

Luiz Flávio Gomes
Valerio de Oliveira Mazzuoli

o JUIZ e o DIREITO

O método dialógico e a
magistratura na pós-modernidade

2ª edição
revista e atualizada

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Estado Monárquico Absolutista e o Juiz Apolo

O sistema jurídico e o correspondente juiz implantados pelo Estado Monárquico Absolutista poderiam ser chamados de *Apolo*, porque subordinados inteiramente à vontade “iluminada” dos Reis, ou seja, um *longa manus* do soberano, o Todo Poderoso que governava em nome de Deus, detendo em suas mãos todo o poder. Símbolo máximo desse período histórico foi Luís XIV, na França, que reinou durante mais de 72 anos (1643-1715).

É da tradição romana a associação do sol ao poder (à monarquia), daí porque Apolo é o rei do sol, consoante a tradição romana. Luís XIV foi chamado, por isso mesmo, de “Rei-Sol”. Não seria, portanto, um despropósito se seu sistema jurídico fosse denominado *Apolo*, assim como seus serviços juizes, que interpretavam os fragmentados textos normativos de acordo com os interesses e a vontade exclusiva do rei, que exercia o poder com majestade e glória soberanas, emanadas diretamente de Deus. No campo ideológico e político, a vinculação dos monarcas ao astro do dia (o Sol) serviu de pretexto para a disseminação da forma imperialista e absolutista de exercer o poder.

A ideologia absolutista foi reivindicada pelos príncipes renascentistas, que se colocavam em posição universalista e centralizadora, igualando-se, assim, ao mitológico *Apolo*. Ela criou um imaginário coletivo impregnado de ideias desmedidas e fantasmagóricas, tais como de transcendência e distanciamento intelectual. O sol e a monarquia se mesclaram, em plena Idade Moderna, sendo disso símbolo máximo o rei Luís XIV, que se apresentava publicamente em bailes e festas como uma personificação da divindade solar. A ele é atribuída a famosa frase “*L’État c’est moi*”. Mesmo que não tenha sido ele o autor da frase (há dúvida sobre isso), não há como negar seu valor emblemático para retratar a imensidão (ilimitada) de seu poder soberano.

Como se percebe, o primeiro modelo de Estado (de Estado moderno) surgiu sob o império e o influxo do absolutismo (Estado moderno monárquico). Tal ocorreu na passagem da Idade Média para a Idade Moderna. Antes da noção de Estado, historicamente, o que havia era o feudalismo, que sucedeu o regime patriarcal e escravagista da Idade Antiga. No feudalismo, destaca Sérgio Resende de Barros, os senhores feudais (donos de terras) mantinham entre si relações hierárquicas de nobreza (reis, duques, marqueses, condes) e de clero (Papa, bispos, abades). Todos esses príncipes eram entre si suseranos (um acima do outro) e vassallos (um abaixo do outro), com base em juramentos de lealdade, mediante os quais formavam uma pirâmide hierárquica de poder e dignidade; cada príncipe governava seu principado por efeito de um domínio político de base territorial; o domínio da terra implicava domínio político e jurídico (esse mesmo fenômeno se passou no Brasil com os donatários

das capitânias hereditárias, assim como com os senhores de engenho, fazendeiros e “coronéis”).¹

O rei e o Papa eram os senhores feudais mais renomados. Cada um, porém, mandava nas suas terras feudais, nos seus espaços territoriais. Ambos, ainda conforme Resende de Barros, estiveram em constantes lutas políticas durante a Idade Média. No final da Idade Média nascia o Estado Moderno, precisamente quando o rei, apoiado pela burguesia mercantil, consolidou em suas mãos um poder de governo geral sobre todos os feudos. Os príncipes medievais, quer leigos ou civis (duques, marqueses, condes), quer clericais (arcebispos, bispos, abades etc.), acabaram sendo submetidos ao poder político (único) do rei. Nesse momento histórico aparece a ideia de reino unido, ou seja, de império soberano de um só monarca. Mesmo sem a posse de todas as terras, o rei passou a comandar a nação no âmbito da sua soberania; governava impondo a sua própria lei, assim como os juizes que faziam dela uma realidade, sem a ela se submeter.²

Trata-se de um governo *solutus a legibus*, ou seja, ainda conforme Resende de Barros, absoluto, o que significa *desligado das leis* (não subordinado aos comandos normativos vigentes). Duques, marqueses, condes, bispos, abades continuam donos de suas terras. Mas, acima deles e sobre eles, o rei chefiava a nação, constituída dos habitantes das cidades e terras feudais de diversas regiões e províncias, agora unidas sob um monarca, que, para além de ser *único*, era *absolutista*. O rei se impõe pela

-
1. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
 2. Idem, *ibidem*.

sua própria força, inicialmente ligada à distância alcançada pelos seus canhões (*Usque armorum potestas*). É a *soberania* que define o Estado (conforme nomenclatura de Maquiavel). Foi na Idade Moderna, em síntese, que se deu o aparecimento do *Estado moderno nacional monárquico e absoluto*.³

A recordação das características desse primeiro modelo de Estado (absolutista) auxilia o jurista do terceiro milênio a entender melhor alguns aspectos dos fenômenos da globalização, assim como da pós-modernidade, notadamente a razão da evolução do direito rumo à concretização de regras e princípios cada vez mais *humanizantes*. Nada do que vemos hoje em termos de pluralidade de fontes normativas (normas internas e internacionais), centradas na proteção dos direitos humanos e fundamentais, constituía o cenário jurídico do Estado absolutista, fundado no regime da força (*Machtstaat*), que se converteu (no século XVIII) em um Estado de Polícia (*Polizeistaat*) governado pelo despotismo ilustrado.

Foi possível ao rei da França, por exemplo, governar sem primeiro ministro e sem outras limitações de poder além das normas fundamentais do reino.⁴ Como enfatiza Marcelo Neves, com o absolutismo passa-se de uma indiferenciação sacramente fundada de poder e direito para uma subordinação instrumental do direito à política (e, acrescentaríamos, do juiz). Remanesce a estrutura hierárquica da ordem tradicional, na relação entre soberano e súditos. Em termos típico-ideais, o primeiro era

3. Idem, *ibidem*.

4. V. SCHIAPPA, Jean-Marc. *La révolution française*. Paris: Libro, 2005, p. 92.

detentor de poderes, prerrogativas e privilégios na relação com os segundos, sem que lhe fossem imputados deveres e responsabilidades juridicamente exigíveis por estes. Falavam aos súditos direitos perante o soberano, restando-lhes apenas deveres e responsabilidade para com este.⁵ Não se assegurava o direito de acesso à jurisdição, mesmo porque os juízes (do sistema Apolo) não existiam para garantir direitos, sim, preservar o poder do rei.

O Estado absoluto monárquico (que assume as características do Estado da Força, assim como do Estado de Polícia – veja-se, *v.g.*, o Estado francês, sob o império de Luís XIV) foi um modelo de Estado arbitrário, ou seja, não submetido ao direito (tinha a *sua* lei, mas *não era* limitado por ela; fabricava a lei conforme a vontade do rei, que governava *solutus a legibus*, desconectado da ordem jurídica). O fundamento desse poder indomável residia no conceito de soberania absoluta, sem limites. A história da construção do Estado de Direito (no século XVII na Inglaterra e no século XVIII na França) é a história do processo de relativização da soberania, até então concebida como o poder ilimitado e ilimitável do Estado acima do qual nenhum outro poder existiria. O Estado ou é absolutamente soberano ou está limitado pelo direito. Na atualidade, os Estados Democráticos de Direito (*neo-constitucionalizados e internacionalizados*) abrandaram fortemente a noção de soberania adotada nos séculos XVI-XVIII, especialmente em face do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, surgido finda a Segunda Guerra mundial.

5. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 18.

A preponderância suprema da vontade do monarca sobre tudo e todos não se concilia com a ideia de poderes independentes, muito menos com a garantia da plena legalidade, que foi conquistada (na Europa continental) com a revolução burguesa (e francesa) que implantou o chamado Estado Liberal de Direito. O que havia no Estado absolutista era um *governo de homens* e não um *governo das leis*. Exatamente nisso consistia o Estado absoluto (sobretudo de Luís XIV). Aristóteles, entretanto, já o condenava e pugnava pelo sistema contrário. No Estado absoluto monárquico cabia ao rei fazer e executar as leis (*rex facit legem*); exercia seu mister em nome de Deus (d’Ele era seu representante na Terra). Estado e Igreja encontravam-se unidos (na Europa continental) e daí adveio a confusão que se fazia entre *crime e pecado* (entre Igreja e Estado, entre direito e religião). Cuidava-se do exercício de um poder teocêntrico (poder centrado em Deus) e sem qualquer limite. Se Deus não tem limites, o *poder* que em nome Dele é exercido também não pode ter limites. Esse era o raciocínio “lógico” (não jurídico) seguido pela Igreja, que só começou a arrefecer com a intensificação do processo de secularização (separação entre direito e religião) que constitui culminância do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII.⁶

No período do Estado absolutista o indivíduo existia para o poder monárquico, que exercia soberania absoluta sobre seus súditos, controlados por meio de um poder

6. Sobre a separação entre a Igreja e o Estado, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira & SORIANO, Aldir Guedes (coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 204-205 e p. 255-257 (especialmente).

punitivo extremamente tirânico (sendo a pena de morte e os castigos corporais as sanções prioritárias). No Brasil, esse poder punitivo monárquico e arbitrário durou de 1500 até o primeiro terço do século XIX, tendo sido contemplado, sobretudo, nas Ordenações Filipinas de 1603 a 1830. O poder punitivo, nessa época, preservava (total ou parcialmente) o rei, o clero e a nobreza, que eram tratados, portanto, de modo totalmente privilegiado (*leges privatae*).

Capítulo 2

Estado Liberal de Direito e o Juiz Júpiter

Se onde há poder há resistência (Foucault), não há como deixar de enfatizar que a evolução do conceito de Estado coincide com o longo processo de relativização da soberania, que teve início antes da eclosão do Iluminismo, na Inglaterra, no final do século XVII, com a Revolução Gloriosa (1688-1689), que destronou Jaime II (católico) e entronizou os protestantes Guilherme (seu genro) e Maria (sua filha), mas submetidos, como sublinha Sérgio Resende de Barros, a um regime político em que se firmou, de um lado, para conter o governante, a divisão do seu poder político entre o rei, as casas parlamentares e os juízes, ao mesmo tempo que se confirmou do outro lado, para garantir o governado, um rol escrito dos seus direitos. Diz ele: “A Inglaterra é uma ilha física e geograficamente, mas também política e institucionalmente. Suas condições peculiares ensejam, pela contínua evolução, o ajustamento dos usos e costumes políticos às exigências do momento histórico com tanta acomodação e presteza, que geram instituições políticas eficientes e pioneiras, as quais passam como modelo para a Europa continental e, mais amplamente, para o mundo ocidental”¹

1. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Contra o tirânico modelo de Estado (Estado Absolutista) eclodiu na França (no final do século XVIII) o Estado Liberal de Direito (de corte burguês), que constitui um novo paradigma de Estado, de Direito e de Justiça (sistema jurídico legalista, do juiz Júpiter). O sistema legalista, ainda que atrelado a um fundamento formal constitucional, reinou de forma absoluta durante cerca de cento e cinquenta anos na Europa continental, tendo, no entanto, passado por várias mutações (do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito – aqui reside o juiz Hércules – e, deste, ao Estado Democrático de Direito; com a eclosão da pós-modernidade aparece o juiz Hermes). Apesar das transformações, o sistema legalista não desapareceu; continua a operar no mundo jurídico, agora, porém, limitado pelas ordens constitucional e internacional. Aliás, em pleno século XXI vê-se que a lei (aprovada por legislador eleito democraticamente) ainda não foi destronada, pois continua sendo o ponto de partida de toda interpretação judicial (assim como o ponto de chegada, quando se reveste de validade amparada em uma dupla compatibilidade vertical material, ou seja, constitucional e internacional: controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade das leis).²

A relação entre a lei e a Constituição (no nosso entorno cultural) experimentou, desde a Segunda Guerra Mundial, profunda mudança com o aparecimento do *neconstitucionalismo* (supremacia não somente formal,

2. Sobre a dupla compatibilidade vertical material, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 132 e ss.