

OS DOIS CORPOS DO REI E O PODER JUDICIÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE

Paulo Cezar Dias¹

Elidia Aparecida de Andrade Correa²

Resumo: A obra, *Dois Corpos do Rei*, de Kantorowicz, escrito originalmente em 1957. Desde o princípio do período medieval, uma das figuras de destaque na sociedade é o rei. Sua presença é fundamental para o equilíbrio social, uma vez que ele não é apenas o governante de seu povo, mas também representa os poderes divinos manifestados através de sua pessoa. Assim, faremos uma analogia, à contemporaneidade, com a figura do juiz que também possui dois corpos. Do outro, o lado político, tem como dever, representar a sociedade, deixando de lado corpo privado, o da razão prática, o de sua convicção moral. Este fenômeno denomina-se democracia. Nossos direitos não podem depender de escolhas subjetivas, pessoais, voluntaristas e políticas do juiz. As decisões devem obedecer à integridade e a coerência do Direito. Acredita-se que, um juiz que decide apenas conforme sua consciência deixará a democracia vulnerável e o elevado grau de autonomia alcançado pelo direito, o que impede a obtenção da resposta constitucionalmente adequada. Este artigo tem o objetivo de traçar um paralelo entre a tese sobre os dois corpos do rei, desenvolvida por Kantorowicz, para descrever a sociedade da Inglaterra do século XV, e os dois corpos do juiz.

¹Doutorando em Direito junto à FADISP. Mestre em "Teoria do Direito e do Estado" da UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília. Graduado em Direito pela UNIVEM. Coordenador da Vara da Família e Sucessões da Comarca de Assis/SP.

²Doutoranda em Direito junto à Universidade Estadual do Norte do Paraná e Mestre em Direito também pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP. Juíza Federal do TRF 3a. Região - Ourinhos-SP.

Palavras-Chave: dois corpos; rei; juiz; direito; sociedade

Abstract: The work of Kantorowicz, originally written in 1957, clearly demonstrates the separation between the public body and the private. From the beginning of the medieval period, one of the leading figures in society is the king. His presence is fundamental to the social balance, since it is not only the ruler of his people, but also represents the divine powers manifested through his person. Thus, we will make an analogy to contemporary times, with the judge's figure also has two bodies, ie one in their daily lives, in your personal life and can do things according to their values, desires and idiosyncrasies. On the other, the political side, has the duty to represent the company, leaving private body aside, the practical reason, his moral conviction. This phenomenon is called democracy. Our rights can not depend on subjective choices, personal, proactive and judge policies. Decisions must conform to the integrity and coherence of the law. It is believed that a judge who decides just as your consciousness will leave the vulnerable democracy and the high degree of autonomy reached by the law, which prevents obtaining the constitutionally appropriate response. This article aims to draw a parallel between the thesis of the two bodies of the king, developed by Kantorowicz to describe the society of England of the fifteenth century, and the two bodies of the judge.

Keywords: two bodies; king; judge; right; society

INTRODUÇÃO



a obra *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*, Kantorowicz demonstra, nas tradições medievais das cortes europeias, a característica dupla da imagem do rei, dividida entre uma

existência pessoal, o corpo natural, e uma existência pública, política, o corpo místico do rei. O corpo natural é aquele caracterizado pelas limitações humanas, as enfermidades, os defeitos, as infirmitudes naturais do homem. Já o corpo místico supera o corpo natural. Seria ele possuidor da verdade, da decisão, da legitimidade, da onipotência que distinguia o rei dos demais homens de igual natureza. Apesar de dotados de capacidades distintas, os dois corpos do rei eram indissociáveis e estavam mutuamente vinculados à existência um do outro. O corpo natural e o corpo político do rei se fundiam em uma única pessoa

Baseados na obra de Kantorowicz, faremos uma analogia, entre rei e juiz, apesar do longo passar do tempo, essa teoria é muito eficaz para explicar a imperiosa separação entre o cargo público do juiz e o âmbito privado de quem o exerce. O juiz também possui dois corpos. Em seu corpo político, o juiz não pode decidir conforme seus humores, pendores, desejos, crenças etc. Deve deixar de lado o seu outro corpo, o privado, o da razão prática, o de sua convicção moral. Além disso, a moral não corrige o direito, são originários. Em uma democracia, a sentença ou acórdão não deve ser fruto da vontade individual, do sentimento pessoal do decisor. Fora de seu corpo físico, há uma responsabilidade política dos juízes e tribunais, representada pelo dever de justificar suas decisões com base em argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais, em consonância ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. (OLIVEIRA, 2015).

Deve-se ter bem claro que, a atuação no Poder Judiciário é superior à esfera privada do juiz. Há que se ter uma clara separação entre os dois corpos do juiz. Esse é o compromisso que todo magistrado assume numa república democrática. Agindo desta forma, o poder judiciário dará uma resposta constitucional mais adequada para cada situação concreta. Trata-se de direito fundamental de todo cidadão.

Este artigo tem o objetivo de traçar um paralelo entre a

tese sobre os dois corpos do rei, desenvolvida por Kantorowicz, para descrever a sociedade da Inglaterra do século XV, e os dois corpos do juiz.

2 OS DOIS CORPOS DO REI *VERSUS* MAGISTRADOS

Considera-se o Direito como coisa sagrada, desde sempre. De acordo com a hipótese da trifuncionalidade indo-europeia, o Direito será não mais que uma especialidade decorrente da grande árvore constituída pela primeira função do político. A função mágica ou da soberania, mas mesmo sem que se admita a validade desta tese, a verdade é que, o Direito sempre lidou com o Poder, e com um estranho e misterioso poder que se impõe por meio de ritos e liturgias, pela força da Palavra - formas simbólicas e míticas como as das religiões (CUNHA, 2002).

Durante a Idade Média, o rei era o mais importante ator mítico; nos Tempos Modernos, a lei assume o principal papel, e na época contemporânea apenas o juiz pode ainda permanecer como o protagonista em que residem as esperanças de ordem. Todavia, em um primeiro momento, arcaico, os traços do sagrado eram mais patentes, e já os Romanos, por seu turno, foram claríssimos nesta matéria: para eles, os juristas são sacerdotes da deusa Justiça.

Ernest Kantorowicz desenvolveu a teoria dos dois corpos do rei, de um lado, o corpo natural, calcado nas efemeridades humanas, na visão conjuntural e contingente inerentes ao agir e pensar humano. De outro lado, revela-se o corpo místico e político do rei, engendrado na ideia de verdade, legitimidade e perennidade. Esse quadro buscado por Kantorowicz na tradição medieval, metaforicamente, pode ser bem aplicado ao paradoxismo da segurança jurídica na contemporaneidade, nomeadamente nos litígios familiares (FACHIN, 2015).

A priori mister apontar esclarecimento no tocante a Teologia, a qual teve que percorrer um longo caminho antes de ser

acolhida, de modo explícito e reflexo, no horizonte da fé cristã e da revelação. Ela legitima-se na alta Idade Média como *scientia fidei*, fundamentada sobre a natureza racional do homem e sobre a automanifestação de Deus, no testemunho da Sagrada Escritura, pois ela é a obra da razão e da fé.

Quando a teologia, como pergunta nascida no coração da própria fé, deixa de filosofar, ela facilmente cai em um biblicismo fundamentalista ou em um positivismo dogmático. Talvez, a atual crise da metafísica grega possa oportunizar a teologia cristã um estudo mais criativo do encontro histórico entre a revelação judeu-cristã e o pensamento filosófico e científico contemporâneo.

A fé inclui a capacidade de compreender e conhecer o que Deus revela ao homem, onde para crer o homem não precisa nem deve renunciar à sua razão.

A teologia cristã sempre resultará da atividade da razão e da fé, por isso, a filosofia hoje não pode ser a única interlocutora da teologia, ela deve considerar os resultados das ciências.

Trata a teologia da experiência de Deus, de nossa experiência de Deus enquanto membros de uma comunidade de fé. É o esforço de reflexão sistemática e científica, para compreender e interpretar a experiência de fé de uma comunidade e expressar essa experiência em linguagem compreensível em seu contexto histórico-cultural concreto.

Tratando do período Medieval é que traz-se a referência “Os dois Corpos do Rei”. Foi com a publicação de "Os Dois Corpos do Rei", em 1957, que Kantorowicz revolucionou os estudos políticos medievais e até mesmo modernos. Destaca-se que, a Idade Média era estudada para identificar o advento do espírito leigo em detrimento do religioso, como fez Lagarde, em seu útil "O Nascimento do Espírito Leigo na Idade Média", ou então, para mostrar como as realezas nacionais se expandiram, em detrimento do poder imperial. Assim, como, para expor os conflitos entre o papa e o imperador. Resumindo: Um progresso

era avaliado segundo o avanço do espírito leigo sobre a teologia, do poder civil e quase diríamos "nacional", em prejuízo dos universais imperial e pontifício.

Aponta-se a novidade de Kantorowicz, a qual já está já no título, que descreve sua obra como um ensaio de teologia política. A ideia era inquietante: contra uma tradição que media o progresso no pensamento político pela sua laicização, nosso autor atribuía-o, justamente, à teologia. Terá um esclarecimento quando observar o papel que assume, no livro, a figura de Cristo.

A inovação de Cristo, em face da religião judaica, foi instituir uma ponte entre o homem e o Criador. Pois, o humano e a divindade, na maior parte das religiões monoteístas, estão afastados. Com Cristo, porém, temos a rara figura de um deus que se torna homem e sofre o que há de pior em nossa condição. Isso levará, aliás, a longas discussões ao longo dos primeiros séculos da era cristã, quase caindo na heresia, sobre uma dupla natureza de Deus-Filho: enquanto deus, enquanto homem.

A condição de Cristo virá resolver um problema decisivo na política, em especial inglesa, da passagem da Idade Média para a Renascença. Pergunta-se, como entender a proeminência do monarca, homem que se destaca sobre os demais?

Uma solução, embora convencional estaria em simplesmente desumanizar o rei, divinizando-o. Assim o fizeram Alexandre, o Grande, e os romanos, quando proclamavam deuses os seus imperadores, por vezes ainda em vida.

Mas essa opção serve mal ao monoteísmo e a seu Deus zeloso. Será preciso, então, uma saída que a um tempo exalte o rei, dando-lhe parte divina, e o controle: porque um problema essencial na política era como controlar o monarca sem ser pela revolta e o regicídio.

Uma saída é transferir aos governantes o caráter duplo do Filho de Deus. Cristo é homem e Deus. Cada rei será homem e, pois sujeito às fraquezas, isto é, a tudo o que é limitado e sofredor em nossa condição e Deus, detentor de um poder que,

enquanto dure, fará dele o representante do Criador na Terra. Diz-se então, que cada rei terá um corpo finito, físico, mas também um corpo místico.

Fazendo uma análise à cerimônia da coroação régia, vê-se como o que é finito no homem se torna, graças aos santos óleos, divino, melhor dizendo, torna-se crístico. Aduz: este é um meio de semidivinizar o rei.

Não se duvida que a realeza crística da Idade Média não se confunde com a doutrina, mais ambiciosa do direito divino dos reis, que, ao contrário do que se imagina, é mais moderna, datando de Jaime 1º da Inglaterra, em fins do século 16.

Os resultados dessa cristianização do monarca são notáveis. Aliás, esse processo ficará mais claro se virmos o que sucede ao maior, dentre os monarcas, ou seja, o papa. Lembra-se o que a Igreja fez para impedir que o poder pontifício ficasse em mãos incontroladas de um indivíduo ou de sua família: ela instituiu o celibato clerical.

Este, salvo acessos de moralismo bastante curtos no tempo, não significava tanto a castidade dos sacerdotes, mas sim, e, sobretudo a ilegitimidade de seus filhos. O problema não era fazer ou não sexo, era herdar ou não bens. Padres e bispos teriam amantes, mas, não podendo casar-se legalmente, seus filhos nunca poderiam ser seus herdeiros: assim impedia que se transmitissem as sés, as catedrais, os mosteiros de pai para filho.

Deste modo a Igreja romana desde cedo protegeu seus bens do que hoje chamamos patrimonialismo, isto é, a apropriação privada do que pertence a uma instituição.

Na doutrina dos dois corpos do rei se cumprirá papel análogo, mas em escala maior. Existe um corpo permanente, místico, que nunca morre, o Rei com maiúscula. Também existe um corpo frágil, doente ou pelo menos mortal, o rei com minúscula, o monarca atual. Este último assume, mas só por um tempo, as vestes do outro, por sinal, vestes, figurinos, estátuas são decisivos nessa representação da monarquia.

O monarca atual tem amplos poderes, mas aí dele se confundir sua missão temporária com o corpo místico! Tão logo desapareça, os excessos que tenha cometido poderão ser desfeitos por seu sucessor. Isso está num preceito do direito canônico, cedo retomado pelos Estados que, ao longo dos séculos 14 e 15, sacodem a tutela pontifícia e imperial: o patrimônio da Igreja não se confunde com o arbítrio do papa, nem o "*estate of the Crown*", os bens régios, com os desejos do rei. Dos desmandos de um príncipe, o seu sucessor sempre poderá anular os efeitos.

Assim, na doutrina dos dois corpos do rei se terá a forma mais explícita de uma doutrina que tem alcance e papel europeus: a da identificação/distinção entre o cargo e quem o exerce. Por toda a parte, esta é uma preocupação. Sabem todos que os reis exageram, mas também sabem que é difícil contê-los pelos canais usuais.

O direito canônico ajuda, a longo prazo, anulando os excessos, mas só depois de morto o príncipe. É preciso mais que isso. É necessário distinguir o que é da esfera pública, o que é da esfera privada para usarmos uma linguagem mais recente.

Naquela época, é claro, não se empregava este discurso. Fala-se em corpo místico, para definir a dimensão em que o rei se faz Rei, largando o plano da enfermidade (não só as doenças, mas a mortalidade), da natureza ou do mundo criado, para subir ao da graça ou do Criador. Mas no corpo místico divisa-se, de longe, o que mais perto de nós se chamará dimensão pública do poder.

Que alcance tem essa teoria tardo-medieval, que culmina na Inglaterra sob a dinastia Tudor, no século 16? Cabe indagar por que os doutrinários da época vieram a pensar o que hoje chamamos de poder público mediante o conceito de corpo místico, que inicialmente designava a hóstia, o corpo místico de Cristo. Essa raiz teológica da política moderna merece atenção, porque é um débito que fica, mas talvez o importante mesmo seja que esse livro teve forte sucesso, embora demorado, tardou mais de

20 anos a se tornar um "cult", porém desde os anos 80 serviu para explicar fenômenos políticos e sociais inclusive mais recentes, como a monarquia absoluta francesa ou até a mística dos presidentes de nosso tempo.

Deste ponto de vista, "Os Dois Corpos do Rei" ajudou a romper uma imagem ainda positivista da história política e das mentalidades, que propunha o progresso como vitória do espírito leigo sobre a superstição. Esse modelo teve forte impacto na universidade brasileira e sobretudo na USP, desde a década de 1930.

Já para a cultura francesa republicana posterior ao caso Dreyfus, em que se inspirava, vencer a superstição era ato político fundamental.

Hoje, porém, nossos referentes são outros: podemos assim, ver que o nascimento da modernidade não passou pela mera oposição entre leigo e religioso, mas que, o elemento teológico foi decisivo na nova política, assim como, mostra Frances Yates em outro livro notável, seu "Giordano Bruno e a Tradição Hermética" (Cultrix), o fator mágico foi fundamental na construção da ciência moderna.

Na atualidade, por Fachin, diz "Os corpos do rei" e a segurança jurídica: o que esperar das cortes superiores?

Atualmente, verifica-se que as decisões judiciais podem provocar desorganização da Administração Pública. Exemplo disso, são os programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico, ao ocorrer alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo àquele que o está solicitando por meio de ação judicial.

Segundo dirigentes de instituições públicas, essas medidas privam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao

cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública (BARROSO, 2007).

Não obstante, o apontamento acima declinado, por outro lado, conforme leciona, há a possibilidade de se socorrer do Judiciário, em havendo falta de prestação de serviço público, em especial o ligado à saúde, pois:

Sempre que a norma constitucional definir uma tarefa ao Estado, permitindo, deste modo, a depuração de um dever de agir, embora não enseje qualquer tipo de direito subjetivo, individualmente apurável, ao administrado, cria-se uma obrigação estatal, que, sob o crivo da razoabilidade, pode ser judicialmente exigida (NUNES JUNIOR, 2009. p. 218).

A precípua finalidade dos direitos fundamentais é a de conferir ao ser humano a liberdade individual contra eventual atuação do Estado. Destarte, a consequência lógica da positivação dos direitos fundamentais é a limitação dos poderes estatais. Quando a Constituição Federal positiva, por exemplo, assegura a liberdade de expressão da atividade intelectual, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX), confere ao particular o poder de agir contra eventual intervenção estatal. Atribui ao Estado um dever geral de abstenção, uma obrigação de não fazer, o que Dimoullis e Martins (2009) denominam de direitos de *status negativus*, isto é, obrigação negativa endereçada ao Estado ou pretensão de resistência à intervenção estatal. No momento em que a Constituição Federal atribui a liberdade ao indivíduo de exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), surge o direito subjetivo conferido ao particular de afastar qualquer arbitrariedade do Estado que atinja seu *status libertatis*.

Esses direitos são chamados fundamentais por conta de destinarem-se a garantir situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Dizem-se fundamentais do homem no sentido de que todos esses direitos, por igual, não só devem ser formalmente

reconhecidos, mas também concreta e materialmente efetivados (DIMOLLIS; MARTINS, 2009).

Além de fundamentais, os direitos devem ser fraternos. Na visão de Pozzoli (2010) a partir do momento em que houver a conceituação do princípio da fraternidade, “estar-se-á evidentemente deixando de lado o que a sociedade pode, externando de forma bem natural a própria fraternidade. Não é salutar que tal naturalidade adentre a legislação; pelo contrário, o direito fraterno é algo que vem de cada um”.

O Estado, para a realização de suas finalidades e dos direitos fundamentais, deve assegurar, segundo o preâmbulo da Constituição:

O exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O Judiciário não é um criador de direitos, todavia verifica se a hipótese concreta se ajusta à norma jurídica, o que proporciona ao particular o direito à saúde, cuja norma garantidora tem aplicação imediata e irrestrita, é dizer, ele aplica o texto constitucional (art. 5º, § 1º a Constituição Federal). Essa consagração aperfeiçoa o estado democrático e torna a gestão pública eficiente, a fim de concretizar o direito à saúde. Todavia, pregamos a limitação para obstaculizar exageros.

Assim, o obstáculo à ausência de limites do Poder Judiciário é o estabelecimento de políticas públicas organizadas e integradas, que assegurem o direito do particular e o dever estatal de um lado, porém, de outro, limitem a atuação para que não o seja irrestrita. A limitação da atividade judicante a essas políticas, vale dizer, a legitimação do Judiciário estaria limitada à observância das políticas públicas integrada e limitadora.

Nessa política pública integrada, decisões judiciais hábeis a efetivar o direito à saúde estaria limitada ao seu conteúdo,

obstando que aqueles que têm melhor acesso ao Judiciário pasassem à frente daqueles que têm mais dificuldades de acesso ao referido poder e freio a constituição de política pública instituidora de direitos, mas limitadora na sua extensão, proporcionando a assistência universal e integral com base na igualdade.

O quadro buscado na tradição medieval metaforicamente, hoje, aplicado nos litígios familiares, é outro exemplo. O ágio da segurança jurídica se materializa justamente no esforço que se exige daqueles que tem o dever de harmonizar as fontes e lidar, inafastavelmente, com as complexidades da hiper-modernidade.

Fato é que ao julgador fica a difícil tarefa de dar a melhor solução ao concreto, sem, com isso, extrapolar limites mínimos ou minar a já diminuta segurança jurídica existente. Uma das medidas para minimizar é a introdução dos precedentes no direito brasileiro, que acabou de se materializar por meio da sanção do Novo Código de Processo Civil.

Contudo, pode-se afirmar que a introdução de precedentes poder garantir a estabilidade desejada?

Mister criar e definir os parâmetros sobre os precedentes. É preciso balancear o previsível e a abertura de espaço para o imprevisível, um equilíbrio, enfim, entre os dois corpos do rei. Neste influxo, o direito de família em muito tem para contribuir para o debate, afinal, tudo o que se almeja é a segurança às famílias, ao mesmo tempo em que paulatinamente surgem novos modelos familiares e novas discussões neste âmbito, sobretudo em função dos avanços biotecnológicos, demandando justiça. A exemplo disso: tem-se o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, necessita da necessária mudança da perspectiva hermenêutica, em prol do reconhecimento de um direito. Mesma linha segue quanto ao reconhecimento de união estável paralela para fins previdenciários.

Como dito anteriormente, temos o ativismo judicial, grande discussão existente no cotidiano da magistratura, tal fato

ocorre quando o Judiciário adentra na política, anulando a legislação que a regulamenta e fazendo a própria política, ainda que o legislador tenha observado o espaço permitido pela Constituição quando da conformação da política. Em não havendo omissão do legislador, tendo ele cumprido com seu dever constitucional de implementar a política, e tendo utilizado a margem que lhe era permitida pela própria Constituição, não pode o Judiciário desfazer a conformação da política pública levada a cabo pelo legislador (ALEXY, 2008, p. 203).

O que se busca é o ideal de bem comum e justiça social. Portanto, espera-se do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça uma preocupação com toda a decisão e não apenas com o dispositivo, o que é essencial para a solidificação da segurança jurídica que se espera.

Assim, se na teorização de Kantorowicz os “dois corpos do rei” se encontram ligados, na superposição metafórica para o dilema da segurança jurídica não poderia ser diferente. O corpo contingencial e conjuntural da decisão não se separa do corpo perene e uno, em resumo: parece haver uma inconciliável contradição na pretensão de segurança jurídica. Contudo, o correto balancear desses dois corpos calcados na compreensão de segurança jurídica material, pode fazer dessa aparente contradição o ritmo perfeito do andar jurisprudencial, que leva em conta o caso concreto e a hipercomplexidade da vida, sem deixar de perseguir, teleologicamente, a unidade e previsibilidade possível a fim de garantir a segurança. Sem dúvida, encontrar esse equilíbrio ideal não é tarefa fácil, mas é o horizonte que se faz necessário (FACHIN, 2015).

Verifica-se que, quando um magistrado decide é um ato de responsabilidade política, pode concordar ou não com cobranças de impostos, mas na hora de julgar, terá que estar envolvido em uma estrutura pública que exija responsabilidade política, assim é a responsabilidade política dos magistrados. É dever que todo magistrado decidir e não escolher. Da mesma

forma, o promotor não escolhe denunciar, mas decide denunciar. O grande problema nacional é que hodiernamente juízes e promotores decidem conforme suas consciências. Com isso, a democracia perde, por isso que a modernidade instituiu os dois corpos do rei. Quando o cidadão vai ao Judiciário ou ao Ministério Público ele não quer saber a opinião pessoal do juiz ou do promotor, mas sim a resposta que o Direito pode lhe oferecer independentemente da vontade do agente público (STRECK, 2015).

Desde há muito que a hermenêutica, principalmente a filosófica, superou isso, na medida em que a carga de pré-conceitos não é um mal em si, mas é uma aliada. Interpretar não é atribuir sentidos de forma arbitrária, mas é fazê-lo a partir do confronto com a tradição, que depende da suspensão dos pré-conceitos. Se o juiz não consegue fazer isso, não pode e não deve ser magistrado. São os dois corpos do rei, como diria Kantorovicz. Dworkin diz muito bem que não importa o que o juiz pensa; não importa a sua subjetividade. Suas decisões devem obedecer a integridade e a coerência do Direito.

Como diz Garbelini (2013, p. 15):

Precisamos explorar mais os conceitos de *jocus* e o *ludus* no direito; é tempo de brincarmos, fazermos troça, chiste, tal qual fez seriamente Jhering com suas críticas aos teóricos e filósofos do direito. Trazendo para o plano de nosso País, em que agora temos visto insistentemente um trabalho para a construção de uma “jurisprudência dos princípios” e de uma “teoria da decisão judicial”, merece mesmo troça tais construções – tanto pela via dos teóricos quanto pela dos práticos –, pois o que impera ali é algo como o que ocorria no céu dos conceitos jurídicos e na Santíssima Trindade: somente os eleitos podem ver, já que, no fundo, o que se impõe é a questão de princípios, a questão *dos* princípios, que nada mais é do que a do principal, do soberano, do príncipe e do principado, que mantém a estrutura da captura da nossa violenta racionalidade, aquela mesma que reverbera e sustenta, dentre outras falácias, um modo propriamente violento que impõe o dualismo entre homem e animal e, portanto, daquele que impõe pelo direito e pela filosofia – essa muitas vezes tratada sem qualquer seriedade e rigor, o que o jogo também ensina – a metodologia do aprisionamento

de si e dos outros, própria de um direito que não conhece (entre) o sério e jocoso.

Enfim, é imprescindível aprimorar urgentemente a discussão no Brasil acerca de como se aplica o Direito, ele não pode ser simplificado, estandarizado (STRECK, 2015).

O magistrado obviamente é calcado na Legislação, lembrando, dos “Dois Corpos do Rei” no ato de uma querela, utilizar-se-á do corpo público, apoiando-se em princípios e regras. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Tratando-se das regras, são caracterizadas como normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 90-91).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dúvida entre os dois corpos do rei existe há muitos séculos. Ao recorrer ao judiciário, o cidadão não irá em busca da opinião pessoal do juiz, ele tem a expectativa em saber o que tem de direito, enfim, a estrutura jurídica composta de leis, doutrina e jurisprudência, têm a dizer. Quem deverá esclarecer sua dúvida é o corpo imaterial do juiz (ou membro do Tribunal). Ora, exatamente porque a resposta tem sido subjetiva, pessoal, vivemos tempos de razão te(le)ológica, não secularizada, por isso, o

surgimento do ativismo judicial.

Tal surgimento ocorre visto que, magistrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça, ou que entendem por justiça, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos, abrindo espaço muito maior para o decisionismo judicial. Os princípios constitucionais, neste contexto, se apresentam de forma mágica, com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas.



4 REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007. p. 25
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 outubro 2016.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, *Teoria da Constituição*, Vol. I. Mitos, Memórias, Conceitos, Lisboa, Verbo, 2002
- DIMOLLIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos

- Tribunais, 2009. p. 55-56.
- FACHIN, Luiz Edson. Os "corpos do rei" e a segurança jurídica: o que esperar das cortes superiores? *Processo Familiar*. abril de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-05/processo-familiar-corpos-rei-seguranca-juridica-esperar-cortes-superiores>. Acesso em 29 de set de 2016.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 218.
- OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira de. Os dois corpos do rei, os dois corpos do juiz dos cuerpos del rey, dos cuerpos del juez. *XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS TEORIAS DO DIREITO*, Florianópolis–Santa Catarina–SC, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/j6u47Bg4HtMk1c40.pdf>. Acesso em 03 de out de 2016.
- POZZOLI, Lafayette. Direito como função promocional da pessoa humana – uma nova ética na hermenêutica. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coord.). *Princípios Humanistas Constitucionais: reflexões sobre o humanismo do Século XXI*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 260.
- STRECK, Lenio Luiz; RIBEIRO, Renato Janine. As Instituições entre o individualismo e o interesse público. O papel da ética (Mediador do painel: Francisco José Borges Motta) Painelistas: Ética e atuação cotidiana de membros do ministério público e da magistratura, 2015. *Revista do Ministério Público do RS Porto Alegre*, n. 75, Edição Especial, p. 139-145. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1428002496.pdf. Acesso em 23 de set de 2016.