os autores que abordam tal temática e defendem tal atuação de maneira militante, Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

^{iv} Utiliza-se aqui a expressão “princípio” por ser o termo comumente empregado pelos doutrinadores para referir-se a alguns institutos que estão na base da organização político-jurídica do Estado Brasileiro e conformam a sua estrutura, tais como o Princípio Republicano, o Princípio Federativo, o Princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio da Soberania Popular, dentre outros. O critério adotado para denominar tais institutos de princípios é o que Humberto Ávila denomina de distinção fraca entre regras e princípios, segundo o qual os princípios seriam normas dotadas de elevado grau de abstração e generalidade, de onde decorre a afirmação de que os princípios seriam os “alicerces” ou “vigas-mestras” do ordenamento jurídico, o que implica na supervalorização dos princípios como normas dotadas de primazia axiológica. O referido autor tece diversas críticas a este critério de distinção, com as quais corroboramos em grande medida, mas nos furtaremos de explicitá-las por desbordar dos propósitos do presente trabalho. Para mais informações, Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 84-86.

^v COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

^{vi} “A história da Grécia e de Roma é um testemunho e um exemplo da estreita relação que sempre há entre as ideias da inteligência humana e o estado social de um povo. Considerai as instituições dos antigos sem levar em

conta as suas crenças e as achareis obscuras, esquisitas, inexplicáveis. Por que patrícios e plebeus, patrões e clientes, eupátridas e tetas, e de onde vêm as diferenças inatas e indelévels que encontramos entre essas classes? (...) Mas colocai as crenças diante dessas instituições e dessas leis; de imediato os fatos se tornarão mais claros, e sua explicação se apresentará por si mesma” (Ibid., pp. 16-17.)

^{vii} Ibid., pp. 179-180.

^{viii} Ibid., p. 193.

^{ix} “Do fato de a religião misturar-se ao governo, à justiça, à guerra, resultou necessariamente que o sacerdote fosse ao mesmo tempo magistrado, juiz e chefe militar. ‘Os reis de Esparta’, diz Aristóteles, ‘têm três atribuições: executam os sacrifícios, comandam na guerra e distribuem a justiça.’” (Ibid., pp. 193-194).

^x Na oportunidade, é importante fazer uma distinção entre o modelo de democracia ateniense, ou a “democracia dos antigos”, da atual concepção democrática presente em grande parte das constituições contemporâneas, ou a “democracia dos modernos”, para utilizar a célebre expressão de Benjamin Constant, na obra “Sobre a Liberdade dos Antigos comparada com a dos Modernos”, publicada em 1819. A democracia antiga era praticamente irrestrita, vez que implicava uma espécie de “ditadura da maioria”, em que os cidadãos eram tão somente detentores de direitos políticos, podendo reunir-se em praça pública para deliberar e decidir por meio do voto sobre quaisquer assuntos e matérias, inclusive sobre o ostracismo, o confisco dos bens e a imputação de pena capital. Já a democracia moderna mostra-se temperada ou limitada por um conjunto de direitos e garantias atribuídos aos cidadãos, de natureza civil, ditos fundamentais, que são intangíveis pelas decisões tomadas na esfera pública e se encontram assegurados nas constituições.

^{xi} “Como a lei fazia parte da religião, participava do caráter misterioso de toda essa religião das cidades. As fórmulas da lei eram mantidas em segredo, como as do culto. Ela permanecia oculta ao estrangeiro, e até ao plebeu” (Ibid., pp. 208-209).

^{xii} Para mencionar um exemplo extraído da mitologia, vale lembrar que Hércules, filho de Zeus, rei do Olimpo, e da mortal Alcmena, era odiado pela Deusa Hera, esposa de Zeus e eternamente enciumada dos inúmeros casos amorosos deste com as mortais. Basta relatar o episódio em que a deusa enviou duas serpentes para assassiná-lo quando ainda recém-nascido, que foram por ele estranguladas.

^{xiii} “A minha hipótese de base é a de que, no centro da modernidade ocidental, existe uma nova concepção da ordem moral da sociedade. Esta começou por ser apenas uma ideia nas mentes de alguns pensadores influentes, mas, mais tarde, veio a configurar o imaginário social de amplos estratos e, em seguida, de sociedades inteiras.” (TAYLOR, Charles. **Imaginários Sociais Modernos**. Lisboa: Papelmunde, 2010, p. 12).

^{xiv} “Diz ainda Montesquieu que os romanos sujeitavam a religião ao Estado; o contrário é que é verdade; é impossível ler algumas páginas de Tito Lívio sem ficar convencido disso. Nem os romanos nem os gregos conheceram estes tristes conflitos, tão comuns em outras sociedades, entre a Igreja e o Estado. Mas isso se deve unicamente ao fato de que tanto em Roma, como em Esparta e em Atenas, o Estado estava sob o jugo da religião; ou antes, o Estado e a religião estavam tão completamente entrelaçados que era impossível não só ter a ideia de um conflito entre eles, mas até os distinguir um do outro”. (Ibid., p. 183)

^{xv} REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.

^{xvi} “É paradoxal, mas verdadeira, a afirmação feita por um notável escritor católico de que foi a apoliticidade, ou seja, a falta de preocupação política, que fez resultar do Cristianismo uma grande revolução no plano político. Sendo apolítico, o Cristianismo implicou, necessariamente, a quebra do caráter religioso do Estado antigo, na distinção entre esfera religiosa e política.” (Ibid., p. 8)

^{xvii} “A razão é explicada na grande obra *A Cidade de Deus*, de Agostinho, um dos pais da Igreja. Agostinho afirma que, durante seu tempo aqui na Terra, o cristão habita em dois reinos: na cidade terrena e na cidade celestial (...) O cidadão cristão tem deveres para com cada um desses campos, mas não se trata dos mesmos deveres.” (D’SOUZA, Dinesh. **A Verdade sobre o Cristianismo: porque a religião criada por Jesus é moderna, fascinante e inquestionável**. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2008, pp. 69-70)

^{xviii} Tal se percebe até mesmo pelas ilustrações e expressões de que se utiliza, como na passagem “Ao longo dos anos, o selvagem guerreiro bárbaro se tornou um gentil cavaleiro cristão”, ou, ao falar dos artistas cristãos, afirmar que “em nenhum outro lugar a aspiração humana chegou tão alto ou tocou de forma mais profunda o coração e o espírito do que nas obras da arte, arquitetura, literatura e música cristãs”. (Ibid., pp. 64-65)

^{xix} “A soberania é o verdadeiro fundamento, o eixo sobre o qual se move o Estado de uma comunidade política e do qual dependem todos os magistrados, leis e ordenanças; ela é que reúne as famílias, os corpos e os colégios, e todos os particulares num corpo perfeito: a República”. (DE BARROS, Alberto Ribeiro. Um renascentista das leis. **Discutindo Filosofia**, São Paulo, ano 3, nº 13, p. 39).

^{xx} Foi desta campanha negativa que surgiu a expressão “maquiavélico”, quando se pretende referir a alguém que não possui escrúpulos, que se utiliza de meios sórdidos para atingir seus objetivos, manipulando ou traindo outras pessoas.

^{xxi} “Esse século negro e vergonhoso para a Itália – *O Cinquecento* – como que nasce prematuramente, em 1494, quando Carlos VIII da França invade a península, feito vanguardeiro dos novos bárbaros e iniciador de um processo de decomposição para a qual iriam concorrer os próprios príncipes italianos e o próprio pontificado, dando ao mundo as lições mais completas tanto da *virtù* maquiavélica- o engenho e o talento políticos e a presteza na ação, postos a serviço da conquista, manutenção e acréscimo do Estado-, quanto do amoralismo e do imoralismo que movem com força animal e instintiva e inteligente e preconcebida os atos extremos de rapacidade, traição, violência criminosa, luxúria, crueldade inumana, egoísmo e ódio encarniçado (...) A guerra, o assassinio, a pilhagem, as correrias dos mercenários, a ‘descida’ dos *oltramontani*, a espionagem e os conluios, as conspirações e as traições são elementos do quadro cotidiano da Itália no *Cinquecento*.” (MAQUIAVEL, **O Príncipe**. São Paulo: Cultrix, 2006, pp. 7 e 10).

^{xxii} Para uma melhor compreensão do pensamento de Maquiavel, é necessário fazer uma contextualização do ambiente político dos reinos da península itálica (já que não se pode falar propriamente na Itália, uma vez que o Estado italiano foi fruto de uma unificação tardia, se comparada à experimentada pelos demais Estados europeus). Durante toda a idade moderna e até meados do século XIX, a “Itália” era um território pulverizado em reinos, ducados, grão-ducados, além dos Estados Pontifícios. O processo de unificação, denominado *Resorgimento*, se deu ao longo de um vasto lapso temporal, só tendo sido concluído em 1870. Fenômeno semelhante ocorreu com a Alemanha, que só concluiu sua unificação em 1871, sob o punho de ferro do primeiro-ministro Otto Von Bismarck, um ano após, portanto, a unificação da Itália.

^{xxiii} “Como ordem histórica, decorre o moderno jusnaturalismo, segundo Jellinek, da ação concomitante dos seguintes fatores: o individualismo germânico, a concentração da vida medievá em inúmeras corporações, a influência do cristianismo, metendo a personalidade humana em plano significativamente transcendental e lançando as bases ao individualismo da idade moderna, e a Igreja, que, ao contrário do culto antigo, já não coincide com o Estado, e se torna autônoma, tutelar ou rivalizante, conforme o afiançam as lutas do Sacro Império Germânico com o Papado” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 123).

^{xxiv} “O principal característico do jusnaturalismo reside em fazer do indivíduo a matriz do direito e do Estado [...] Perante a filosofia individualista do jusnaturalismo, direito e Estado achavam no indivíduo a sua legitimação, repousando em *verdades eternas*, postulados imutáveis no tempo e no espaço, com suposta validade absoluta. Assumindo assim os fins do Estado sentido ideal e abstrato, deviam ser sempre análogos qualquer que fosse o Estado”. (Ibidem, p. 124).

^{xxv} Embora a menção a um Estado de Natureza, de uma ambiência pré-estatal, seja comum à maioria dos filósofos do direito natural, o conteúdo deste dito Estado variava de pensador para pensador. Enquanto para Hobbes o Estado de Natureza era extremamente hostil, em que todos viviam em permanente desconfiança e em perpétua beligerância, o que se resumia na expressão *homo homini lupus*, o Estado de Natureza de Rousseau era uma espécie de paz perpétua, visto que este acreditava que o homem, em essência, é bom e pacífico, o que se batizou do mito do “bom selvagem”.

^{xxvi} “Desponta aí a idade do jusnaturalismo racional, de direção filosófica e individualista, apoiado em teorias contratuais, que haviam de incendiar os ânimos com a revolução do século XVIII, dinamitando na ordem prática a estrutura política e social da feudalidade decadente.” (BONAVIDES, op. cit., p. 125)

^{xxvii} A ideia de um contrato ou consenso original, na visão de Charles Taylor, desempenhava o papel de uma “hermenêutica de legitimação, atribuindo ao mando do governante um fundamento inquestionável (TAYLOR, op. cit., p. 17).

^{xxviii} “Por outras palavras, durante estes últimos quatro séculos, a ideia de ordem moral implícita nesta visão da sociedade sofreu um duplo alargamento: em extensão (mais pessoas se regem por ela; tornou-se predominante) e em intensidade (as suas exigências são mais pesadas e ramificadas). A ideia passou, por assim dizer, por uma série de ‘redações’, cada uma delas mais rica e mais exigente do que a anterior, até o dia de hoje” (Ibidem, p. 15).

^{xxix} “A minha hipótese de base é a de que, no centro da modernidade ocidental, existe uma nova concepção da ordem moral da sociedade. Esta começou por ser apenas uma ideia nas mentes de alguns pensadores influentes, mas, mais tarde, veio a configurar o imaginário social de amplos estratos e, em seguida, de sociedades inteiras [...] A transmutação desta visão da ordem moral em nosso imaginário social é a concretização de certas formas sociais que caracterizam essencialmente a modernidade ocidental: a economia de mercado, a esfera pública e o autogoverno das pessoas”. (Ibidem, p. 12)

^{xxx} “Locke e Montesquieu completarão o quadro do Estado Liberal de Direito, mediante a previsão de um elemento material, os direitos inatos do indivíduo (vida, propriedade, liberdade), e uma regra técnica que lhes serve de garantia, a separação dos poderes.” (VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4).

^{xxx} Esta “divinização” da figura da lei pode ser percebida inclusive na semântica que passou a se desenvolver deste então. O termo “legal” passou a significar algo que seria bom, positivo, confiável.

^{xxxii} Analogia à célebre expressão “*The power to tax involves the power to destroy*”, consagrada na jurisprudência norte-americana no caso *McCulloch vs. Maryland*, em 1819, em que John Marshall figurava na posição de *Chief Justice*. O Estado de Maryland tentou impedir as operações de uma filial do Segundo Banco dos Estados Unidos, através da imposição de impostos, o que foi negado pela Suprema Corte Americana, sob o argumento de que uma tributação desmedida pode embargar completamente o exercício da atividade econômica.

^{xxxiii} SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses” – A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. – (Justiça e direito) – p. 201.

^{xxxiv} E. Coke, *The Second Part of the Institutes of England Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes*, Crooke, The Third Edition, London, p. 55 *apud* SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses” – A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. – p. 201.

^{xxxv} Segundo relata Emilio Santoro, “o *common law* tinha se caracterizado muito cedo como um sistema de ações judiciais (*writs*) predispostas como garantia das relações entre cidadãos dispostos sobre o mesmo plano. Um inglês do século XVII tinha, portanto, a impressão de que a sua vida se desenvolvia em uma rede de relações jurídicas horizontais entre cidadãos formalmente iguais. A dimensão vertical era construída pela relação entre os cidadãos e o soberano, que, por definição, não podia lesar os direitos dos cidadãos e, portanto, não podia ser chamado em juízo para responder pelos seus atos. Em teoria, portanto, os direitos dos cidadãos não eram garantidos em relação ao ato arbitrário do soberano. Mas a imunidade do soberano foi logo neutralizada pelas Cortes [...]” A partir de então, “o cidadão podia processar por danos que lhe eram causados pela Coroa, ou seja, pelo Estado, se não o próprio soberano, ao menos o ministro ou o agente público tidos como os reais responsáveis pelo abuso. As Cortes não reconheciam a estes últimos nenhum privilégio particular: o ministro e o a gente público tinham de responder pelo dano causado como qualquer cidadão privado. No século XVIII, também o poder público podia, portanto, dizer-se absorvido na dimensão horizontal: estava garantida assim a igualdade absoluta perante a lei. Os juízes que compunham as Cortes superiores eram os mesmos para todos os ingleses, independentemente da sua riqueza, e julgavam com base nos mesmo princípios [...]” *Ibid.*, p. 204.

^{xxxvi} *Ibid.*, p. 202-203.

^{xxxvii} *Whig* era a nomenclatura dada à facção política inglesa que durante o século XVII lutou contra os *Tories* (conservadores) pela transferência dos poderes do rei ao Parlamento.

^{xxxviii} SANTORO, Emilio, op. cit., p. 204.

^{xxxix} *Ibid.*, p. 206.

^{xl} *Ibid.*, p. 206.

^{xli} A ideia do judiciário como um “poder nulo” é um foco da discussão acerca da teoria democrática. A questão que se põe é a seguinte: como os componentes do Poder Judiciário não são investidos através do sufrágio popular, diferentemente do que ocorre com os integrantes do Legislativo e do Judiciário, a sua atuação jamais poderia interferir sobre as decisões políticas tomadas por estes. Dada esta ausência de legitimação democrática, tal poder deveria desempenhar atribuições meramente técnicas, sendo uma instância imparcial de resolução dos conflitos e controlando a compatibilidade dos textos normativos com a Constituição. Seria, portanto, uma instância apolítica, ou neutra. Tal ideia pode ser reforçada pelo seguinte excerto, colhido da obra de John Hart Ely: “Quem quer que examine atentamente as diferentes funções do poder perceberá que, num governo no qual elas são separadas uma das outras, o Judiciário, de acordo com a natureza de suas funções, sempre será a facção menos perigosa para os direitos políticos da Constituição; porque terá menor capacidade de perturbá-los ou infringi-los... O Judiciário... não tem influência alguma sobre a defesa ou a economia; nenhum poder sobre a força ou a riqueza de uma sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Em verdade pode-se dizer que não tem FORÇA nem VONTADE, e sim apenas julgamento; e, no fim das contas, depende da ajuda do Executivo até mesmo para dar eficácia a seus julgamentos”. (ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, pp. 59-60).

^{xlii} SANTORO, Emilio, op. cit., p. 258.

^{xliiii} “O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Reine Rechtslehre* p. 317.)

^{xliiv} cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Reine Rechtslehre*.

^{xiv} Ao dissertar a respeito dessa quebra de paradigmas com relação à atuação do magistrado no século XX, Emilio Santoro argumenta que a legitimidade de uma lei é somente *prima facie*. Exatamente por isso, “o caráter democrático [*democraticità*] do Parlamento não deve persuadir os juízes a aplicarem automaticamente uma lei por este aprovada, qualquer que seja o seu conteúdo.” [SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses” – A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 261]

^{xlv} Ibid. p. 259

^{xlvii} CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 265

^{xlviii} Ibid p. 266

^{xlix} Ibid p. 266

¹ Vale a pena conhecer a sinopse da história: “Derrotado por Thomas Jefferson na eleição presidencial, o então Presidente John Adams nomeou diversos de seus correligionários do Partido Federalista como juízes federais, entre os quais se encontrava William Marbury. O próprio Marshall, secretário de Estado de Adams, havia sido nomeado, com aprovação do Senado, Chief Justice da suprema Corte, algum tempo antes. O título de nomeação de Marbury não lhe foi entregue a tempo, sendo sua nomeação suspensa por determinação do novo presidente Thomas Jefferson ao seu Secretário de Estado James Madison. Marbury acionou Madison exigindo informações, num primeiro momento. Não sendo fornecida nenhuma explicação, impetrou uma nova ação, writ of mandamus, com o objetivo de alcançar a nomeação. O tribunal adiou por mais de dois anos a decisão, o que gerou uma forte reação contra os juízes. Finalmente, ao anunciar a decisão da Suprema Corte, Marshall destacou duas questões: Jefferson não tinha o direito de negar posse a Marbury. Porém a Suprema Corte não poderia conceder o writ of mandamus, requerido por Marbury, pois esta competência que lhe havia sido atribuída pela seção 13 do judiciary Act de 1789 era contrária à Constituição, na medida em que alargava as competências constitucionais originalmente estabelecidas para a Suprema Corte. A Corte não poderia se utilizar de uma atribuição, ainda que conferida pelo parlamento, quando incompatível com a Constituição”. [VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 43.]

ⁱⁱ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica ao Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 180

ⁱⁱⁱ Ibid p. 180

ⁱⁱⁱⁱ MAUS, Ingeborg (Org.). **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15

^{lv} O simbolismo da imagem paterna representa a figura da autoridade, do provedor, do sujeito portador de credibilidade para a tomada de decisões, com capacidade ética e reserva moral para indicar os melhores caminhos a serem seguidos em cada situação.

^{lv} Ibid. p. 15

^{lvi} “Nessa via de escape da complexidade de uma sociedade em que valores objetivos estão sendo questionados, não há dificuldade em se reconhecer o modelo clássico da delegação do superego. O alívio da discussão e do processo nos processos sociais e políticos de formação do consenso, nos quais, em geral, somente seria possível fazer um julgamento sobre normas e representações axiológicas, é alcançado por meio da centralização da “consciência” social do Judiciário.” (op. cit. p. 15)

^{lvii} cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: *Taking rights seriously*.

^{lviii} MAUS, Ingeborg (Org.). **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução dos originais em alemão: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 18

^{lix} Ibid p. 18

^{lx} Ibid p. 18

^{lxi} Ibid p. 23

^{lxii} Nas palavras de Ingeborg Maus: “Toda invocação de um princípio ‘superior’ que preceda o Direito escrito – se a justiça estatal dela se serve – acarreta a derrubada das disposições legais individuais e a decisão do caso em tal de acordo com aspectos não expectáveis”. (Ibid p. 23)

^{lxiii} Ibid p. 26

^{lxiv} Ibid p. 26