

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

○ Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?

TERCIO SAMPAIO
FERRAZ Jr. é professor
do Departamento de
Filosofia e Teoria Geral
do Direito da Faculdade
de Direito da USP

Judiciário

A large, stylized graphic element resembling a leaf or a drop shape, filled with a grey stippled texture. It contains a white outline of a triangle and a horizontal line. The number '2' is partially visible on the right side of the shape.

Para o senso comum jurídico, o poder Judiciário é um dos três poderes clássicos reconhecidos pela doutrina. Em simples palavras, costuma-se atribuir-lhe a missão de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares. Nas lições mais antigas, repetidas ainda hoje, o poder Judiciário é constituído para determinar e assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais. No exercício dessa missão, ele é, em face dos outros poderes, autônomo e independente. Distinguindo-se do poder Executivo por aplicar *contenciosamente* a lei, a doutrina usa esclarecer o sentido desse modo de aplicação por meio de características inibidoras de sua atuação: ele só age se houver litígio, só se pronuncia sobre casos individualizados (nunca sobre hipóteses ou leis

em tese, ressalvadas as arguições diretas de inconstitucionalidade) e, para atuar, tem de ser provocado. Em princípio, à diferença do poder Legislativo, suas decisões são programadas e não programantes, isto é, decide com base na lei, na Constituição, nos princípios gerais de direito, nos costumes, e sua decisão vale para o caso para o qual foi provocado, não podendo ser estendida para os demais casos.

DIVISÃO DOS PODERES E NEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

A concepção do poder Judiciário como um dentre três poderes resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos. De um lado, a soberania nacional e a divisão dos poderes; de outro, o caráter privilegiado que a lei assume como fonte do direito. Até a Revolução Francesa, toda soberania residia no senhor territorial ou no rei. Esta forma muito concreta e personalíssima de simbolizar o centro único de normatividade colocava, no entanto, alguns problemas práticos de jurisdição. Nesse sentido, um jurista francês do século XVII, Loyseau (*Des Seigneuries*, III, 12, mencionado por Gillissen: “Les Problèmes des Lacunes du Droit dans l’Évolution du Droit Médiéval et Moderne”, in *Les Problèmes des Lacunes en Droit*, org. de Perelman, Bruxelas, 1968, p. 230), escrevia, à sua época, que o rei, não podendo saber tudo, nem estar presente em toda parte e, em consequência, não lhe sendo possível prover a todos as mesmas situações que ocorrem em todos os lugares de seu reino e que requerem ser regulamentadas prontamente, permitia às cortes soberanas fazer os regulamentos. Estes, porém, eram provisórios e feitos sob sua condescendência. Ora, foi a substituição do rei pela nação (“O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação” - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 3º), conceito mais abstrato e, portanto, de uma maleabilidade maior, que permitiu a manutenção do caráter uno, indivisível, inalienável e imprescritível da soberania (Constituição Francesa de 1791) em perfeita harmonia com um princípio de divisão dos poderes, funcionalmente apto a resolver o problema de

um poder Judiciário com caracteres próprios e autônomos (“O poder Judiciário não pode em nenhum caso ser exercido pelo corpo legislativo, nem pelo rei”, art. 1º cap. V) e com a possibilidade de atuação restringida (“Os tribunais não podem se imiscuir no exercício do poder Legislativo, nem suspender a execução das leis”, art. 3º, cap. V).

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de direito. Ressalte-se, nesse sentido, o importante papel do princípio da divisão dos poderes assinalado por Montesquieu na garantia da liberdade do cidadão (*L’Ésprit des Lois*, Paris, sem data, Livre XI, ch. VI: “quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder Legislativo está reunido ao poder Executivo, não existe liberdade, pois pode temer-se que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”). Montesquieu, na verdade, via na divisão dos poderes muito mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico. Ou seja, não se tratava de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real (*sed contra*, Passerin d’Entrèves, *La Noción del Estado*, Madrid, 1970, p. 133). Nesse sentido, o princípio não era de *separação* de poderes, mas de *inibição* de um pelo outro de forma recíproca; no exercício desta função, dos três, o Judiciário era o que menos tinha a ver com força política; por isso dizia Montesquieu: “dos três poderes mencionados, o de julgar é em certo modo nulo. Não restam senão dois”. Não obstante, o reconhecia como a mais alta autoridade nos governos constitucionais.

De fato, a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês. Ela se torna, no correr do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos. Em

consonância com o princípio da tripartição dos poderes, ela será o eixo que permitirá a substituição da unidade hierárquica, concretamente simbolizada pelo *rex* por uma estrutura complexa de comunicação e controle de comunicação entre forças mutuamente interligadas. A neutralização assinalará a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções.

NEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DA JUSTIÇA E APLICAÇÃO DO DIREITO

A neutralização foi acompanhada de uma desvinculação progressiva que iria sofrer o direito de suas bases sociais. Inicialmente, ela significaria neutralização política, para depois exigir distanciamento ético. Assim, com a canalização de todas as projeções normativas com pretensão de validade para o endereço político do Legislativo e o conseqüente tratamento oportunístico dos valores máximos (cresce a força e a importância do positivismo jurídico), a neutralização do Judiciário se apoiará na centralização organizada da legislação (só a lei, votada e aprovada pelos representantes do povo, obriga) e reforçará o lugar privilegiado da lei como fonte do direito. Este reforço ocorre não só pela exaltação do princípio da legalidade e a conseqüente proibição da decisão *contra legem*, mas também pelo ato jurisdicional como um processo de subsunção do fato à norma. Ao sublinhar-se a subsunção como o método de aplicação do direito, neutraliza-se para o juiz o jogo dos interesses concretos na formação legislativa do direito (se esses interesses serão atendidos ou decepcionados não é problema do juiz, que apenas aplica a lei). Por conseguinte, sua atividade jurisdicional guiada superiormente pela lei e pela constituição não se vincula a nenhum direito sagrado ou natural nem exige um conteúdo ético ainda que teleologicamente fundado. Acima de tudo, o importante é que a lei seja cumprida.

Esta concepção do poder Judiciário como politicamente neutro nos quadros do estado de direito burguês regido pelo princípio da tripartição dos poderes pressupõe uma congruência entre as funções instrumentais e as funções expressivas do processo judicial (cf. Niklas Luhmann,

Rechtssoziologie, Opladen, 1983, p. 315 e segs.). Os efeitos imediatos de um processo (uma condenação, uma absolvição, uma declaração de um direito) só são atingidos por meio de uma ação expressiva: uma decisão *in casu*. Mas a busca dessa decisão depende de um cálculo instrumental: a decisão deve satisfazer necessidades decorrentes de finalidades distantes, ou seja, a realização da justiça, da paz social, o asseguramento dos direitos individuais reconhecidos constitucionalmente, tudo manifestado num valor supremo, a segurança jurídica. Por isso, parte-se, de um lado, de normas preestabelecidas na lei abstratamente (função instrumental); de outro, por meio de interpretação - subsunção -, chega-se à satisfação das necessidades concretas (função expressiva). A congruência entre as duas funções significa que a satisfação das necessidades concretas muitas vezes provoca ou exige o diferimento, no tempo, da satisfação das necessidades finalísticas, na pressuposição de que estas, embora distantes, estão sempre a caminho de serem atingidas. Essa congruência é crucial para a legitimidade da atividade jurisdicional. Em tese (liberal e burguesa), a combinatória das duas funções é garantida pelo papel instrumental do juiz que, configurado pela neutralidade (distância das partes, imparcialidade, serenidade, posição dominante mas apartidária), torna-se o instrumento capaz de realizar a divisão dos poderes. Nesse sentido, o processo judicial deve ser funcional, enquanto um sistema capaz de determinar o futuro na medida em que o mantém incerto, isto é, os procedimentos jurisdicionais permitem que os atingidos por decisões vivenciem um futuro incerto (a realização abstrata da segurança jurídica), mas sentindo-se seguros, desde o presente, por força dos procedimentos nos quais se engajam. Como o juiz não legisla, mas cumpre a lei, a congruência exige uma aceitação da mutabilidade do direito por força de processos legislativos autônomos e independentes: a diferença entre o velho e o novo direito não é percebida em termos diacrônicos, mas sincrônicos - ambos são *direito*, só que um é vigente e o outro, revogado. Admite-se, em conseqüência, a manipulação contraditória das estruturas: o que vale hoje deixa de valer amanhã e pode voltar a valer depois; em nome da segurança abstrata, essa mutabilidade não perturba a

NA OUTRA PÁGINA,
DECLARAÇÃO
DOS DIREITOS DO
HOMEM E DO
CIDADÃO -FAC-SIMILE
DO PREÂMBULO DA
CONSTITUIÇÃO
FRANCESA DE 1793.

impositividade: *lex prima facie valet*. Com isso, o direito não depende do saber e do sentir individuais e, ao mesmo tempo, continua sendo aceito por todos.

Nesses quadros, a neutralização do poder Judiciário transforma o sentido da aplicação do direito. Antes encarava-se o direito como uma expectativa ética de padrão de comportamento, predeterminado por valores-fins, donde o juízo como um ato da razão e a jurisdição como uma atividade decorrente da virtude da justiça; agora, o direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional (se... então), donde uma certa automaticidade do julgamento, que se libera de complicados controles de finalidades de longo prazo e se reduz a controles diretos, caso a caso (cf. criticamente: René Marcic, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien, 1957, p. 250 e segs.). Só assim é possível lidar-se, no Judiciário do estado de direito burguês, com altos graus de insegurança concreta de uma forma suportável: a segurança abstrata, como valor jurídico, isto é, como certeza e isonomia, é diferida no tempo pela tipificação abstrata dos conteúdos normativos (generalidade da lei) e pela universalização dos destinatários (igualdade de todos perante a lei), aparecendo como condição ideologicamente suficiente para a superação das decepções concretas que as decisões judiciais trazem para as partes.

NEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA E CONTROLE CONSTITUCIONAL

A neutralização política do Judiciário, conseqüência da divisão dos poderes e espinha dorsal do estado de direito burguês, esclareça-se, não é, propriamente, um tipo de indiferença genérica. Não significa, na concepção liberal que se firmou durante o século passado, uma espécie de alheamento político. Como disse Hughes, um ex-presidente da Suprema Corte norte-americana, no início deste século: "Estamos regidos por uma Constituição, mas esta Constituição é o que os juízes decidem o que é". Nos Estados Unidos, num primeiro período, que vai de 1801 a 1835, sob influência de Marshall, o exercício de uma competência politicamente neutralizada deu-se pela tese do controle judicial do federalismo e depois da constitucionalidade das leis. Nessa época, a Suprema Corte foi se firmando como o re-

gulador da vida constitucional. Num segundo período, que alcança até o ano de 1937, com um interregno de autolimitação no tempo de Roosevelt que dura até 1954, o controle se expande, passando os juízes daquela corte a assumir a função de verdadeiros guardiões da própria legitimidade constitucional, exercendo o controle até de emendas à Constituição em nome de princípios gerais superiores ínsitos ao próprio texto constitucional. Data dessa época a expressão "governo dos juízes". Isso não fazia do Judiciário um poder político, mas lhe dava competência para atuar como um freio às aspirações políticas dos outros poderes, o que não destruía a concepção liberal do estado de direito, pois a relação de independência e harmonia que devia existir entre os poderes exigia um princípio com força capaz de controlar as paixões políticas. Aquela concepção supõe, afinal, que o sistema político da sociedade determine sua essência como Estado constitucional, postulando, com isso, a vitória do direito sobre o poder político.

Neutralizar, portanto, não significava tornar genericamente indiferente, mas gerar uma indiferença controlada, ou seja, estabelecer uma relação em que a indiferença é garantida contra expectativas de influência. A neutralização, nesse sentido, não torna o Judiciário imune, *de fato*, a pressões de ordem política. Sua neutralização não se dá a nível dos fatos, mas a nível das expectativas institucionalizadas: ainda que de fato haja pressões políticas, estas institucionalmente não contam. A independência do juiz, dirá o jurista consciente dessa institucionalização, exige que "a crença nela esteja enraizada profundamente na população" (Mannlicher, *Die richterliche Unabhaengigkeit*, citado por Marcic, op. cit., p. 265). Pois só desse modo a pressão política, como fato, se descarta como versão ética.

Uma das mais importantes conseqüências da neutralização está, assim, no tratamento da relação entre direito e força ou violência física no sistema político. Ela permite que o Legislativo seja despedido de seu uso e que o Executivo dela faça uso sob controle do Judiciário, o que, enfim, realiza o postulado da concentração da força nas mãos do Estado e da proibição do uso privado da força. O Judiciário não concentra a força, mas filtra o seu uso, ao decidir sobre

ele. Esta importante conseqüência faz da neutralização, na concepção do estado de direito liberal, uma espécie da regulador do uso político da violência. A violência, concretamente, por sua imponderabilidade, pela sua ilimitação de fato, é sempre abstrata nas mãos do político, que oscila em usá-la demais ou de menos. Ou seja, o político lida mal com o uso da violência ou das medidas de força na sua concretude, o que se faz ver nas dificuldades em que se enredam os parlamentos no julgamento de seus membros ou nos crimes de responsabilidade de autoridades políticas, ou que se percebe na politização dos processos judiciais nos regimes autoritários e totalitários. Uma Justiça politizada, ao contrário, compartilha da responsabilidade pelos resultados do uso da violência, fazendo do juiz um justiceiro e do processo um movimento na direção dos famigerados tribunais de exceção. Ou seja, a Justiça politizada arrisca-se a render-se ao *marketing* das opiniões, reduzindo o direito a elas, o que funciona bem no Legislativo mas que, no Judiciário, torna opaco o uso da força, conduzindo-a à banalidade e à trivialidade do jogo dos interesses.

DIVISÃO DOS PODERES, NEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DA JUSTIÇA E O ADVENTO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

As condições em que a divisão dos poderes e a conseqüente neutralização política do poder Judiciário floresceram alteraram-se profundamente em nosso século. Sobre tudo nos últimos cinquenta anos, o advento da sociedade tecnológica aumentou consideravelmente o nível de complexidade da vida humana. A civilização tecnológica não apenas cria mais possibilidades de ação, como se alimenta de si própria, aumentando e acelerando a possibilidade da própria criação tecnológica. Este movimento reflexo da tecnologia - a manipulação tecnológica da própria tecnologia - altera o sentido dos controles sociais e políticos, repercutindo nos controles jurídicos. Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi realiza-

do, mas como ele se *realizará*. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um "julgamento" do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para a sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado estado do bem-estar social.

O crescimento do estado social ou estado do bem-estar social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não-impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência conseqüente. O estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Correspondentemente, os poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal.

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). Por fim, a extensa

massificação social transforma a sociedade numa sociedade de consumidores, fazendo da economia um processo de produção massificada, comercialização massificada e consumo massificado e reduzindo quase todas as atividades humanas, da arte ao lazer, da ciência à cultura, a objetos de consumo, isto é, a objetos descartáveis após o uso. Desse modo transforma-se a velha concepção dos direitos subjetivos como direitos individuais, ao exigirem-se proteções coletivas - direitos coletivos - e até proteções impossíveis de ser individual ou coletivamente identificadas - direitos difusos. Em consequência, os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação (*class action*, ação civil pública). Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma *desneutralização*, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*duralex sed lex*). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se respon-

sável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.

A nova situação, na verdade, acaba por atingir profundamente dois princípios tradicionais da cultura jurídica clássica: o princípio da imunidade do Estado (*the king can do no wrong*) e o princípio da coisa julgada (*res judicata*), ambos fundados, no estado de direito burguês, na atividade jurisdicional. Quanto ao primeiro, a divisão dos poderes significou uma superação do Absolutismo que via na vontade do soberano a fonte primordial do direito. À emanção do direito pelo soberano o funcionário do Estado estava umbilicalmente preso. Nessa concepção, o juiz era, entre outros, um funcionário. No estado de direito, o juiz deixa de ser um funcionário, submetido às hierarquias da administração, para tornar-se, ele próprio, uma expressão originária do poder estatal. Por definição, ele não exerce uma *função*, mas o *poder* de julgar contenciosamente os litígios. Sua liberdade e sua independência nascem conjuntamente com a instauração constitucional do Estado. Seu *status* privilegiado em face dos demais poderes permite, então, uma revisão da velha tese absolutista da irresponsabilidade do Estado numa versão diferente. O Estado, como pessoa jurídica, seus funcionários e seus agentes, passa a responder civil e administrativamente pelas violações dos direitos subjetivos do cidadão, cabendo ao poder Judiciário o julgamento final dos atos ilícitos. A condição básica de funcionamento desta estrutura de responsabilização é, no estado de direito, a imunidade do juiz pelos seus atos jurisdicionais em face das partes. Esta imunidade, por sua vez, tem por correlato o princípio da coisa julgada. *Res judicata facit jus* torna-se uma exigência da própria atividade jurisdicional. Ela é uma decorrência da imparcialidade do juiz como um terceiro em face de litígios concretos (*tertius super partes*). Sem ela, a segurança jurídica estaria ameaçada, posto que a exigência de que litígios tenham um fim, pela impossibilidade da sua permanente retomada (*ne lites aeternae fiant*), não se realizaria.

A *desneutralização* política do juiz, ao expor o Judiciário à crítica pública, sobretudo e especialmente através dos meios de



MONTESQUIEU

comunicação de massa, cria uma série de tensões entre sua responsabilidade e sua independência, cuja expressão mais contundente está na tese do controle externo do Judiciário. Essa tese põe a descoberto o fato de que tanto a imunidade da judicatura quanto o princípio da coisa julgada, ao invés de decorrências "lógicas" da divisão dos poderes, estão na verdade a serviço de valores, finalidades socialmente relativas que o sistema legal, de vários modos, procura realizar (cf. Mauro Cappelletti, "Who Watches the Watchmen?", in *General Report do 11th*

International Congress of the International Academy of Comparative Law, Caracas, 1982). Como se, de repente, por exemplo, ganhasse relevo suspeito o fato de que o processo de nomeação dos juízes de tribunais superiores está em estreita dependência da vontade política do Executivo e do Legislativo (caso, no Brasil, dos ministros do Supremo Tribunal Federal ou dos juízes nomeados por força do chamado quinto constitucional). Mais do que isso, torna-se perceptível que a vinculação do juiz à lei, base da sua neutralização, acaba por gerar,

para o homem comum, um tipo de insegurança até então insuspeitada: a insegurança gerada pelo próprio direito! Compare-se, nesse sentido, a segurança propiciada pela Justiça contra o ato ilícito de um cidadão contra o outro com a insegurança social do homem comum em face da concordata de uma instituição financeira rigorosamente processada no tribunal conforme os ditames da lei, ou a despedida (legal) do trabalhador, ou a greve (legal) em serviços essenciais, ou a desapropriação (legal) indiferenciada de bens imóveis de pessoas economicamente em condições extremamente desiguais, etc. Desse modo a crença na neutralidade institucional do Judiciário fica afetada em nome de padrões políticos (valores, objetivos, finalidades), pondo-se a complicada questão dos possíveis limites da sua imunidade.

A repolitização do Judiciário, tese colocada abertamente pelos adeptos do chamado “uso alternativo do direito”, coloca, no entanto, um problema de não fácil solução. A expansão tecnológica e as possibilidades de ação por ela propiciadas, ao multiplicarem-se as possibilidades de consumo na sociedade de massas, fazem da política, ela própria, um bem de consumo. Não há mais apenas atos políticos, interesses políticos, objetivos políticos, mas um verdadeiro *marketing* de manipulação política da própria política.

Este *marketing* serve-se dos meios de comunicação e provoca uma hipertrofia do poder que acaba por atingir o próprio Judiciário de forma paradoxal: sua neutralização torna-se, ela mesma, política, isto é, ela é politicamente contaminada, passando a sustentar-se por meios políticos, como a busca de apoio da opinião pública, a geração de consenso popular, a manutenção da imagem (o juiz “progressista”, a decisão conforme a vontade do povo), a busca do prestígio (a decisão de repercussão nacional, a entrevista na TV), etc. O risco, nisso tudo, fica, no entanto, por conta de uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo.

A politização da Justiça, nesse sentido, é diferente da politização do Legislativo ou do Executivo. Diante de um Judiciário neutralizado, aqueles dois poderes produzem normas, mas não criam o direito. O poder

político valoriza e desvaloriza direitos, ao alterar-lhes a força de obrigatoriedade. Pode até usar e abusar deles. Os produtos normativos oferecidos pela atividade política do Legislativo e do Executivo não passam, porém, de mercadorias: têm valor de uso e valor de troca, mas não têm valia, isto é, não têm valor em si. A neutralização política do Judiciário é que institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos. Ora, com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relações de meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde o seu sentido de prudência, pois sua legitimidade deixa de repousar na concórdia *potencial* dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção: a coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria. Segue-se daí uma relação tornada meramente pragmática do juiz com o mundo. Pois, vendo ele o mundo como um problema político, sente e transforma sua ação decisória em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento.

Sabemos ser impossível fazer voltar a roda do tempo. Num livro publicado em 1982, de título bastante sugestivo - *Despedindo-se de Montesquieu (Abschied von Montesquieu)* - Hans Girardi assinala que o princípio da divisão dos poderes não tem hoje a mesma relevância de outras épocas. Embora persistam as questões tradicionais referentes às funções de controle na relação entre os poderes, o eixo da discussão torna-se agora a dicotomia tipicamente tecnológica macropoder/micropoder (op. cit., p. 46). Os riscos de uma desneutralização política do Judiciário não serão evitados pela volta ao passado, mas por serem encarados, no contexto social de nossos dias, como desafios. Não se trata, pois, de preservar antigos equilíbrios, mas de evitar a manipulação do homem pela tecnologia e por todas as formas de poder que ela alimenta. Não certamente pelo desejo - utópico - de eliminá-la, mas valendo-se, talvez, da sua própria reflexividade, descobrindo na sua prática o seu limite e a sua extensão. A questão é, afinal, como construir, com esse objetivo, uma tecnologia jurídica.