

OS SISTEMAS DE SELEÇÃO DOS JUIZES NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS¹

Claudia Rosane Roesler²

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais; 2. A complexidade do papel desempenhado pelo Poder Judiciário; 3. Os sistemas de seleção historicamente surgidos; 4. As vantagens e desvantagens dos sistemas de seleção historicamente surgidos; 5. Considerações Finais; Referências

RESUMO: O artigo analisa os sistemas de seleção dos juizes nas democracias constitucionais, relacionando-o com os desafios e as transformações pelas quais passa o Poder Judiciário. Para tanto, expõe sinteticamente a complexa posição assumida pelo Poder Judiciário nas referidas democracias, descrevendo, em seguida, os sistemas de seleção forjados historicamente e apresentando ao leitor uma análise das vantagens e desvantagens que cada modelo apresenta. Encerra-se apontando a necessidade de prever sistemas de formação inicial, continuada e de controle do desempenho das atividades judiciais, a fim de garantir que as tarefas atribuídas ao Poder Judiciário sejam desempenhadas adequadamente nos quadros dos sistemas jurídicos contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Seleção dos Juizes. Formação dos Juizes. Transformação do Estado. Democracias constitucionais.

ABSTRACT: This paper analyses the judge selection system in constitutional democracies and how it relates to the challenges and transformations which the Judiciary is undergoing. The paper presents a brief explanation of the complex position taken on by the Judiciary in the constitutional democracies mentioned, and then continues to detail the development of the recruitment systems over time and analyses the advantages and disadvantages of each model. It concludes by pointing out the need for initial and ongoing training systems and regular professional assessment to ensure the tasks assigned to the Judiciary may be adequately carried out in contemporary legal systems.

KEY-WORDS: Judiciary Power – Judge’s Recruitment – Judge’s Background– State’s Transformation – Constitutional Democracies.

1 Considerações Iniciais

A discussão dos sistemas de seleção dos membros do Poder Judiciário nas democracias constitucionais, embora ainda bastante descuidado na bibliografia especializada, vem ganhando destaque. Uma explicação intuitiva desse destaque pode ser encontrada rapidamente se atentarmos para o protagonismo

que o Poder Judiciário adquiriu no funcionamento cotidiano das referidas democracias, nas quais, por mandamento constitucional, atua como uma espécie de árbitro e garantidor dos processos de governo e de produção legislativa.

O presente artigo analisa esse contexto de transformações do papel do Poder Judiciário para, logo em seguida, colocá-lo em relação com o tema dos mecanismos concretos de seleção dos juizes. Mais do que uma visão detalhada dos referidos mecanismos, procura fornecer ao leitor um panorama geral sobre as questões que se colocam quando se pensa nas vantagens e desvantagens dos sistemas historicamente construídos.

Para atingir esse objetivo, a análise inicia por uma sintética exposição das razões pelas quais se pode considerar complexa a posição do Poder Judiciário nos sistemas jurídicos e políticos das Sociedades contemporâneas. Mais do que uma discussão aprofundada, trata-se de construir um pano de fundo em referência ao qual possa ser analisado o tema específico desse artigo. No item três descrevem-se as tipologias que classificam os sistemas de seleção de juizes e se analisa brevemente o seu surgimento histórico. No item quatro apresentam-se as vantagens e desvantagens de cada sistema de seleção. Nas considerações finais aponta-se a necessidade de se debater os mecanismos de formação inicial, continuada e de acompanhamento das atividades judiciais, a fim de garantir um desempenho das tarefas atribuídas ao Poder Judiciário adequado aos parâmetros dos sistemas jurídicos contemporâneos.

2 A complexidade do papel desempenhado pelo Poder Judiciário

Como bem resumem Pederzoli e Guarnieri³, as modificações que as Sociedades contemporâneas enfrentam e que afetam a posição do Poder Judiciário são amplas e multifacetadas. Se, de um lado, podemos apontar uma mudança quantitativa na legislação, com o fenômeno que se conhece por "inflação legislativa", também é correto vincular essa mudança quantitativa a uma outra de ordem qualitativa que se manifesta na produção de normas com características muito mais abertas e com as quais se transfere ao Poder Judiciário não mais o dever de "reparar" uma situação, voltando-se ao passado, mas de perseguir e atingir certos fins colocados como socialmente válidos e importantes.

A passagem de um Estado Liberal, com a sua típica filosofia do *laissez-faire*, como destacam os autores mencionados acima, a uma atitude claramente interventiva do Estado de Bem-Estar Social, leva a uma situação na qual não há praticamente nenhum assunto pertinente ao convívio social no qual o Poder Judiciário não possa vir a emitir juízos. Ademais, a natureza diversa de muitos dos conflitos que a regulação jurídica do Estado de Bem-Estar Social impõe acarreta uma mudança no peso e no valor das decisões judiciais, cujos efeitos podem alcançar não apenas as partes diretamente envolvidas no processo, mas toda uma parcela da Sociedade⁴.

As fronteiras entre administração, legislação e jurisdição tendem a se mostrar menos nítidas e a consequência prática imediata disso é que o Poder Judiciário se transforma, também, em responsável pelas modificações sociais e pela implementação das políticas públicas prescritas na Constituição. Sua atividade passa a ser, nestes termos, de muito maior visibilidade e de muito maior responsabilidade política. A doutrina clássica da separação de poderes perde seu potencial explicativo e a compreensão da divisão de poderes no Estado requer que se analise de modo mais detido e em relação com os múltiplos arranjos institucionais possíveis, as tarefas cumpridas pelo Poder Judiciário nas Sociedades contemporâneas⁵.

Essa aproximação do Poder Judiciário ao Executivo e ao Legislativo não nos deve fazer perder de vista, no entanto, a sua qualidade de interventor que tem de ser provocado, ou seja, de que mesmo quando atua nessas novas funções, o Poder Judiciário não o faz com a sua própria iniciativa, mas depende de uma provocação externa para que possa agir. O grau de provocação a que é submetido, depende, por sua vez, de um complexo emaranhado de fatores econômicos, sociais e políticos, dentre eles a sua capacidade relativa de "dar respostas" aos problemas que lhe são apresentados em comparação ou em contraposição com os outros órgãos do Estado, bem como o grau de litigiosidade (que está relacionado com questões histórico-culturais) da Sociedade na qual se insere⁶.

A realidade complexa que cerca o Poder Judiciário pode ser colocada, portanto, nos seguintes termos: é um ator político na medida em que tem a responsabilidade de buscar fins sociais determinados na Constituição e controlar o cumprimento de funções políticas e de execução de programas dos

outros poderes; é um ator passivo, ou seja, que necessita ser provocado; é um corpo coletivo, mas expressa uma parte considerável de sua atividade em decisões individuais, das quais, no entanto, cobra-se coerência com o conjunto das decisões tomadas pelo corpo a que pertence; trabalha com um emaranhado legislativo cuja coerência e acessibilidade estão sobejamente conhecidas como precárias.

Essa visibilidade política e social do Poder Judiciário traz consigo um debate importante sobre a função judicial e seus limites e provoca nova série de indagações de caráter prático: Quem são os juizes? Como são recrutados? Quais os mecanismos de avaliação e controle de sua atividade jurisdicional? Como medimos a qualidade dos "serviços" prestados pelos órgãos judiciais?⁷

3 Os sistemas de seleção historicamente surgidos

Como resume Guarnieri⁸ a relação entre qualidade da prestação jurisdicional e as modalidades de seleção ou a formação que recebem os juizes, pode ser vista de pelo menos três importantes ângulos. Em primeiro lugar, as modalidades pelas quais se escolhem e formam os membros do Poder Judiciário revestem-se de uma especial importância para o funcionamento do sistema jurídico e refletem-se na qualidade global da justiça, o que significa dizer que para melhorar a prestação jurisdicional não basta que pensemos em como organizar melhor os tribunais se não incluirmos nessa reflexão a necessária qualificação profissional dos juizes que os compõem.

Em segundo lugar, se pensamos de um ponto de vista macro, o modo pelo qual são selecionados os membros do Poder Judiciário atua diretamente sobre o perfil de juiz que se produzirá e, a partir daí, sobre a concepção do Direito, do seu papel como juiz, da natureza e dos limites da sua função, que terá não apenas o juiz em sua dimensão singular, mas o próprio corpo judicial⁹.

Em terceiro lugar, as modalidades de recrutamento interferem diretamente na independência e imparcialidade dos juizes, as quais condicionam a qualidade da prestação jurisdicional, especialmente em circunstâncias como as atuais, nas quais uma parte considerável da atividade judicial desenvolve-se, controlando a constitucionalidade e a legalidade da atividade da administração pública e da produção legislativa. Assim, sistemas de recrutamento que privilegiam a capacidade profissional reforçam a independência ao produzir uma maior identificação com a função profissional exercida e diminuem o papel de influências impróprias de caráter externo¹⁰.

Atendendo a uma perspectiva histórica tal como a proposta por Van Caenegem (1991), podemos observar que a história europeia mostra uma lenta mas inexorável passagem do poder de julgar das mãos dos leigos às mãos dos juristas, entendidos em sentido amplo como conhecedores do direito, e, em seguida, à profissionalização, compreendida como o dedicar-se tão somente às tarefas pertinentes à instituição judiciária¹¹.

Van Caenegem¹² propõe uma tipologia para estudar a evolução histórica europeia a partir do momento em que predominou a profissionalização, nos seguintes termos: Tipo 1, nomeação pela autoridade política mais alta; Tipo 2, eleições populares; Tipo 3, os juizes constituem uma casta advinda da aristocracia e da pequena nobreza ou adquirem o cargo em um sistema baseado em procedimentos censitários (ser proprietários etc.). Utilizando esse esquema geral, o autor repassa rapidamente a história europeia e demonstra que em termos formais a prevalência nos países europeus foi a do tipo 1, ou seja, a nomeação por parte do Rei, que, contudo, foi lentamente deslizando para um controle das nomeações por parte da própria elite profissional judiciária. A situação atual, no entanto, aponta bem mais para uma mistura dos três tipos que comparecem nos diversos países em diferentes graus, evidentemente que com as adaptações necessárias aos contextos políticos de Estados democráticos¹³.

Outra tipologia que pode nos auxiliar a compreender as diferentes soluções históricas intentadas para a seleção dos juizes nos regimes políticos democráticos é a proposta por Guarnieri (2001) com três tipos básicos: a designação por parte do Legislativo, do Executivo ou de ambos; a eleição direta pelos cidadãos; o concurso público, seguido ou não de um período de experiência prática inicial. A prevalência de um ou de outro sistema depende, em larga medida, da tradição jurídica de cada país e de seu processo de formação dos órgãos estatais.

É possível verificar que nos países da Europa continental a função judicial incorporou-se historicamente ao aparato estatal e acabou tornando-se parte da administração pública¹⁴. Na Inglaterra¹⁵ e em alguns países da *common law*, herdeiros da experiência inglesa, ao contrário, os juizes nunca foram

perfeitamente incorporados ao corpo administrativo do Estado. Nos Estados Unidos da América, por conta da precoce democratização do sistema político, produzida antes da profissionalização dos aparatos públicos, há uma maior difusão do sistema de eleição direta e um maior papel das instituições políticas na escolha dos membros do Poder Judiciário¹⁶.

Atendendo a essa diversidade de experiências políticas e de organização judicial, pode-se conceber, ainda que seja uma generalização, dois modelos básicos de recrutamento dos membros do Poder Judiciário nas Sociedades democráticas constitucionais: o do juiz "profissional"¹⁷, recrutado dentre membros bem-sucedidos de carreiras jurídicas e detentor de uma experiência profissional que abaliza a sua nomeação ao cargo e legitima o exercício da função jurisdicional, presente nos países vinculados à tradição da *common law*¹⁸; e o do juiz "funcionário" que, mais característico dos países vinculados à tradição romano-germânica, trabalha com sistemas de recrutamento baseados em concursos públicos e aposta em um aprendizado da função no próprio exercício desta, dentro da organização judicial, pois o perfil geral do juiz recrutado é o de um jovem bacharel em Direito, cuja experiência profissional é pequena ou inexistente¹⁹.

O modelo burocrático ou do juiz "funcionário" fica mais bem compreendido se atentamos para a sua origem histórica, vinculada à reestruturação do Estado francês no período revolucionário. Ele é, nesse sentido, uma transcrição para fins de organização judiciária, das polêmicas francesas da época e é comumente designado como modelo napoleônico de Poder Judiciário. A influência do ideário francês levará consigo a disseminação do modelo para outros países da família romano-germânica, o que explica a presença de certa uniformidade na concepção da carreira judicial que nos permite falar em um "modelo".

Esse modelo, por sua vez, consubstancia-se, conforme aponta García Pascual (1997), como uma combinação da doutrina revolucionária francesa e da institucionalização de um quadro funcional técnico mais bem vinculado com a visão burocrática de Estado do que com as suas raízes revolucionárias e liberais. O juiz era entendido (e recrutado) para ser um funcionário do Estado encarregado da aplicação da legislação posta pelo Poder Legislativo. O controle de seu recrutamento e a administração da sua carreira vinha adscrita ao Poder Executivo, mostrando, assim, que, apesar da teoria de separação de poderes ser utilizada como lugar comum a designar a natureza e os vínculos entre os poderes do Estado, de fato o Poder Judiciário tinha pouco mais que o nome como poder efetivamente independente.

O quadro acima esboçado fica mais claro se observarmos que a experiência revolucionária francesa estava baseada em uma profunda desconfiança na atividade judicial, cuja arbitrariedade e venalidade procurará controlar de todos os modos²⁰, produzindo, quase paradoxalmente, uma dominação e um enfraquecimento do Poder Judiciário em vão tentada pela monarquia absolutista²¹.

A caracterização de um juiz, portanto, seguia o que convencionalmente passou à tradição do pensamento jurídico como "juiz boca-da-lei", ou seja, um paradigma de atuação em tudo mecânico e subordinado à legalidade estrita, que garantiria a neutralidade e a apoliticidade (aparentes) necessárias ao bom funcionamento do Estado.

Se nos fixamos no modelo e nos perguntamos pelas causas que o explicam, teremos, como bem resume García Pascual (1997) um quadro que pode ser sinteticamente resumido como uma combinação dos seguintes fatores: a) a aparição dos códigos e das regras rígidas para a atividade interpretativa; b) a disseminação das categorias dogmáticas da doutrina, presentes, por exemplo, na Escola da Exegese; c) a subtração da atividade administrativa do Estado do âmbito de julgamento da jurisdição ordinária; d) a inclusão do Poder Judiciário no âmbito de controle do Poder Executivo.

4 As vantagens e desvantagens dos sistemas de seleção historicamente surgidos

Evidentemente que ambos os sistemas podem ser elogiados ou criticados segundo se ressaltem as suas características específicas. Assim, parece-se razoável supor que o sistema de recrutamento de juizes dentre profissionais experimentados oferece vantagens óbvias, pois permite lidar com candidatos que são submetidos a uma avaliação mais duradoura de suas capacidades profissionais e de suas características psicológicas, e, portanto, garantiria uma qualidade maior para os membros da magistratura, também é verdade que se nas avaliações interferem condicionamentos de caráter clientelista, essa avaliação positiva teria de ser matizada.

É de se considerar, ainda, que em um sistema dessa ordem, o seu bom funcionamento depende, em larga medida, da presença abundante de bons candidatos dispostos a integrar os quadros da magistratura em detrimento das carreiras nas quais já consolidaram suas trajetórias profissionais, ou seja, é preciso, para que se possa escolher os melhores, que eles estejam dispostos a apresentarem-se para ocupar as vagas disponíveis e que a magistratura seja capaz de atraí-los e mantê-los.

Por fim, deve-se atentar para o fato de que a circunstância de se recrutar profissionais “formados” tende a reproduzir as características já presentes nas profissões jurídicas, o que pode significar um problema, especialmente se o grupo dos “recrutáveis” é bastante restrito, como no caso inglês²². Corre-se o risco, neste sentido, de contar com um corpo judicial cujo perfil esteja bastante distante do perfil médio da população do país e que possui pouca permeabilidade às minorias étnicas ou a grupos sociais menos favorecidos historicamente²³.

Se avaliarmos o sistema burocrático, que acima chamamos de modelo do juiz “funcionário”, incorporado às estruturas estatais e participante de uma carreira estruturada, os prós e contras também resultam bastante significativos. De um lado, uma seleção baseada em provas, escritas ou orais, que avaliem os conhecimentos técnicos deve levar a uma escolha dos melhores capacitados tecnicamente para a função, bem como evitar ingerências externas de caráter político ou abertamente clientelistas. Por outro, uma sistemática de seleção como os concursos públicos torna difícil avaliar as condições reais de capacidade para o exercício da atividade judicial, pois acaba por privilegiar a resposta a uma gama mais ou menos ampla de questões, em um momento localizado no tempo, a partir do qual, se o resultado é aceitável, considera-se a pessoa como incluída em uma categoria profissional cujas atribuições são de alta responsabilidade política e social, muitas vezes com a vitaliciedade no cargo e com poucos (ou nenhum) mecanismos efetivos de formação inicial ou continuada.

Como ressalta Guarnieri, vários são os problemas a serem enfrentados pelos sistemas burocráticos de recrutamento. Em primeiro lugar, a dificuldade em implantar-se um mecanismo que permita alcançar os objetivos institucionais da magistratura e que implica obter um comportamento mais ou menos uniforme de seus membros. Isso se consegue, afirma o autor, por uma combinação em graus variados, de duas opções: um recrutamento inicial altamente exigente que garanta a qualidade da pessoa que se recruta ou uma ênfase no treinamento e na comprovação das qualidades buscadas por meio de uma sistemática de sanções positivas e negativas capazes de estimular os comportamentos desejados pela organização. A estruturação da carreira e dos mecanismos de avaliação para a progressão nela²⁴, bem como as estruturas de formação continuada que se podem vincular a isso são, portanto, fundamentais nesse contexto.

Em segundo lugar, a circunstância de que o modelo suponha um perfil generalista de juiz, capaz de desempenhar muitas funções e de conhecer (e bem) todos os ramos do Direito²⁵. Por fim, mas não por último em grau de importância, a problemática nascida da formação técnico-jurídica altamente legalista que marca os sistemas de ensino do Direito dos países nos quais se utiliza o modelo de juiz “funcionário” e que estão francamente inadequados ao perfil que as Constituições desses mesmos sistemas jurídicos exigem²⁶.

5 Considerações Finais

A origem histórica do sistema de seleção denominado de burocrático ou do juiz “funcionário”, como se viu acima, deixou marcas indeléveis e se tal desenho institucional foi adequado um dia, certamente deixou de sê-lo com as transformações sofridas pelo Estado e pela Sociedade contemporâneos.

Um sistema de recrutamento que buscava um perfil de juiz “boca-da-lei”, certamente está pouco adequado para as novas necessidades dos sistemas jurídicos contemporâneos, visto que não se espera que o juiz contemporâneo seja apenas a “boca-da-lei”. De outra parte, a constitucionalização de todo o Direito, a abertura principiológica deste e o crescimento do controle da atividade dos outros poderes pelo Judiciário trazem à tona a necessidade inquestionável de se preparar - e bem - os profissionais que exercerão essas atividades, dada a sua relevância social e política.

A dimensão política da atividade judicial, seu caráter valorativo e a implementação de um padrão ético de conduta profissional que auxilie a controlar a discricionariedade e a evitar o abuso de poder são, sem dúvida, uma tarefa necessária para os sistemas jurídicos contemporâneos.

A complexidade que se entrevê na análise realizada evidencia claramente que, mais do que simplesmente avaliar a sistemática de recrutamento, faz-se necessário também avaliar se e como os juizes recém-recrutados são formados, ou seja, a existência e as características de sistemas de formação que denominaremos de "inicial" por estarem adstritas ao período no qual os recrutados ainda não exercem as suas funções típicas ou não as exercem de maneira plena e autônoma. Integrados ao quadro funcional e gozando da plenitude das garantias e arcando com as responsabilidades da função, cabe agora verificar se e como se prevê formas de acompanhamento do cumprimento da função, bem como mecanismos de formação que denominaremos "continuada" para designarmos aquelas atividades formativas que coincidem com o pleno exercício da função jurisdicional.

As vantagens e desvantagens que se pode encontrar em cada um dos sistemas de recrutamento historicamente surgidos são matizadas, como se pode facilmente concluir, pela formulação de políticas de formação inicial, de formação continuada e de controle da atividade jurisdicional. Mais do que o simples processo de escolha dos futuros juizes, a discussão acima realizada aponta claramente para o fato de que há de se pensar e debater seriamente essas políticas, a fim de garantir um Poder Judiciário adaptado às exigências dos sistemas jurídicos contemporâneos.

A previsão, na Emenda Constitucional 45 de 2004 da obrigatoriedade da formação inicial e da formação continuada põe o tema na ordem do dia no Brasil. Já não era sem tempo. A exemplo do que ocorre em outros países que partilham com o Brasil o modelo burocrático de seleção de juizes, há que se desenhar cuidadosamente as políticas de formação inicial, continuada e de controle da atividade judicial. Discutir que perfil de juiz temos e que formação gostaríamos que tivesse é um pequeno primeiro passo nessa direção.

Referências

- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. Modelos comparados de organización judicial y régimen de selección o elección de jueces y magistrados. **Revista Poder Judicial**, n. 75, 2004, p. 11-56.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto; MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. Madrid: Tecnos, 1986.
- DI FEDERICO, Giuseppe. Preface. In DI FEDERICO, Giuseppe (coord.) **Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe**. Bologna: Editrice lo Scarabeo, 2005, p. V-IX.
- DI FEDERICO, Giuseppe. Recruitment, Professional Evaluation, Career and Discipline of Judges and Prosecutors in Italy. In DI FEDERICO, Giuseppe (coord.) **Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe**. Bologna: Editrice lo Scarabeo, 2005, p. 127-158.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina. **Legitimidad Democrática y Poder Judicial**. Valencia: Edicions Alfons El Magnànim, 1997.
- GUARNIERI, Carlo. El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado. In JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (org.). **El acceso a la función judicial. Estudio comparado**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 20-39.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio. In: JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (org.). **El acceso a la función judicial. Estudio comparado**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 117-249.
- PEDERZOLI, Patrizia. El sistema italiano de selección de jueces. Situación y perspectivas de futuro. In JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (org.). **El acceso a la función judicial. Estudio comparado**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 81-114.
- PEDERZOLI, Patrizia; GUARNIERI, Carlo. **Los jueces y la política**. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Madrid: Taurus, 1999.
- VAN CAENEGEM, Raoul. **I Signori del Diritto**. Traduzione di Laura Ascheri Lazzari. Milano: Giuffrè, 1991.

Notas

- O presente artigo é parte de uma pesquisa sobre o sistema de seleção e formação dos juizes na Espanha. A pesquisa contou com o apoio da CAPES, na forma de bolsa de estágio pós-doutoral na Universidade de Alicante, Espanha, no período de janeiro a julho de 2006. Agradeço especialmente a colaboração de Perfecto Andrés Ibañez, Manuel Atienza e Josep Aguiló Regla que discutiram comigo os temas aqui abordados.
- Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Professora dos cursos de graduação em direito, do mestrado acadêmico em Ciência Jurídica e do mestrado profissionalizante em Gestão de Políticas Públicas da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Professora do curso de graduação em Direito do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina-CESUSC. **E-MAIL:** croesler@terra.com.br

- 3 PEDERZOLI, Patrizia; GUARNIERI, Carlo. **Los jueces y la política**. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Madrid: Taurus, 1999.
- 4 Idem.
- 5 Segundo Pederzoli e Guarnieri (1999, p. 21): "El hecho de que el juez sea también un legislador se considera ya hoy como una 'obvia banalidad' (CAPPELLETTI, 1998, p.14). Los ámbitos de discrecionalidad de que dispone y las mismas características del procedimiento de decisión le llevan de hecho a participar en la formulación de las políticas públicas. Igualmente se ha visto que hoy es más difícil distinguir entre jurisdicción y administración, sobre todo en lo que se refiere al impacto producido por las sentencias. Desde este punto de vista, la versión tradicional de la doctrina de la separación de poderes ya sufre una erosión visible. [...] Y desde esta perspectiva si se quiere evaluar el papel que de hecho ha asumido la justicia, el reparto formal de las competencias es hoy un punto de referencia mucho menos útil que antaño: el sistema judicial tiende a actuar, en efecto, como una estructura multifuncional, que presenta numerosas áreas de superposición con las actividades demandadas a las otras instituciones políticas."
- 6 PERZOLI; GUARNIERI, 1999.
- 7 Ressaltando as implicações teóricas e práticas de pesquisas sobre essa temática, afirma Di Federico (2005, p. V) : "A research on the functioning of recruitment, professional evaluation, career, and discipline of judges and prosecutors in different countries has both scientific and practical implications. In analyzing and comparing those features in various judicial systems, the values of independence and impartiality are in many ways revealed in their multifaceted aspects. In fact, the higher the actual guarantees of professional qualifications in the various systems, the higher also are the guarantees of independent and impartial behaviour of the judge (insofar as his technical preparation and his deeply rooted professional values make him far less likely to be receptive to improper external influences)."
- 8 GUARNIERI, Carlo. El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado. In JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (org.). **El acceso a la función judicial. Estudio comparado**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 20-39.
- 9 Neste sentido, afirma Guarnieri (2001, p. 26-27): "En efecto, aunque es verdad que no existe una relación estrecha entre características socioeconómicas, actitudes de los jueces y sus decisiones, los mecanismos de reclutamiento condicionan de todos os modos las características generales del cuerpo judicial, el tipo de juez e en definitiva la concepción del papel de este último que tiende a prevalecer dentro de la magistratura (MURPHY; TANENHAUS, 1972; GIBSON, 1983). Sobre todo, puesto que en los regímenes democráticos los jueces tras ser designados gozan de garantías de independencia cada vez mayores, su comportamiento depende cada vez menos de la influencia del gobierno o de los superiores jerárquicos y cada vez más de la concepción que se tenga del propio papel y en general de los valores que tienden a compartir. Por ello en estos términos se puede decir que las modalidades de reclutamiento de los jueces influyen en sus decisiones."
- 10 Guarnieri (2001)
- 11 É necessário observar, no entanto, que isso é mais bem uma generalização do que uma afirmação fática, pois em praticamente todos os países ocidentais há alguma forma de atuação de tribunais constituídos por jurados leigos e atualmente em países como a Inglaterra um importante papel é destinado aos juizes de paz, dos quais não se exige nem dedicação exclusiva nem formação jurídica em sentido estrito. Sobre isso, vide Van Caenegem (1991, p. 126 e ss).
- 12 Van Caenegem (1991, p. 127 e ss.).
- 13 Veja-se, neste sentido, a análise do autor sobre a Bélgica, seu país de origem, a Inglaterra e os Estados Unidos, com base na mencionada tipologia. (VAN CAENEGEM, 1991, p. 130-131).
- 14 Sinal evidente disso, como apontam Pederzoli e Guarnieri (1999, p. 40), é o fato de que as formas de recrutamento dos funcionários públicos é praticamente a mesma que a dos juizes e membros do Ministério Público, ou seja, que a concepção predominante os identifica a todos como parte do Estado.
- 15 Sobre as peculiaridades do sistema inglês, bastante diferente do sistema dos demais países europeus, pode-se consultar Pederzoli e Guarnieri (1999, p. 34 e ss).
- 16 No mesmo sentido, Van Caenegem (1991, p. 131), a partir de sua tipologia, afirma uma relativa prevalência do tipo 2 (eleições populares) nos Estados Unidos. Vide, também, Pederzoli e Guarnieri (1999, p.36 e ss), para uma descrição mais detalhada dos mecanismos utilizados para a seleção dos juizes.
- 17 Para auxiliar a visualizar melhor as implicações do modelo, pode-se utilizar a idade media dos ingressantes na magistratura, a qual se encontra na Inglaterra entre os 50 e os 60 anos e nos Estados Unidos, ao menos para a magistratura federal, mais prestigiada e importante do ponto de vista do sistema judicial, é menor do que na Inglaterra mas consideravelmente mais alta do que nos países da Europa continental. A respeito, vide Pederzoli e Guarnieri (1999, p. 37-38).
- 18 A propósito dessa característica, afirma Iñaki Agirreazkuenaga (2004, p. 12): "Sin embargo, desde la perspectiva del sistema de nombramiento o elección de los jueces hay una clave que se repite de modo

constante en los modelos de corte anglosajón, y es la exigencia de una variada y sólida experiencia práctica a todos quienes vayan a ejercer funciones judiciales.”

- 19 Vide também em Pederzoli e Guarnieri (1999, p. 63-64).
- 20 Para a reconstrução do ideário revolucionário francês sobre o papel e os limites do Poder Judiciário, vide García Pascual (1997), especialmente p. 09-113.
- 21 Segundo Andrés Ibáñez e Movilla Alvarez (1986, p. 41): “La Constitución del año VIII (1799) abandona el sistema de reclutamiento de los jueces por sufragio, para optar por la designación gubernamental y su organización burocrática como ‘carrera’. Por otra parte, como ha escrito Calamandrei, ‘poco a poco, inconscientemente, el Tribunal de Casación, creado como órgano de control negativo, puesto al margen del ordenamiento judicial, se transforma en un órgano jurisdiccional, colocado en la cúspide de las jerarquías judiciales, como regulador positivo de la jurisprudencia.’. ‘El proyecto, en vano perseguido por la monarquía absoluta, encontró por el contrario – a juicio de Giuliani y Picardi – una completa realización en la legislación napoleónica’, y ello se hizo posible mediante la reorganización de los jueces de acuerdo con el modelo burocrático como cuerpo de funcionarios, concentrando en el ejecutivo los mecanismos de selección y avance profesional, y estableciendo el correspondiente dispositivo disciplinario. Estructurando a la magistratura en ‘une série d’échelons...’, quelque peu analogues à ceux que l’on recontre dans l’armée.”
- 22 Considerando as características do sistema jurídico inglês e a recusa de codificar o Direito, Van Caenegem (1991, p.46) assim se expressa: “La magistratura inglese è tradizionalmente conservatrice, perche i giudici venivano i vengono reclutati fra le file dei più noti avvocati, che per tradizione provengono dalla piccola nobiltà e dall’alta borghesia. Questo processo si è svolto in diverse maniere: in modo palese nel passato, quando l’accesso alle *Inns of Court* era chiuso per legge a coloro che non facevano parte dell’aristocrazia o della piccola nobiltà, e in modo più sottile in epoche successive, quando si sceglieva tra i pochi che potevano permettersi un’istruzione in una scuola pubblica e ad Oxford o Cambridge.”
- 23 Neste sentido, afirma Guarnieri (2001, p.29), ao explicitar os problemas apontados ao sistema inglês de recrutamento: “Por ejemplo, hay pocas mujeres jueces así como hay pocos jueces pertenecientes a minorías étnicas. De hecho, el acceso a la profesión forense requiere un largo periodo de prácticas, que a menudo no son retribuidas, hecho que no puede dejar de tener una repercusión negativa para aquellos que proceden de familias de condición social modesta – y las minorías étnicas se encuentran a menudo entre ellas – o también para las mujeres, que a menudo, en la primera fase de su carrera profesional, tienen que hacerse cargo de criar a sus hijos.”
- 24 É de se registrar, neste sentido, a experiência italiana, que aboliu a carreira judicial enquanto um escalonamento de tipo hierárquico-burocrático, num esforço de democratização do Poder Judiciário. Sobre a experiência italiana muito se produziu em termos de análise, mas pode-se consultar, para uma idéia geral de como funciona o sistema, a Pederzoli (2001) e a Di Federico (2005, p. 127 e ss).
- 25 Neste sentido, afirma Pederzoli (2001, p. 83): “Por último, en estos contextos, las estructuras organizativas tienen aún la impronta de modelos culturales expresados por la ciencia jurídica – el carácter sistemático y autosuficiente de esta disciplina, la idea de un juez ‘omnisciente’ que debería ser capaz de abarcar a todas las ramas del Derecho – y que deja todavía vislumbrar una cierta desconfianza respecto a la especialización de las asignaturas no jurídicas. Así el generalismo sigue impregnando no sólo la formación universitaria sino también la práctica y las propias modalidades de asignación a las funciones de los magistrados.”
- 26 Resumindo os traços característicos da função judicial presentes na Constituição espanhola de 1978, Jiménez Asensio (2001, p. 166), assim os define: “A mi juicio, sin introducirme ahora en mayores detalles, es preceptivo detenerse en *cinco grandes elementos que definen actualmente la posición institucional del juez en nuestro sistema constitucional* y estos son los siguientes: a) el juez como ‘juez de legalidad’ y, como consecuencia obligada, las insuficiencias que esta tradicional definición presenta en nuestros días; b) el juez como ‘*garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos*’, esto es, su configuración como primer eslabón en el refuerzo de su posición constitucional; c) el *juez ordinario como juez de la constitucionalidad*, lo que supone un segundo e importante refuerzo de su posición constitucional; d) el *juez español como juez del Derecho comunitario*, con su innegable dimensión europea o supranacional; y e) el *juez español como poder que actúa en el marco de un Estado compuesto* que se caracteriza por la pluralidad de ordenamientos, por el pluralismo lingüístico y, en fin, por aunar en su seno diferentes sensibilidades culturales y políticas.” (grifos do autor).

Recebido em: 10/06

Avaliado em: 11/06

Aprovado para publicação em: 01/07