

O AMBIENTE SISTÊMICO DA FUNÇÃO JUDICIAL E O ESPAÇO POLÍTICO DA MAGISTRATURA

José Alfredo de Oliveira Baracho*

Os grandes temas políticos contemporâneos têm propiciado variadas reflexões sobre o futuro do judiciário e o seu significado efetivo, para a sociedade contemporânea, sendo que suas repercussões afetam os tribunais e a magistratura, os juízes e seu papel¹.

Em certo momento, os juízes italianos atacaram a corrupção política como um fato do sistema italiano. Essa matéria foi tratada no Instituto Universitário Europeu da Badia Fiesolana, com a reunião de estudiosos estrangeiros e italianos, para o primeiro balanço da vigência judicial e do sistema político italiano e seu futuro, com referências às redes do tecido político, econômico e administrativo do Estado italiano, com referências ao papel da magistratura, que estava em crise. As estruturas e lógicas mais profundas do sistema e de sua legitimidade passaram a ser questionados. O descrédito da classe política, perante a opinião pública, atingia os meios de comunicação, com o despertar de uma difusa e popular procura da legalidade. Essa última estava, desde algum tempo, compreendida e latente nas denominadas mãos limpas e com vertiginoso desenvolvimento. As atitudes, até então subterrâneas, haviam encontrado o estímulo decisivo nas investigações e nas imputações as mais diversas dos processos políticos. Os juízes, na primeira pessoa, haviam destacado a nova e persuasiva exigência da legalidade da justiça e da moralidade pública, com adesões às suas iniciativas e seu ativismo, como objetivo de desenvolver e reestruturar a República, dotando-a de novas personalidades, novas regras do jogo e novos princípios de legitimação.

*Professor titular de Direito Constitucional e dos cursos de mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da UFMG.

¹ TREVES, Renato. *Giustizia e giudice nella società contemporanea*. BEZÉ, T. de. *Du droit des magistrats*, Genève, Droz, 1971; CARDOSO, B. N. *Il giudice e il diritto*, Firenze, La Nuova Italia, 1962; CONSTANTINO, S. *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*. Weber, Schmitt, Luhmann, Habermas, Gorino, Giappichelli, 1994; DAMASKA, M. R. *The Faces of justice and State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986; DI FREDERICO, G. *La crise del sistema giudiziario e la questione della responsabilità civile dei magistrati*, en Corbetta, Pe Leonardi, R (eds) *Politica in Itália. I fatti dell'anno e le interpretazione*, Bologna, Il Mulino, 1988; *Per un programa di reforma della giustizia, em Fondazione Rosselli: Primo rapporto sulla priorità nazionali. Le Istituzioni*, Milão, Mondadori, 1993; FREDDI, G. *Tensioni e conflitto nella magistratura*, Bari, Laterza, 1978; GUARNIERI, C. *Magistratura e politica in Italia*. Pesi senza contrappesi, Bolonha, Il Mulino, 1992; KIRCHHEIMER, O. *Political Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1961; MARRADI, A. *Scienza politica e sistema giudiziario*, em *Rivista italiana di scienza politica*, I, 1971; *Funzioni delle Corti Costituzionali nel sistema politico*, em *Rivista italiana di scienza politica*, II, 1972; MITTEIS, H. *Le structure giuridiche e politiche dell'età feudale*, Brescia, Morcelina, 1962; MURATORI, L. A. *Dei difetti della giurisprudenza*, Roma, Formiggini, 1933; OLIVECRONA, K., *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, Etas, 1972; PAGANI, A. *La professione del giudice*, Verese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1969; PEDERZOLLI, P. *Il giudice nel regime democratici*, em *Rivista italiana di scienza politica*, XX, num. 2, 1990; RAITERI, M. *Rappresentazione del giudice e realtà della magistratura*, em Giasanti, A. (ed), *Giustizia e conflitto sociale*, Milano, Giuffrè, 1992; ROUSSELET, M. *Histoire de la magistratura française des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957; SCHUBERT, G. *Judicial Decision Making*, Glencol, Free Press, 1963; TOMEO, V. *Interpretare il conflitto*, em *Critica liberale*, 144, 6 agosto, 1973; idem, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analyse sociologica*, Milão, Angeli, 1981; ZANNOTTI, F. *La magistratura come gruppo di pressione istituzionale*, Milão, Giuffrè, 1989.

Indaga-se, se está aí, a suficiente explicação da revolução judicial. Para alguns não, desde que a democracia italiana sofreu profundas alterações entre governantes e governados, entre representantes e representados, com perspectivas de sua consolidação. Vários desacerdos estavam presentes, devido aos desentendimentos entre partidos e interesses, a polarização ideológica, as diferenças entre sul e norte. Nesse ambiente aparecem as mensagens comunicativas, nas quais estão envolvidas as ações dos juizes e seu formato “ideológico”, com a deslegitimação da classe política e a aceleração da crise do processo do regime democrático italiano.

Havia necessidade de uma política puramente potencial, sendo que o papel liberativo havia sido assumido, principalmente, pela magistratura, ainda que não exclusiva, devido à pluralidade de fatores sociais e político-institucionais decisivos.

Atribuía-se à magistratura uma capacidade maiêutica, adotando-se as formas e substâncias da politização dos poderes neutros, que ensinam os processos de mutação dos regimes políticos. Permanece intocável, a *ratio* não contingente do papel dos juizes, que procuram compreender seus pressupostos estruturais e funcionais. Sem completa compreensão desses pressupostos de base, é difícil entender porque precisamente a magistratura perde sua presumida neutralidade, para politizar-se, contribuindo para situações de crise, que constituem a estrutura mesma do sistema político. Às vezes é difícil a compreensão do sentido e natureza da politização extrema e emergencial.

Um dos fatores, que por via normativa, completa as funções de integração e de manutenção do equilíbrio entre os componentes sub-sistêmicos de uma democracia consolidada, ocorre na variável de signos opostos.

A magistratura converteu-se, verdadeiramente, em instrumento que pode desenvolver-se, dentro da crise do sistema político, em seu conjunto. A magistratura, em certos casos, converte-se em mecanismo conciliador da desintegração precipitada da imagem e da credibilidade de toda classe política. Seus argumentos culturais são convertidos em instrumentos do direito. Suas convencões constitucionais, mais sólidas e experimentadas, precisamente enquanto melhor formalizadas e visíveis, imediatamente permanentes, aproximam-se do verdadeiro fazer político. A magistratura pode e deve interpretar a imagem coletiva, dando nova legitimidade política ao próprio poder político.

Até que ponto a magistratura pode ocupar o centro e a base das crises políticas, institucionais e constitucionais, tem sido tema de indagações recentes, principalmente no que se refere à jurisdição constitucional.

A Itália, como centro de tumultuosa crise, conseguiu acumular tanta energia, para contrapor a própria discriminação legal e as regras e práxis do profissionalismo político, no regime democrático. A fonte dessa nova e eficaz estratégia ou *Beruf* judicial, logrou impor-se como princípio de medida da legitimidade e da própria seleção da classe política. Pergunta-se qual o fundamento dessa eficácia. Os juizes deram um impulso decisivo à crise do regime italiano, forçando mudanças. A deslegitimação da classe política, alimentada pelo descobrimento de sua imoralidade pública, propiciou uma política de valor “sistêmico”, à atuação da magistratura. A magistratura desenvolveu um papel político crucial, também no fastigioso processo de transição que instaurou o novo regime democrático. Convém destacar a decisiva relevância política da ação da magistratura, com específico fundamento “construtivo”, no sistema político, na situação

de crise estrutural deste último. Havia necessidade de uma qualificação sistêmica e funcional do poder judiciário. Pergunta-se quais as estratégias usadas, pela magistratura, com destaque para a emergência judicial adotada. A magistratura italiana adotou um novo processo de consolidação democrática sobre o princípio da proporcionalidade. A natureza, as raízes e os fundamentos conceituais do dever ser judicial eram analisados dentro do sistema político democrático.

Passou-se a destacar a intrínseca, profunda e multicefática politicidade da função jurisdicional. Convém lembrar a crise operada na radicalização dos princípios da legalidade e da separação de poderes, na cultura política e jurídica do Estado moderno, corolário da neutralidade e da terceriedade do juiz. Massimo Borlandi, em profundo ensaio, destaca o papel da tematização historiográfica da magistratura. Sustenta-se que a história da magistratura parte da compreensão de que todas as perspectivas dos juízes são subjacentes às leis, sendo que é escrita na evolução da legislação, na história da codificação e na história dos costumes. Escrever a história da magistratura é apreciá-la, dentro do princípio da legalidade, sendo que em certas ocasiões o legalismo estatal trata de comprimi-la.

A politicidade da magistratura, por seus protagonistas, assenta-se em princípios essenciais. A prática dos ordenamentos políticos encarrega-se de demonstrar seu caráter não apenas episódico, mas contingente, com aspectos não de caráter temporário, mas, também, intrínseco, através de suas tarefas jurisprudenciais. A realidade empírica dos sistemas políticos constitui um dos fatores das medidas endógenas da legitimação ou da deslegitimação, de eficácia ou de impotência, de equilíbrio e de crise. Alguns deploram o “fazer político” dos juízes que, ao exorcizarem seus efeitos, invocam o equilíbrio, fácil de encontrar em uma institucionalização modelística do panorama nacional e internacional. Tem recebido atenção dos setores mais diretamente afetados, políticos e judiciais. Os pressupostos teóricos e funcionais, iniciando pelo postulado da subordinação neutra da função jurisdicional, a *voluntas* da legitimidade soberana do legislador e sua ação política, renova a politicidade da magistratura, compreendida por certos contingentes convencionais. Atores políticos e judiciais têm interpretado como uma aposta em jogo entre os poderes justapostos em conflitos, definidos de uma vez por todas, utilizando a polêmica em busca da capacidade recíproca de condicionamento e vínculos da direção e coordenação. A jurisdição e o poder político, apesar de suas peculiaridades, estruturas e respectivas funções, apesar das especificidades de suas culturas e profissionais, bem como dos princípios de legitimidade, apresentam interativas intensas, que de conformidade com a metáfora rousseauniana, pode transformar-se em direito e obediência em dever².

² GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1996; FERRARESE, M. R. *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*. Napoles, 1984; DI FEDERICO, G. *Lottizzazioni correntizie e "politicizzazione" del Consiglio Superiore della Magistratura: quali vincoli?* QC, 1990; GUARNIERI, C. *Magistratura e politica in Italia: pesi senza contrappesi*, Bolonha, 1992; RODOTÀ, S. *Magistratura e politica in Italia*, em Bruti Liberati E, Ceretti A., GIANNISANTI, A. *Governo dei giudici - La magistratura tra diritto e politica*, Milão, 1996; FERRARI V. (acuradi), *Garanzie processuali e responsabilità del giudice*, Milão, 1981.

O ambiente sistêmico da função judicial não deve esquecer o trabalho de Renato Treves (*Giustizia e giudice nella società contemporanea*), que fez a investigação empírica sobre o conjunto do sistema judicial italiano, de grande utilidade para a compreensão do funcionamento da justiça.

Certos estudos têm propiciado exame sobre as lógicas e as técnicas do poder. Do mesmo modo a Ciência Política trabalha sobre o primado da política e as políticas para explicar os fenômenos que são objeto dessas análises.

Deste entendimento resulta a importância da cultura jurídica aberta ao intercâmbio interdisciplinar. Os Estados contemporâneos, de nossas sociedades complexas, consistem em processos decisórios e interações nacionais e supranacionais que as demandas, necessidades e oportunidades insatisfeitas são tratados. Interesses, pretensões e conflitos são arbitrados, possibilitando legitimações e responsabilidades constitutivamente distintas e separadas, por ascendência política, burocrática, jurisdicional, comparativa ou profissional; vêm sobrepor-se o interceder sobre os papéis dos respectivos intérpretes. O núcleo essencial de tais formações são os “cidadãos”. Ocorre a interpenetração constante e difundida entre Estado e Sociedade, entre Estado e mercado ou mercado e sociedade. A previsão de um mercado e sua organização e regulação configuram-se como opções específicas do Estado. Os objetos de negociação política e normativa se convertem em procedimentos decisórios sucessivos, reguladores e adjudicatórios que afetam os poderes privados e as autoridades públicas, em escala nacional e supranacional.

Está aí o núcleo essencial de que nos fala Alberto Predieri de Estados Osmóticos (1993). Existe intrínseca relação osmótica entre Estado e mercado, observada na configuração real do sistema político, assim como nas dimensões e estruturas de funcionamento que se traduzem na representação política e na mobilização partidária dos interesses. As funções de utilidade de indivíduos, grupos, empresas, operadores econômicos e sociais, governos privados levam a novos condicionamentos e novas referências ao poder judiciário. As principais funções do sistema político servem de uma duplicidade de circuitos de representação, mediação, manutenção política e regulação social. Surge daí a capacidade de hierarquizar demandas, conflitos ou solicitude e de imprimir um curso de direção seletiva. Ocorrem instituições e autoridades independentes de regulação e mediação, que realizam funções essenciais de interesse coletivo (crédito, financiamento, seguros, informação), que configuram a flexibilidade da relevância pública das decisões e a definição privatística dos problemas.

O espaço político da magistratura ganha novos espaços e modelos de ações. O Estado Osmótico, Estado e Sociedade, Estado e mercado, mercado e sociedade são diversificados e separados por linhas de demarcação mais analítica, do que normativa e funcional. A funcionalidade do sistema político, das lógicas, dos atores e de círculos da política, não logram senão absorver as lógicas de atores e de todos os circuitos que levam à formação das políticas públicas.

Todos os sistemas políticos modernos devem sua coesão à divisão do trabalho da magistratura. Estado e sociedade política e sua ação comum de contenção ou *filtrage* dos impulsos, provêm da sociedade civil, que peca pela problemática da esquematidade. As relações entre as esferas e os circuitos do sistema, estão na raiz da magistratura e nos limites da legitimidade e da funcionalidade do sistema. A

magistratura leva o sistema político a não remover, mas absorver e elaborar os impulsos endógenos que surgem, através da legitimação que mantém eficácia e coesão. A confluência entre Estado e mercado, de *politics e policy*, de política com exercício da autoridade do poder público e da política com função incrementadora das regras, recursos e oportunidades, que resolvem os interesses que compõem a sociedade civil.

Os regimes podem perceber efetivamente como a interpretação da lei e do seu significado, isto é, a primeira função do juiz, completa a obra do magistrado, “enfrentando a *voluntas*” do poder soberano, com a específica *ratio* do caso a dirimir. A investigação e a ponderação judicial do significado da questão específica, irão resolver, através de normas, valores e princípios da racionalidade, o direito que pode reter aos olhos do juiz individual as prescrições legais que, em consonância com o sentido e o valor mais profundo, atribui-se ao caso particular. É pertinente que para interpretação do conflito entre papéis, pretensões e assimetrias de posições e recursos sociais, organizem-se as formas de dirimir. A validade complexa e multiforme da ação interpretativa torna capaz a função jurisdicional de integrar, segundo as circunstâncias, a substituição da representação de direitos e interesses propriamente políticos. Pode-se conferir reconhecimento público e identidade política a direitos ou interesses que esperam, em todo caso, ser reconhecidos e articulados de acordo com a importância coletiva de seu significado, precedido de quem e como uma tarefa de tal publicidade e politização assuma e adequa em realidade democrática. Não vale a objeção de que o juiz opera mediante sentenças pontuais, episódicas, que estão dentro de um micro direito, privadas de caráter primário do mandato político legítimo legal ou racional, que constitui sua abstrata generalidade. Decide, caso por caso, em um regime que não seja do *stare decisis* ou da *doutrina legal* ou dos *assentos*, produzem importantes e persuasivos efeitos que expandem e influenciam os comportamentos e as decisões dos múltiplos níveis do poder judicial e podem ter as consequências de uma substancial atividade de direção política de normação e de governo. O exercício da jurisdição explica o pensamento recorrente e como e quando as peculiaridades episódicas dos interesses, dos conflitos e das instâncias específicas de tutela autoritária assinalam as políticas mais gerais e de largo prazo, ainda que virtuais ou inarticuladas, em terrenos a elas diretamente vinculadas.

O papel político da magistratura é duplo, não só pelo seu concurso na complexa função da regulação social, de que se vale o sistema político para sua estabilidade, senão, também, para a contribuição reguladora que se produz através das intermediações dos interesses particulares e privados da sociedade e que não se explica pelo constante conflito de regras do Estado e de recursos seletivos de mercado. Lógicas e processos de fazer política e de modalidades interativas e negociais de fazer política: visibilidade formal de normas, atos e procedimentos que pertencem a operacidade de processos, negociações e influências informais. O juiz, no cumprimento de suas próprias tarefas institucionais, está chamado a compartilhar com a classe política a distribuição de valores e recursos, que alimentam o conflito, a convivência e a fragmentação de certa coletividade. O magistrado deve participar de uma função de coordenação política da sociedade civil e estratificá-la em seu interior, com respeito à mesma, com atuação de suas estruturas, atores e instituições.

Este papel intrínseco do juiz e o cumprimento dos deveres estatutários do juiz explicam sua própria legitimidade reguladora. Uma legitimação que é outra e mais profunda na exteriorização, assentada na aplicação da lei em si. Não é apenas o juízo sobre o simples delito ou uma particular controvérsia que é necessária dirimir, que se converte, como dizia Calamandrei, em juízo, também, sobre a lei de aplicação. É um juízo sobre a legitimidade da eleição ou mesmo da omissão do legislador. É um direito dever do juiz de justapor a racionalidade da própria interpretação super partes ou as “grandiosas simplificações da política” (Luhman), ou seja, as lógicas consensualistas, eleitoralistas, partidistas ou particularistas que presidem o ofício do político e condicionam a identificação e mobilização dos interesses.

Desde a legitimidade das opções e os métodos da ação política, existe uma distância imperceptível. O grande conhecimento como a magistratura interpreta este papel de “reexame”, por parte do ato e de fato, sobre a legitimidade do poder político, é compreensível corolário da atividade jurisprudencial. Pode tratar-se de um pressuposto sedimentado na cultura profunda de uma classe judicial, que resulte perceptível em seu exterior ou negado pelos próprios interessados. A função judicial aparece assentada nos fundamentos normativos e deontológicos da jurisdição, com sua neutralidade. Não há Estado, em seu estágio de formação inicial, que supere a organização patrimonial do poder. A ocupação permanente e exclusiva da magistratura, à proporção que a sociedade se torna mais complexa e o direito se expande, impõe-se como corporação profissional. A magistratura desenvolve parâmetros normativos autônomos próprios, sobre cuja base valoriza a legitimidade da conduta própria e o exercício de outros poderes, que constitui um corolário inevitável. A magistratura é uma estrutura política autônoma, na verdadeira acepção de fato que a palavra autonomia contém, de conformidade com os estudos e análises comparadas das estruturas dos sistemas políticos tradicionais e modernos. A autonomia de uma estrutura política indica o grau de diferenciação acerca de outras estruturas, bem como sua capacidade de desenvolver recursos próprios de legitimidade, monopolizando, com êxito, o desenvolvimento das funções políticas específicas, na medida em que consegue evitar a competência das estruturas políticas alternativas. A magistratura, em seu significado flexível de adaptação às mudanças do regime, dispõe de uma soberania própria, limitada pela esfera de competências que são fixadas pela legislação. A legislação e o direito fixam o âmbito de competências de seu funcionamento. Todos os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, em que o dogma da plenitude do ordenamento jurídico se encontra, geralmente incompleto. Muitas vezes o poder da magistratura coloca-se em situações incertas. Entretanto, o monopólio do saber jurídico permite que a corporação profissional dos homens e leis, através do monopólio do saber jurídico, permita uma estrutura política diferenciada e competitiva. O primado da mediação judicial nos conflitos sociais, é um pressuposto da estabilidade de todo tipo de regime. A magistratura monopoliza a capacidade de fazer operativa a lei. O Estado moderno, esforça-se, conforme Bobbio, para fazer coincidir o direito e a lei. A legalidade que se realiza através do exercício do poder de normas jurídicas preestabelecidas, pressupõe a emancipação da magistratura, como pilar da ordem do Estado moderno, ou melhor, de todos os sistemas políticos evoluídos. Para Weber o elemento constitutivo do Estado moderno converte-se no monopólio do uso jurídico da força, exercido por

especialistas no uso do direito. As mudanças logradas pela teoria jurídica continental, da Escola do “Direito Livre”, entende que o direito considera aplicado pelo juiz, no *eventus judicii*. Muitas vezes, confunde-se um ato virtual, que decorre da responsabilidade formalmente política e a responsabilidade formalmente jurisdicional. O princípio da legalidade, a cuja tutela está constitutivamente predisposta a jurisdição, leva a magistratura a contribuir para o equilíbrio e a integração entre os componentes do sistema político. Esta faculdade do uso das relações do poder judicial e o poder político, debaixo da latitude constitucional em todo tipo de regime, com as variantes culturais, doutrinárias e ordenamentais, expressa-se no equilíbrio dos pesos e contrapesos entre poderes e legitimações paralelas e justapostas. Coloca-se a magistratura no número das instituições apolíticas neutras, destinadas à integração coativa dos interesses privados, individuais e de grupo, dentro de uma determinada concepção da sociedade civil e no interior da formação política. A integração ocorre mediante a regulação legal autoritária dos interesses ou ainda nas atividades não negociais e não vinculadas à produção de um consenso especificamente político, funcional e partícipe de uma legitimação compreensiva.

Por um típico fenômeno de constitucionalismo metodológico, identifica-se a separação da magistratura de princípios e formas de legitimação político-eletiva, com automática apoliticidade de sua ação intermediadora e sancionadora. Em decorrência dessa situação, o juiz é o árbitro direto da confrontação entre os interesses e o reconhecimento dos âmbitos de autodeterminação social. A magistratura é chamada a um trabalho de legitimação do sistema político e de seu funcionamento, através das interações dos autores que operam nesse processo. A magistratura pode definir temas e problemas de enfrentamento social que limitam o poder político, que demandam a auto-regulação da sociedade civil e do mercado, por via do poder judiciário. A legislação reguladora das sociedades complexas dos nossos tempos, ocorre em um clima em que o legislador percebe novas formas de reconhecimento e intermediação dos interesses, inclusive de ordem tecnológica. Estão presentes a intrínseca e pontual concretização da regulação jurisprudencial, propiciando a natureza reflexiva da sociedade moderna e a horizontalidade das interações internas, nem sempre encontradas nas posições codicistas dos grandes legisladores. A função jurisdicional, por via do magistrado, assume um papel que coloca em destaque as práticas políticas e a projeção da via jurisprudencial. A necessidade coletiva ou individual de uma demanda política contém soluções que orientam a ação político-administrativa. O juiz pode pré-constituir soluções, capazes de ativar problemas de competência política e democrática. É o juiz um verdadeiro *policy maker*, com condições de qualificar, significativamente o “estilo” de processos formativos e atuantes nas políticas públicas. É conveniente examinar o papel da magistratura no circuito *policy making*, que lhe dá um significado intenso e sistemático.

Pode-se entender uma diferença real entre as esferas da politicidade da magistratura, sendo que a politização do sistema judicial é um fenômeno de exceção episódica ou extraordinária, ligado às patologias do regime democrático.

Quando os teóricos das transições políticas falam da politização da magistratura, têm em mente um postulado simples e essencial: que a magistratura é um poder neutro, enquanto estranho a uma legitimação político-eleitoral. A falta de mandato

político-eleitoral não preclui, em absoluto, que a magistratura desenvolva um papel intensamente político na funcionalidade do sistema. Sua neutralidade formal estatutária pode interpretar-se pela magistratura como a habilitação, para uma função continuada do controle da legitimação do poder político, no exercício de suas funções representativas e decisórias. Só na fase de coesão, estabilidade de regime, aquela função pode permanecer latente, isto é, contida dentro do *policy making*. A politização improvisada da magistratura é a completa especificidade da intrínseca politicidade de sua ação. A politicidade está diretamente inserida no tronco da separação dos poderes. A atividade jurisdicional está vinculada e controlada diretamente em seus resultados, por órgãos políticos alheios à magistratura. A tutela da independência da magistratura está refletida nas garantias do juiz. Quando a magistratura assume formalmente posições políticas unitárias ou agregativas, situa-se uma estratégia política do governo ou do partido. Por várias razões o panorama histórico internacional é sempre realizado por formas ativas ou passivas de politização da magistratura e da atividade judicial.

A dimensão política da função judicial pode ser examinada sob diversos aspectos. Carlos María Cárcova analisando, a partir de R. Dworkin, até chegar a C. Schmitt, ressaltava aspectos das novas democracias e a crise da legalidade. Para esse autor, quando o papel da legalidade desvia-se do âmbito institucional, ela repercute nas relações interpessoais. Nessas circunstâncias os compromissos não são assumidos, as convenções não são cumpridas, ocorrendo a generalização da desproteção e da impunidade, formas deletérias da vida social. A banalização da juridicidade decorre de causas estruturais, que devem ser enfrentadas pelos novos procedimentos democráticos.

Convém ressaltar o papel da Justiça e das Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, que contribuem para um discurso doutrinário mais elaborado. A função judicial, própria de um poder do Estado, visa a realização dos princípios fundamentais sobre os quais se assenta a organização do sistema republicano e democrático, adotado pela Constituição nacional. O paradigma jurídico não deve ter apenas orientação formalista e instrumental encerrada nas dimensões tecnológicas do direito. Surgiram daí várias correntes críticas na Teoria jurídica. Alguns, como German Bidart Campos, chega a entender que a função de administração da justiça é política, por ser função do poder estatal³. O tribunal é poder, tem poder, exerce poder, comparte poder, governa e cogoverna. Não se trata de uma absorção dos outros poderes pelo Judiciário, nem uma quebra da tripartição divisória. Corporifica-se na função de administrar a justiça, ou seja, a justicialidade das questões em que a Constituição lhes habilita para tal.

A dimensão política da função judicial decorre de uma atividade que tem como finalidade alcançar a realização concreta e efetiva de princípios, valores, instituições e comportamentos sociais. Destaca-se aí, o papel dos direitos fundamentais, da liberdade, da igualdade e da nova concepção de cidadania. Não convém esquecer a distinção entre os limites do ativismo político do Poder Judiciário, fundamentalmente das Cortes Supremas ou dos Tribunais Constitucionais. Para Carl Schmitt o dado essencial da criação judicial estatal é atuar, volitivamente, no que denomina decisão política. Em

³ SAGUES, Néstor P. *Politicidad y apoliticidad da decisão judicial*, L. L. 25 de julho de 1981.

toda decisão, inclusive de um Tribunal, em forma processual, realizam-se subjunções do tipo concreto, na qual existe um elemento de pura decisão, que não pode ser derivado apenas do conteúdo da norma, pelo que se observa a força do decisionismo de Schmitt.

O lugar paradigmático que surge nas diferentes concepções acerca do direito e de suas funções, está ligado ao papel dos juízes, no que se refere à interpretação. Ocorre aí um espaço conceitual, no qual se confrontam os jusnaturalistas e os positivistas e outras espécies doutrinárias.

O protagonismo judicial é examinado nas suas manifestações como campo do direito anglo-saxônico e no continental europeu, sem se esquecer das formas que adquire na América Latina, na Ásia e na África. Nesses países a recondução democrática leva à relevância do papel de uma justiça independente.

A dimensão política da função judicial, em certas circunstâncias, aparece instalada no imaginário da sociedade, em que essa atividade aparece como instrumento final do funcionamento do sistema democrático. A sujeição do juiz à lei não está mais assentada no velho paradigma positivista, da sujeição à letra da lei, qualquer que seja seu significado. Trata-se de uma obediência à lei, quando é válida e coerente com a Constituição.

O modelo constitucional garantista⁴ da validade, já não é um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas à qualidade contingente da mesma, ligada à coerência de seu significado com a Constituição, mesmo nos momentos em que é remetida à avaliação do juiz. Não se pode considerar a lei em sua forma acrílica ou condicionada, mas submetê-la à hierarquia constitucional, garantidora dos direitos fundamentais nela consagrados. Está neste entendimento a "legitimação da jurisdição". O ativismo jurisdicional ressalta o papel do maior alcance do protagonismo dos juízes. Não apenas como intérpretes finais da legitimidade dos atos do poder, mas uma variedade de situações que decorrem da multiplicidade da temática judicial, que surge nas modernas indagações da Bioética.

A questão da complexidade leva ao questionamento sobre esta categoria da teoria social. Em Luhmann aparece esta problemática, como categoria teórica, apesar de sua concepção estar antevista em outros clássicos da sociologia moderna com Durkheim, Weber e Parsons.

Os grupos sociais alteram sua estrutura organizacional, durante o transcurso do tempo, de acordo com a lógica da diferenciação crescente. No interior do sistema da sociedade é possível distinguir um número maior de subsistemas: econômico, político, científico-jurídico etc. Eles possuem códigos funcionais e têm uma especialização autônoma. Cada subsistema tem disposição em resolver a complexidade que lhe ronda, estabelecendo novas distinções.

O tema da complexidade tem grande relevância para a teoria jurídica, no que se refere ao estado de circularidade cognitiva, alcançado pelos agentes ou sistemas.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio, Editorial Trotta, S. A., Madrid, 1995; CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1999.

Estas indagações não são novas para o debate teórico dos juristas. Ela conduz a uma confrontação epistemológica que, devido às correntes positivistas - analíticas, ignoram a validade de outros modelos que não sejam o tipo explicativo, isto é, monológico dedutivo, causalista e monista. As correntes hermenêuticas e críticas defendem a pertinência de um modelo compreensivo, que tenha em conta o conteúdo intencional dos atos, os aspectos teleológicos e a natureza comiscativa da interação social.

O conhecimento do direito é constitutivo dele próprio, desde que o discurso do mesmo reconduz à sua transformação. É nesse sentido que a juridicidade deve ser compreendida como um produto social, que se realiza no seio da comunicação lingüística.

A visão crítica e discursiva do direito implica em conceber o “papel dos juízes”, com referências à sua posição criativa, interveniente e teleológica. Devem atender os valores contidos nas normas, fundamentalmente as garantias básicas consagradas pelos ordenamentos jurídicos, também no que se refere à aplicação de seus efeitos sociais. A tarefa hermenêutica conjuga e articula vários elementos. Suas atividades levam à necessidade de tornar realizativas e eficazes as promessas consagradas pelos direitos fundamentais de cada ordenamento constitucional. Essas idéias levaram, na Itália, às correntes alternativistas, por meio da evolução da jurisprudência emancipatória da defesa do garantismo igualitarista (Ferrajoli, Senese, Accantatis e outros).

Dworkin, considerado um dos críticos do positivismo, ressalta o papel intenso dos participantes da argumentação jurídica, dentre os quais destaca o juiz. Ao mesmo tempo condena as teorias semânticas do direito, como o positivismo, o jusnaturalismo e o realismo⁵.

Os debates sobre a Teoria da Justiça são necessários para a compreensão de um modelo judicial adequado. Rawls, tocando nos princípios da justiça, afirma que o primeiro princípio da justiça assenta-se na afirmativa: toda pessoa deve ter um direito igual ao sistema total de igual liberdade básica mais extenso, compatível com um sistema similar para todos. O segundo princípio proclama: as desigualdades econômicas e sociais devem ser toleradas, de modo que ocorra melhor benefício para os menos favorecidos, consistente com o princípio da justa oportunidade, onde encontram as posições abertas a todas, de acordo com as condições impostas para uma justa igualdade de oportunidades⁶.

A idéia de uma sociedade justa é um foco teórico da moderna filosofia política e especial do Direito Político. Em John Rawls encontramos consolidado o paradigma

⁵ CÁRCOVA, Carlos María. *Derecho, Política y Magistratura*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1996; DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996; idem, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986; idem, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978; idem *The Philosophy of Law*, edited jos R. M. Dworkin, Oxford Readings in Philosophy, Oxford University Press, 1977.

⁶ RAWLS, John. *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971.

da Teoria da Justiça. A justiça deve ser compreendida como a primeira virtude das instituições sociais, entendimento que leva à compreensão do “direito válido” e do conteúdo do sistema jurídico. Este pressupõe a validade do sistema de normas, que tem sua força na efetividade, decorrente do esquema de interpretação.

A Constituição, tendo em vista a diversidade, procura tutelar a igualdade, levando em conta este pressuposto para a configuração do justo. Deve-se partir de um tratamento igual, levando em consideração a diversidade. O tratamento diferenciado tem de levar em conta a qualidade da diferença.

A autêntica tutela legal, no que se refere à diversidade de tratamento, ocasiona múltiplas interrogações, quanto ao campo de sua utilização e limites. A igualdade representa a categoria do equilíbrio entre convivência e liberdade⁷.

As reflexões contemporâneas sobre a justiça política são necessárias para a compreensão do modelo judiciário contemporâneo. Do debate entendeu-se que a estrutura de base da sociedade é efetivamente governada pela concepção política da justiça mais racional. Esta concepção é adotada graças a um consenso da compreensão da sociedade, constituída por uma maioria durável em relação àqueles que rejeitam esta concepção. As questões constitucionais essenciais e os problemas fundamentais da justiça estão vinculados às discussões políticas, para que se chegue a uma conclusão racional, sobre as bases específicas da concepção política racional da justiça.

A comparação entre a justiça procedimental e a justiça substancial, em Habermas, leva à compreensão da justiça como equidade, mais substancial do que procedimental. Sua teoria procedimental limita-se aos aspectos processuais do uso público da razão, desenvolvendo um sistema de direito, a partir de sua institucionalização juridicamente legítima⁸.

As reflexões sobre a reformulação do Poder Judiciário, vistas em uma profundidade que ultrapasse os aspectos apenas organizacionais, levam a múltiplas indagações que têm construído uma moderna Teoria do Poder Judiciário. Esta assenta-se no relacionamento entre Poder Judiciário e democracia, com reflexões até sobre as maneiras de seleção de seus membros⁹. Onde são destacados aspectos como:

a) As razões da importância política da Justiça, nos Estados democráticos;

⁷ SALVATORE, Veca. Filósofo, introduziu na Itália, o paradigma da Teoria da Justiça, nos ensinamentos de Filosofia Política. *Giustizia e liberalismo politico*, Introduzione e cura di Salvatore Veca, Elementi Feltrinelli Società, Milão, janeiro de 1996; ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. A cura di Giacomo Gavazzi, Piccola Biblioteca Einaudi, Giulio Einaudi editore s.p.a. Torino, 1990; BARILE, Paolo. *Libertà, giustizia, costituzione*, CEDAM, Padova, 1993.

⁸ HABERMAS, Jürgen. RAWLS, John. *Débat sur la justice politique*, Les E'ditions du CERF, Paris, 1997. Humanités, tradução do americano, com o concurso de Catherine Audard e do alemão por Rainer Rochlitz, obra publicada com o concurso do centro nacional do livro; idem, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996; idem, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, editado por Ciaran Cronin and Pablo De Greiff, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1998.

⁹ BELL, J. *Principles and Methods of Judicial Selection in France*, en Southern California Law Review, n. 61, 1988.

- b) Jurisdicização da política;
- c) Importância crescente da justiça na vida política: análise empírica e comparativa; convergências e particularidades;
- d) A magistratura: o estatuto dos juizes, recrutamento e formação;
- e) As garantias de independência e a carreira;
- f) Magistraturas burocráticas e Magistraturas profissionais;
- g) Definição da função do juiz;
- h) Sistema Judiciário: a estrutura;
- i) Acesso ao Judiciário: condições gerais que influenciam no acesso ao sistema judiciário;
- j) Ministério Público: o acesso à justiça, sobretudo em matéria penal;
- k) Os poderes do juiz: a estrutura do processo; o controle judiciário de constitucionalidade;
 - l) O desenvolvimento do Estado constitucional e a independência da magistratura;
 - m) Poder Judiciário e Democracia;
 - n) As raízes do intervencionismo judiciário;
 - o) Caracteres e implicações das diferentes ordens institucionais;
 - p) O crescimento do Poder Judiciário nas Democracias contemporâneas: análise de casos;
- q) As direções para uma Democracia Judiciária: uma evolução positiva; os perigos; a necessidade da compatibilidade da Democracia com um Novo Poder Judiciário.

Toda esta temática é detalhadamente utilizada por Carlo Guarnieri e Patrícia Pederzoli, em detido exame do Poder Judiciário¹⁰.

Mauro Cappelletti fornece uma ampla visão do Poder Judiciário, destacando sua relação com o princípio da democracia. A posição do Juiz e o direito jurisprudencial assumem papel relevante em seus trabalhos científicos. Em estudo de 1968, apresentava o primeiro estudo comparativo do conjunto de sistemas de justiça constitucional. Esses sistemas são estudados sob uma perspectiva comparativa, não meramente enumerativa e descritiva. Nessa significativa produção, convém destacar o direito jurisprudencial: objeto, método e limites substanciais. Daí surge a compreensão das relações entre julgamento e direito substancial, tendo como consequência a criação do direito pela obra dos juizes. Surge daí a indagação de saber se a função de juiz é simplesmente de interpretar e aplicar o direito ou participa ele próprio da atividade de criação do direito. O “direito jurisprudencial” é o método seguido em seu trabalho. Neste sentido indaga se “Interpretação” e “Criação do Direito” são dois conceitos que se opõem.

Os diversos aspectos dos limites, quanto ao fundo da criação judiciária, aparecem

¹⁰ GUARNIERI, Carlo. PEDERZOLI, Patrícia. *La puissance de juger Pouvoir Judiciaire et démocratie*, Prefácio de Antoine Garapon, Editions Michalon, Paris, 1996; HERRENDORF, Daniel E. *El Poder de los jueces. Cómo Piensan / los jueces que Piensan*, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1994, 2ª edição; PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Jurisdicción e Independencia Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

em apurado debate sobre a criação do direito reconhecido à jurisprudência, suas causas e efeitos. Da mesma maneira aponta o fenômeno moderno da revolta contra o formalismo. Muitas das conseqüências decorrem da legislação do Estado-providência, que tendo em vista a finalidade social, diferencia-se da legislação tradicional.

Os conflitos sociais e a proteção dos interesses coletivos e difusos geraram profundas transformações, devido ao aparecimento do Estado-providência e ao desenvolvimento das elaborações legislativas e atividades administrativas do Estado.

As declarações dos direitos fundamentais do homem e a justiça constitucional das liberdades refletem as grandes transformações pelas quais passa o direito e a vida judiciária¹¹.

As múltiplas perspectivas do controle judicial do exercício dos poderes discricionários da Administração, tema clássico da Teoria do Direito, merecem substancial estudo de Eduardo Garcia de Enterría, que trata da democracia e juízes, bem como do sistema de controle¹².

As preocupações das relações entre juízes e Constituição, a administração da Justiça, a organização da Justiça geraram diversas incursões, no tema em apreço. Vários assuntos passam a ocupar lugar de relevo, como:

- a) As normas que regem a administração da justiça;
- b) Os fundamentos constitucionais da administração da justiça;
- c) A administração da justiça e a repartição das competências normativas;
- d) A administração da magistratura;
- e) A carreira dos magistrados: o recrutamento;
- f) A hierarquia dos órgãos judiciários;
- g) O controle do exercício das funções: ação disciplinar;
- h) A administração das jurisdições;
- i) A obsolência das estruturas de gestão;
- j) As missões de impecção e de controle¹³.

As preocupações com a organização da justiça italiana, mereceram detalhado exame de Alessandro Pizzorusso, com destaque para o estudo da magistratura no sistema político e institucional¹⁴. Convém destacar que esse trabalho ressalta aspectos diferenciados da organização da Justiça, como: função jurisdicional e poder judiciário;

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Le Pouvoir des Juges*. Economica. Presses Universitaires D'Aix-Marseille. Collection Droit Public Pontif. Tradução de René David. Prefácio de Louis Favoreau, Paris, 1990.

¹² ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, Jueces y Controle de la Administracion*, Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1995; BACHOF, Otto. *Jueces y Constitucion*, Cuadernos Cívitas, S. A., Madrid, 1987.

¹³ RENOUX, Thierry. ROUX, André. *L'Administration de la Justice en France*. Presses Universitaires de France, Paris, 1994, 1ª edição; REBOLLO, Luis Martin. *Jueces y Responsabilidad del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

¹⁴ PIZZORUSSO, Alessandro. *L'Organizzazione della Giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Piccola Biblioteca Einaudi, Turim, 1985; TREMPES, Paulo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

jurisdição constitucional; justiça e política; jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária; justiça e administração; independência do juiz no sistema de impugnação da sentença; a reserva de lei, em matéria de ordenamento judiciário; a magistratura no sistema político; democracia participativa e atividade jurisdicional: o controle da opinião pública sobre a atividade judiciária; os conflitos entre o Poder Judiciário e outros poderes do Estado; organização administrativa da jurisdição; órgão judiciário e órgãos da administração da justiça; Conselho Superior da Magistratura; órgãos judicantes; órgãos judicantes colegiais e individuais; o princípio do juiz natural; eficácia do precedente; função e natureza do Ministério Público; polícia judiciária; defesa pessoal e defesa técnica; os ordenamentos da advocacia; advocacia do Estado; os auxiliares da defesa; o magistrado como empregado público; a progressão na carreira: o magistrado e o exercício da liberdade constitucional; responsabilidade disciplinar e responsabilidade profissional.

As preocupações com a reforma do Poder Judiciário, para sua efetividade e aprimoramento, como um dos elementos componentes do Estado contemporâneo, com vistas às novas concepções que decorrem do Direito Internacional, do Direito Comunitário e do Direito de Integração podem ser vistas em seus mais diversos sistemas jurídicos, mesmo naqueles em que a Justiça tem um desempenho significativo.

Anne Deysine afirma que a Justiça dos Estados Unidos fascina. A Corte Suprema, em todas as épocas, destaca-se perante os juízes e advogados, em todos os momentos da história americana.

A Justiça americana tem a particularidade de ser uma virtude e uma instituição. O quadro jurídico norte americano decorre da existência de um nível federal, resultante de uma Constituição escrita.

No que se refere à hierarquia das fontes do direito, a Constituição estabelece um acordo formal entre estados. Decorre daí a hierarquia das fontes do direito e das leis, através dos atos do Executivo (*executive orders*) e das decisões das agências administrativas. Quanto ao poder legislativo destaca-se o direito legislado (*statutory law*) a nível federal e dos Estados, que assumem importância crescente, no plano qualitativo e quantitativo.

A Constituição dos Estados Unidos e aquelas dos Estados federados deferem aos legisladores a responsabilidade de votar a lei, de conformidade com o respeito aos princípios constitucionais. Neste sentido destacam os três princípios fundamentais:

- o respeito ao precedente judiciário. Isto é, a regra do *stare decisis*, em virtude da qual os litígios devem ser resolvidos à luz dos princípios decorrentes da experiência judiciária do passado e não por dedução de regras estabelecidas, arbitrariamente pela vontade soberana;
- o recurso ao juiz popular, para decidir, sobre os pontos de fato do litígio;
- a supremacia do direito, em decorrência da submissão de todas as pessoas físicas ou morais de direito privado e de direito público às regras jurídicas¹⁵.

¹⁵ DEYSINE, Anne. *La justice aux Etats-Unis*, PUF, Paris, 1998, p. 17; BURGESS, Françoise. *Les Institutions Américaines*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, 6ª edição; HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Laws. 1780-1860*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1977; MORTON J. Horwitz. *The Transformation of American Law 1870 - 1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1992;

A eqüidade, nascida na Grã-Bretanha, tem como missão completar o direito da *common law*, em razão de suas lacunas, quando não se permite a uma pessoa lesada obter reparação, por um dano. A eqüidade é um conjunto de regras que surgiram na Inglaterra, para completar, em certo momento, a revisão sistema, que a *common law* considerou insuficiente e inapropriada.

A regra do precedente leva à obrigação do juiz a referir-se aos precedentes, isto é, às decisões anteriores. Este princípio de aplicação, estrita na Grã-Bretanha, é empregado de maneira constante nas decisões da justiça. A regra do precedente foi explicitada na Grã-Bretanha, por Blackstone e Kent, que permite acolher as condições sob as quais uma decisão deve satisfazer, para tornar-se precedente.

As modalidades da aplicação da regra do precedente provêm da distinção entre o direito principal (*holding* ou *ratio decidendi*) e secundário (*obter dictum*) e a técnica das distinções (*distinguishing*) que permitem conferir a um precedente autoridade reduzida ou persuasiva (*persuasive*) ou ao contrário obrigatória (*binding*). O *holding* corresponde à regra do direito sobre a qual repousa a solução jurídica dada ao negócio jurídico.

A Corte Suprema dos Estados Unidos situa-se como paradigma do equilíbrio constitucional; nasceu, ao mesmo tempo, dos outros dois poderes ou braços do governo. A história da Corte Suprema é profundamente marcada pela personalidade ou idéias de seu *Chief Justice*, sendo que diversos fatores intervieram para essa prática: no que se refere à época (as teorias jurídicas e econômicas em vigor); a personalidade forte ou não do Presidente e a atitude dos Justices; a reserva ou o ativismo judiciário, para manter certas orientações jurisprudenciais.

O modelo constitucional traz diversas conseqüências, na atuação do Poder Judiciário. A tutela constitucional dos direitos fundamentais, perante as Cortes Constitucionais, é um dos passos mais significados para uma nova visão da jurisdição constitucional. É nesse sentido que o processo constitucional transforma-se na técnica de proteção dos direitos fundamentais, principalmente quando os direitos fundamentais adquirem uma posição essencial, no direito contemporâneo. O significado é a importância fundante dos direitos do homem, consolidam a democracia, em vista dos textos dos juízes e dos princípios constitucionais. Os modernos estudos sobre direitos e liberdades fundamentais, a cada dia, ampliam as justificativas sobre os novos direitos fundamentais, com repercussões como: as generalidades; o indivíduo na esfera privada; o cidadão; a justiciabilidade; o fator econômico e social¹⁶.

TRIBE, Laurence H. *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985; SMITH, Rogers M. *Liberalism and American Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985.

¹⁶ ROMBOLI, Roberto. *La tutela dei diritto fondamentali davanti alle Corte costituzionale*, G. Giappichelli editore, Turim, 1994; PERRY, Michel J. *The Constitution, the Courts, and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the judiciary*, Yale University Press, New Haven and London, 1982; RIVERO, Jean. *Le Conseil Constitutionnel et Les Libertés*, Economica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Paris, 1987; *Droits et libertés fondamentaux*. Sob a direção de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, Obra Coletiva, Dalloz, Paris, 1996, 3ª edição; LEBRETON, Gilles. *Libertés publiques & droits de l'Homme*, Armand Colin, Paris, 1996, 2ª edição; Harichaux, Michèle. *La protection des libertés et droits corporels*.

Na compreensão do papel da jurisdição constitucional sobressai-se a noção de garantia da Constituição, vinculando-a aos diversos procedimentos que efetivam a proteção judicial dos direitos fundamentais. A recepção dos direitos fundamentais, nas Constituições, como normas de natureza constitucional e dotadas de supralegalidade, é um momento importante do reconhecimento e da efetiva proteção dos direitos fundamentais. Apenas a consagração constitucional, não foi condição suficiente para assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais. Em muitos casos, a Constituição reconhece os direitos fundamentais, relegando sua regulamentação à lei ordinária¹⁷.

O acesso à justiça, a responsabilidade dos juízes e as instituições judiciárias completam o variado temário para a reestruturação moderna do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional para a sociedade contemporânea, a nível interno e internacional, nas suas formulações democráticas.

O acesso à justiça é considerado como corolário da igualdade dos direitos, pois ele determina as relações entre os homens. Desde as dificuldades em avaliar os diversos aspectos de um processo, até a sua plena efetividade, encontramos a complexidade da matéria.

O princípio da igualdade dos direitos supõe a possibilidade, para cada cidadão, do poder de recorrer à justiça. Facilitar o acesso dos desprotegidos à justiça, é uma preocupação tradicional. Desde a longa história da assistência judiciária, às estruturas, a instrução das demandas, os advogados, surgiram várias respostas, em vários países, dos problemas do acesso à justiça, com exame do tema na Bélgica, Espanha, Estados Unidos, Grã-Bretanha, Itália, Países Baixos, Quebec, República Federal da Alemanha, Suécia e Suíça etc, com referência a:

1- Convém escolher um financiamento público ou privado?

2- Deve-se ter ou não juristas exclusivamente encarregados da defesa de interesses dos beneficiários da ajuda judiciária?

Libertés et Droits Fondamentaux, Montchrestien, Paris, 1995; HEYMANN-DOAT, Arlette, *Libertés publiques et droits de l'homme*. L.G.D.J. Paris, 1994, 3ª edição; TURPIN, Dominique. *Les libertés publiques Théorie générale. Libertés de l'esprit. Liberté individuelle, Libertés sociales*, Dunod, Paris, 1995; MORANGE, Jean. *Les libertés publiques*. Presses Universitaires de France, Paris, 1979; COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 1975, 5ª edição; TURPIN, Dominique. *Les libertés publiques. Théorie générale des libertés publiques, Regime juridique de chacune des libertés publiques*, Gualiano éditeur, Paris, 1996, 3ª edição.

¹⁷ CERRI, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milão, 1994; ANZON, CARAVITA, B. Luciani; M. Volpi. *La Corte Costituzionale e Gli Altri Poderi Dello Stato*, G. Giappichelli editore, Turim, 1993; LUTHER, Jörg. *Idee e Storie di Giustizia Costituzionale Nell'Ottocento*, G. Giappichelli Editore, Turim, 1990; SORRENTINO, Federico. *Lezioni Sulla Giustizia Costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Turim, 1995; ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale de Processo Civile Italiano*, Corso di lezioni, G. Giappichelli Editore, Turim, 1990; CAPPELLETTI, Mauro. *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1973; MORÓN, Miguel Sánchez. *Justicia constitucional*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1994; MORILLO, Joaquín García. *La protección judicial de los derechos fundamentales*, tirant lo blanch alternativa, Valencia, 1994.

3- É possível prever uma gratuidade total para os beneficiados¹⁸ ?

A segurança da proteção jurídica consiste no fornecimento de benefícios, através de meios jurídicos e financeiros para atender às necessidades, para chegar a uma solução justa, em qualquer litígio, fazendo valer os direitos de defesa, nos mais amplos caminhos que percorre a sociedade civil democrática.

Os sistemas jurídicos e as formas de controle jurisdicional, através de uma visão da independência do juiz ao poder político, à luz do Direito Comparado, leva a reflexões necessárias à compreensão da natureza do Poder Judiciário e do sistema jurisdicional, por meio de Cortes ou Tribunais Constitucionais¹⁹.

A Jurisprudência Constitucional, tendo em vista a sua força hermenêutica, opera o crescimento constante dos direitos essenciais da cidadania, para alterações profundas de pontos substanciais da vida do homem em sociedade, que em muitos momentos ocorrem pelo crescimento de direitos não escritos e pelo aperfeiçoamento dos sistemas de controle e efetivação das garantias constitucionais decorrentes diretamente da Constituição ou pelo dinamismo da criação jurisprudencial²⁰.

¹⁸ RIALS, André. *L'Accès a la Justice*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, 1ª edição, p. 53; AROCA, Juan Montero. *Independencia y responsabilidad del Juez*, Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1990; RÉGOLI, Hervé. *Institutions judiciaires*, Dalloz, Paris, 1996.

¹⁹ VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, CEDAM, 1993, 4ª edição, p. 306 e ss; *Justiça constitucional e espécies, Conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas*. VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Tribunal Constitucional, Lisboa, 1987.

²⁰ MATA, Antonio Cano. *El control de garantías por el Tribunal Constitucional y outros estudios*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales, de Derecho Reunidos, Madrid, 1984; VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; MATA, Antonio Cano. *Comentarios à Ley Organica del Tribunal Constitucional*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986; RIVAS, Juan Jose Gonzalez. *La justicia constitucional: Derecho Comparado y Español*, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; GARCÍA, Enrique Alonso. *La Interpretacion de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; *Recueil de jurisprudence constitutionnelle, 1959-1993. Décisions DC-L-FNR-I du Conseil Constitutionnel*, reunidas por Louis Favoreu, Litec, Librairie de la Cour de cassation, Paris, 1994; IRONS, Peter. *The Courage of Their Convictions Sixteen Americans Who Fought Their Way to The Supreme Court*, The Free Press, A Division of Macmillan, Inc. New York. Collier Macmillan Publishers, Londres, 1998.