

A constituição de 1988 e a nova dimensão do poder judiciário

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça¹

Cezar Luiz Bandiera²

Resumo: O presente trabalho apresenta uma análise histórica do surgimento e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, dando ênfase em sua estrutura, especialmente no que tange à divisão de seus poderes. É abordado o papel do Poder Judiciário como ferramenta de controle da atuação típica dos poderes legislativo e executivo, sua função como instrumento garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos, concretizado através do acesso à justiça. Os procedimentos metodológicos adotados para o desenvolvimento deste trabalho foram, quanto aos meios, bibliográficos e, quanto aos fins, descritivos e explicativos. Conclui-se que, embora o Poder Judiciário seja o elo mais frágil na tripartição de poderes, em virtude de, via de regra, ser mero aplicador de leis por ele não produzidas, desempenha papel de suma importância na manutenção do equilíbrio da atuação estatal, como verdadeiro moderador na atuação do Estado a fim de equilibrar suas ações tendo como norte a aplicação do Direito, especialmente os direitos e garantias fundamentais agasalhados na Constituição Federal e nos Tratados de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Poder Judiciário, Tripartição de Poderes, Estado Democrático de Direito, Freios e Contrapesos.

The 1988 constitution and the new dimension of judicial power

Abstract: This paper aims to make a historical analysis of the emergence and development of the law of a democratic state, with emphasis on its structure, especially regarding the separation of powers. The judiciary's role will be addressed as a control tool of the typical activities of legislative and executive powers, its role as guarantor instrument of fundamental rights of citizens, achieved through access to justice. The methods adopted for the development of this work were, as to the means, bibliographic and, as to the purposes, descriptive and explanatory. In conclusion, the judiciary despite being the weakest link in the tripartite division of powers, because of, as a rule, be mere applicator laws for him not produced, plays an extremely important role in maintaining the balance of state action as real moderator in state action in order to balance their actions having as north the application of the law, especially the rights and bundled fundamental guarantees in the Constitution and human rights treaties.

Keywords: Judicial Power, Tripartism Powers, Democratic State, Brakes and Counterweights.

1 Pós-doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional - Mestrado e Doutorado - e professora do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE).

2 Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (1977). Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Manaus do Estado do Amazonas. Doutorando em Direito Constitucional DINTER/UNIFOR/CIESA.

Introdução

Desde o início do surgimento da Teoria da Tripartição dos Poderes, o Poder Judiciário, ao contrário dos demais, sempre foi deixado à margem, sofrendo constantes alterações conforme a situação política vigente em cada momento histórico.

Entretanto, desde a implantação das atividades judiciárias no Brasil, ocorrida por volta de 1532 até os dias atuais, o Poder Judiciário sofreu grande evolução, não somente em sua estrutura física e administrativa, mas também no desempenho de seu papel, deixando de ser mero executor de normas. Com a promulgação da Constituição de 1988 houve uma mudança “radical”, na medida em passou a lhe ser atribuído papel inovador, garantindo-lhe verdadeira autonomia institucional e maior estabilidade.

Assim, o Poder Judiciário, a partir da Constituição de 1988 passa a destacar-se na implementação de uma atuação democrática e republicana em toda a sua extensão atuando com maior proficiência em relação à justiça social. Deixa o papel de mero cumpridor de normas editadas pelo legislativo e assume a responsabilidade, não somente de intermediar situações de conflitos que lhe são expostas como também de limitar as atividades dos demais Poderes, mas, sobretudo de impor prestações positivas destes, de forma a melhor efetivar princípios constitucionais. Pode-se dizer então que o Poder Judiciário assume verdadeiro papel de guardião do Estado Democrático de Direito.

O sistema de freios e contrapesos e o Estado Democrático de Direito

Desde os primórdios, o homem sempre buscou viver em sociedade junto com os outros da mesma espécie, formando pequenos agrupamentos que deram origem a sociedades bem mais complexas.

Existem algumas teorias importantes acerca da formação das sociedades, sendo que aqui destacam duas, sobretudo: a primeira, denominada “naturalista”, a mais aceita atualmente. Defendida por Aristóteles (384 a.C - 322 a.C), Cícero (106 a.C - 43 a.C) e São Tomás de Aquino, (1.225 d.C - 274 d.C) que se reporta a sociedade como um vínculo natural. O homem se reuniria em grupos não somente com o propósito de satisfazer necessidades materiais, mas para, através da cooperação mútua satisfazer os fins de sua existência, como os objetivos morais, intelectuais e espirituais. Aristóteles, em sua obra “A Política” (367 a.C – 323 a.C) traz a ideia de que o homem é um ser social por natureza ao afirmar que “O homem é naturalmente um animal político” o que é corroborado por São Tomás de Aquino ao afirmar, na obra “*Summa Theologica*” (1.265 d.C – 1.273 d.C) que “o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade.” Cícero, por sua vez, em sua obra “Da República”, explica que:

a primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar apoio comum (Cícero, Da República, I. 15 *apud* DALLARI, 2011, p. 22).

Por outro lado, temos a segunda corrente, endossada pelos pensadores e filósofos denominados Contratualistas, defensores da formação da sociedade por simples acordo de vontades, não possuindo relação com qualquer impulso associativo natural. Mero contrato hipotético celebrado entre os homens teria o objetivo de organizar o caos natural fruto de egoísmos, intrínseco ao ser humano que não encontram limite de qualquer natureza. Muitos são os que defendem essa tese, dentre os contratualistas mais conhecidos destacam-se: Thomas Hobbes (1588-1679); John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), e Montesquieu (1689-1755). Para esses autores a premissa fundamental era de que o Estado havia se formado

a partir de um contrato social, em outras palavras, do princípio de que o Estado foi constituído a partir de um contrato firmado entre as pessoas, no sentido de um acordo, ou seja, de um contrato como um consenso. A centralidade da ideia que demarca a formação do Estado estaria no fato de que este se originou de um consenso das pessoas em torno de alguns pontos essenciais para garantir sua existência social. Evidente que entre os autores não havia pleno consenso, no entanto, as divergências não deixaram de consolidar o pacto.

Em verdade, Thomas Hobbes traz em sua obra intitulada “O leviatã” (1651) a sistematização da ideia do contrato social, explicando que, primordialmente, o ser humano vivia em “estado de natureza”, estado em que o homem não encontra reprimendas de quaisquer natureza para suas ações. Hobbes acreditava “que o homem é o lobo do próprio homem” e neste sentido, haveria um desejo de destruição. Para manter o domínio sobre o próprio homem, em relação, por exemplo, a concorrência, as disputas, as competições, mesmo em relação ao estado de guerra, faz-se necessário criar um poder que se efetive para além das pessoas individualmente para que o instinto destrutivo do homem seja dominado. Neste sentido, surge o Estado, caracterizado como uma forma de controlar os “instintos de lobo” que existem no ser humano e, assim, garantir a preservação da vida das pessoas. Para que isso aconteça, é necessário que o soberano tenha amplos poderes sobre os súditos. Os cidadãos devem transferir o seu poder ao governante, que irá agir como soberano absoluto a fim de manter a ordem (FRITZEN, 2013).

Assim, a liberdade e a falta de mecanismos de controle tem como resultado um eterno estado de vigilância e preocupação, pois, uma vez que todos os homens gozam da mesma liberdade estão sempre sobre a constante ameaça de que o outro venha a lhe ferir a integridade ou lhe tomar seus bens, configurando o chamado estado de “guerra de todos contra todos”, onde cada um é governado por sua própria razão.

Portanto, diante da necessidade de “freios” e de “controles” efetivados através da interferência da racionalidade humana, surgiria a ideia do contrato social onde, na busca pela paz entre os homens, estes, concordaram em renunciar ao seu direito ilimitado, estabelecendo uma vida em sociedade.

Desta lei fundamental de natureza, mediante a qual se ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. Porque enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira todos os homens se encontrarão numa condição de guerra. Mas se os outros homens não renunciarem a seu direito, assim como ele próprio, nesse caso não há razão para que alguém se prive do seu, pois isso equivaleria a oferecer-se como presa (coisa a que ninguém é obrigado), e não a dispor-se para a paz. É esta a lei do Evangelho: Faz aos outros o que queres que te façam a ti. E esta é a lei de todos os homens: Quod tibi jieri non vis, alteri ne feceris (O Leviatã, Part. I, Cap. XIV).

Entretanto, se faz necessário à existência de um poder concreto responsável por fiscalizar, limitar e colocar freios, nas ações humanas, bem como um poder punitivo para, através, do temor, garantir o respeito ao contrato social, nascendo, dessa forma, a figura do Estado, para limitar direitos individuais e resolver as dificuldades decorrentes das divergências de opiniões, para garantir a harmonização de interesses individuais diversos, dando prioridade aos interesses coletivos, mas, sobretudo para exercer a justiça plena e cidadã [social] contra as incomensuráveis iniquidades.

Montesquieu, por outro lado, ao mesmo tempo em que corrobora a teoria contratualista, ao atribuir somente a razão humana à formação das sociedades, manifesta entendimento contrário a Hobbes quanto a natureza inicial do homem. Para Montesquieu, na obra “O espírito das Leis”, os seres humanos em seu estado natural não seriam egoístas, mas sim fracos, tímidos e cheios de necessidades; todos compartilhariam um sentimento de igualdade, motivo pelo qual não necessitariam atacar uns aos outros. Estabelece quatro leis naturais, sendo a paz a primeira lei natural.

Neste estado todos se sentem inferiores; no limite, cada um se sente igual aos outros. Não se procuraria, então, atacar, e a paz seria a primeira lei natural. [...] Ao sentimento de sua fraqueza, o homem acrescentaria o sentimento de suas necessidades. Assim, outra lei natural seria aquela que lhe inspiraria a procura da alimentação. Eu disse que o temor levaria os homens a fugirem uns dos outros: mas os sinais de um temor recíproco encorajariam-nos a se aproximarem. Aliás, eles seriam levados a isto pelo prazer que um animal experimenta ao sentir a aproximação de outro animal de sua espécie. Além disso, o encanto que os dois sexos inspiram um ao outro devido a sua diferença aumentaria este prazer; e apelo natural que sempre fazem um ao outro seria uma terceira lei. Além do sentimento que os homens têm em primeiro lugar, ainda conseguem possuir conhecimentos; assim, possuem um novo motivo para se unirem; e o desejo de viver em sociedade é uma quarta lei natural (MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, Livro I, Capítulo II).

Em síntese, o que Montesquieu propugnava é que a lei deve buscar a pacificação social – Esse é o Espírito das Leis. Dito de outro modo, este filósofo ao colocar que a liberdade e igualdade (contratualistas) devem ser reguladas com Leis reafirma não apenas O Espírito das Leis, mas cria a Teoria dos Três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) como forças políticas similares, respeitando as atribuições de cada um com base na lei (Constituição). Dividir a unidade do Estado entre os esses Poderes o qualifica (aprimora) justamente para não haver “concentração” de poder, e ao mesmo tempo para afirmar que “devemos conhecer o mundo para dominá-lo. Devemos buscar a felicidade, a equidade (pressuposto da justiça), e assim formar o Estado Moderno”.

Rousseau, por sua vez, um dos mais famosos contratualistas, retomando a linha de pesquisa de Hobbes, explica que o homem celebra o contrato social como um modo de garantir e assegurar a força e proteção ao mesmo tempo em que resguarda sua liberdade. Nesse sentido: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça por tanto a si mesmo, e permaneça tão livre quanto anteriormente” (ROUSSEAU, Contrato Social, Capítulo I, VI).

Por fim, assim como Hobbes e Rousseau, John Locke é considerado um pensador contratualista. Para o pensador a sociedade civil moderna deve ser instituída e organizada a partir de um contrato entre todos os indivíduos. Locke também parte do estado de natureza passando pelo contrato até chegar ao governo civil. O estado de natureza de Locke não é de inimizade e de guerra como o foi para Hobbes. Em Locke no estado de natureza os indivíduos estão regulados pela razão, há uma organização pré-social e pré-política onde todos nascem com os direitos naturais: vida, liberdade e a propriedade privada. Sobre a razão natural: “Ensina a todos os homens, que, sendo todos iguais e livres, nenhum deve prejudicar o outro, quanto à vida, à saúde, à liberdade, ao próprio bem”. E, para que ninguém empreenda ferir os direitos alheios, a natureza autorizou cada um a proteger e conservar o inocente, reprimindo os que fazem o mal, direito natural de punir [...]. Locke afirma que os homens se juntam em sociedades políticas e submetem-se a um governo com a finalidade principal de conservarem suas propriedades, pois o estado natural não garante a propriedade. O Estado é soberano, mas sua autoridade vem somente do contrato que o faz nascer: este é o fundamento liberal do pensamento de Locke.³

Essas diversas concepções e associações de indivíduos e de configurações de estado dariam origem às sociedades. A teoria mais aceita, atualmente, é a teoria naturalista, sem, contudo negar-se a participação da vontade humana. Fato é, que independente dos motivos de sua formação, as sociedades possuem elementos caracterizadores, quais sejam: a finalidade, que seria o “bem comum”, ou a busca de condições para que cada homem consiga atingir seus respectivos fins individuais; manifestações de conjunto ordenadas para a realização da finalidade e o poder social (MONTESQUIEU, 2019).

A evolução desses agrupamentos sociais e a necessidade de um centro de poder concreto deram

3 A propósito consultar o texto de Cremonese (2016).

origem ao Estado Moderno, ente soberano, com território próprio, um povo e uma finalidade: garantir a preservação do interesse coletivo, interesse esse que consistiria na vontade geral, no interesse comum, assegurando a harmonia diante de um pluralismo social complexo.

Madison na Obra “O Federalista”, nº 51, (1788) nos lembra da importância do Estado, do governo para atingir o bem comum, ao questionar “Mas afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governo” (DALLARI, 2011).

O Estado então, através de seu poder dominante, dispendo de forças e meios de coerção, surge como uma solução, criando regulamentações que beneficiam a coexistência dos homens. Entretanto, a noção de Estado Democrático de Direito - governo do povo somente surge no Século XVIII trazendo como premissas: o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito, governantes e governados são igualmente sujeitos às determinações da lei.

No fim do século XVIII, a burguesia revoltada com o abuso de poder por parte dos monarcas e buscando implantar um novo modelo de organização social que limitasse o poder do rei colocou fim ao período absolutista, caracterizado por um estado de um soberano com poder ilimitado acima de tudo, um poder autoritário. (ANDERSON, 1998). Com a queda do antigo regime e, influenciado pela Revolução Inglesa, que teve como fruto a declaração conhecida como “*Bill of Rights*” em 1689, a Revolução Americana, que deu origem a Declaração de Independência das 13 colônias, em 1776, e pela Revolução Francesa, que resultou na promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, surgiu o Estado Democrático de Direito proclamando os direitos naturais da pessoa humana e a obrigação Estatal pela sua preservação e consecução.

Afastou-se da ideia de que o poder era dado por uma entidade divina [estado teocrático] e concluiu-se que o poder da sociedade deveria, na verdade, vir das pessoas que a constituíam. Acelerou-se o rompimento entre os interesses da Igreja e do Estado e se passou a falar da necessidade de preservar direitos que seriam inalienáveis a todos os homens, os denominados “direitos humanos”.

O marco mais significativo da mudança do Estado Medieval para o Estado Moderno, isto é, o Estado Democrático de Direito, ocorreu em 1789, a partir da Revolução Francesa que resultou na proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marco inicial do Estado moderno, cujos três primeiros artigos resumem a força da condição de direitos humanos.⁴

Importante destacar que com a construção desse novo modelo de Estado surge também a teoria do “Sistema de Freios e Contrapesos” que toma lugar de destaque como um dos elementos essenciais para melhor concretização do Estado Democrático de Direito. Tal teoria consiste na divisão de poderes do Estado como forma de evitar o estabelecimento de novos governos ditatoriais e absolutistas e, posteriormente passou-se a acrescentar a esse objetivo a busca pela maior eficácia e efetividade estatal através da distribuição de funções em órgãos especializados. Na obra “O Federalista”, Hamilton, Madison e Jay (1787-1788) expõem brilhantemente que: “A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos, ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria definição da tirania”.

4 “Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum. Art. 2º. O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

Os seres humanos são, por natureza, ambiciosos, vingativos, egoístas, invejosos, assim, tendem à, quando dotados de poder, abusar dele. É com base nesse conhecimento da natureza humana que surge a ideia de se criar mecanismos para evitar a tirania dos governantes, um meio para coordenar os interesses sociais diferentes, garantindo que o detentor do poder não se utilize deste para concretizar interesses individuais. Daí então a importância da Teoria da Separação dos poderes. Nesse sentido: “A limitação do poder, dada essa sua natureza intrínseca, só pode ser obtida pela contraposição de outro poder, isto é, o poder freando o poder”(LIMONGI, 2008).

Vale lembrar, que as bases dessa teoria foram primeiramente lançadas, ainda que de modo rústico, por Aristóteles que afirmava ser injusto e perigoso atribuir a um só indivíduo o exercício do poder (ARISTÓTELES, 2009). Dessa visão, gradativamente foi sendo consolidado o princípio da Separação dos Poderes para que se chegasse ao atual modelo.

Ainda, Montesquieu em sua obra *De L'Esprit des Lois* afirma que: quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esses monarcas ou esse senados façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

No século XVI, Maquiavel, na obra “O príncipe” nos apresenta a Teoria mais consolidada e já em aplicação na França com a separação do poder em três: legislativo, judiciário, executivo, bastante similar a atualmente adotada em todos os Estados Democráticos de Direito, com poderes harmônicos e independentes entre si.

Por fim, foi em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrou o referido princípio dispondo que: toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição (art. XVI).

Entretanto, devemos nos questionar, será que realmente existe uma efetividade da separação de poderes? Ou existe entre os poderes algum que se sobressai ou que possui maior poder? Ora, de fato, verifica-se que nos governos Monárquicos, existe constante ameaça de interferência do executivo. Por sua vez, na República, observa-se maior poder concentrado no poder legislativo, responsável por fazer as leis e fiscalizar, o qual tem sua legitimidade assegurada, uma vez que se constitui [ou deveria se constituir] em ‘legítimo’ representante do povo. Por outro lado, podemos dizer que temos o judiciário como poder mais fraco, uma vez que este não possui poder de iniciativa, assim é necessário reforçar os outros poderes para frear o legislativo. Na verdade, a história da evolução do Poder Judiciário nos mostra que este sempre acompanhou as mudanças políticas, passando por vários períodos em que gozou de pouca ou nenhuma independência.

A evolução histórica do poder judiciário

O poder judiciário, um dos três poderes da República, possui grande importância no papel de contribuir para a implementação da Democracia, em um estado republicano. Segundo afirma Hamilton na Obra “O Federalista”, nº 15:

Governar subentende o poder de baixar leis. É essencial a idéia de uma lei que ela seja respaldada por uma sanção ou em outras palavras, uma penalidade ou punição pela desobediência. Se não houver penalidade associada à desobediência as resoluções ou ordens que pretendem ter força de lei serão, as resoluções ou ordens que pretendem ter força serão, na realidade, nada mais que conselhos ou recomendações.

O autor expressa a ideia de que a única forma de criar um governo central, que realmente mereça o nome de governo, será capacitá-lo a exigir o cumprimento das normas dele emanadas. Assim, ao Poder

Judiciário cabe a honrada e importante tarefa de garantir o cumprimento da lei, bem como, de aplicar as sanções cabíveis pelo seu descumprimento, sempre se atinando ao espírito de justiça.

Inegável que o Poder Judiciário diante dos demais poderes, tende a ser mais fragilizado, em função de não possui recursos e meios, ficando a mercê do executivo, embora caiba ao poder judiciário assegurar os direitos sociais visando garantir uma existência digna ao indivíduo e à sociedade, com vistas a conferir uma carga axiológica ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Executivo que representa o Estado arrecadador tem o dever de implementar e oferecer, ao Poder Judiciário, assim como aos indivíduos e a sociedade, os recursos para assegurar os direitos em relação às demais atividades estatais.

Entretanto, cabe a este poder a limitação dos demais poderes em relação ao campo da legalidade, assegurando as garantias da cidadania, dos direitos sociais e da efetiva justiça social, efetivando o sistema de freios e contrapesos limitando ou restringindo a preponderância de um poder sobre o outro. Todavia, é flagrante que, na prática, o poder Executivo, em todas as suas esferas, nem sempre cumpre o aludido mandamento constitucional. A justificativa encontra abrigo na escassez de recursos orçamentários, denominada pela doutrina de “cláusula da reserva do possível”.⁵

Destarte, no decorrer da história, verifica-se que a evolução do Poder Judiciário caminha junto com a história política constitucional brasileira. Desta forma, para melhor compreendermos o papel desempenhado pelo Poder Judiciário atualmente, a partir da Constituição de 1988, devemos proceder a uma análise de seu desenvolvimento histórico.

A atividade jurisdicional teve início no Brasil em 1532 quando foi iniciado o povoamento e ocupação das novas terras com a implantação do Sistema de Capitánias Hereditárias e, em 1549, a atividade jurisdicional no âmbito do Brasil colonial passou a ser centralizado nas mãos do Governador-geral, na época, Tomé de Sousa, que em 1549, em Salvador, criou a primeira cidade no Brasil. Ainda em 1549, com a vinda dos Jesuítas ao Brasil, com apoio de Tomé de Sousa, teve início o período da religião cristã na história do país. Foi nessa época da primeira fase da colonização brasileira, notadamente voltada à ocupação do território, marcada pela estrutura fundiária e baseada na grande propriedade rural, o latifúndio, que o direito e a liberdade eram medidos pelas forças das armas.

Já em 1609 foi criado o primeiro tribunal responsável por julgar apelações. Denominado Tribunal de Relação da Bahia, foi posteriormente implantado no Rio de Janeiro e é considerado um embrião dos atuais Tribunais de Justiça Estaduais. Suas decisões poderiam ser impugnadas para o órgão de última instância, denominado “Casa de Suplicação”, localizado em Lisboa.

Vale lembrar que no início do século XIX com a crise do Antigo Regime português, quando, em janeiro de 1808, o navio trazendo o Príncipe Regente e a corte portuguesa, em fuga de Napoleão, abarcou no Brasil. A partir deste momento foi necessário estabelecer uma nova estrutura político-administrativa e dentre tantas iniciativas D. João VI instalou os Tribunais de Justiça.⁶

Em 1808, o tribunal de última instância foi transferido para o Rio de Janeiro e denominado “Casa de Suplicação do Brasil”. Nessa época, já se verificava maior complexidade na estrutura do Poder Judiciário que contava, em primeira instância, com ouvidores e juízes com competências diversas.

5 A propósito consultar texto de Kellen Cristina de Andrade Ávila (2019).

6 Além, de criar o Banco do Brasil, o Jardim botânico, inaugurou a Biblioteca Real, nomeou ministros de Estado, estabeleceu ainda as Secretarias Públicas. Consultar texto de Rafael Zimmermann (2014).

Constituição de 1824

Após a proclamação da Independência em 07 de setembro de 1822, foi outorgada a primeira Constituição Brasileira por Dom Pedro I após dissolver a Assembleia, em 1823, por discordâncias acerca das atribuições do poder Executivo e Legislativo.

Apesar de promulgada em 1824, somente começou a ter efetiva aplicabilidade com a instalação do Poder Legislativo, em 1826, e do Supremo Tribunal de Justiça, em 1828, estabelecendo-se os quatro poderes previstos pela Constituição (Art. 163 e 164, Constituição de 1824).

A Constituição de 1824 definia o Brasil como um império com território dividido em Províncias, governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo e, instituía como religião oficial a religião Católica Apostólica Romana.

Pela primeira vez foi consagrada a separação dos poderes, trazendo quatro figuras: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. A leitura mais aprofundada do conjunto normativo torna claro que a separação dos poderes então estipulada só existiu no plano formal-legal, sem qualquer efetividade real, tendo em vista a posição de hierarquia atribuída ao poder Moderador que centralizava todo o poder.

Poder inviolável, não sujeito a qualquer responsabilidade (Art. 99, Constituição de 1824) possuía a capacidade de interferir diretamente em todos os demais poderes, por exemplo, nomeando e demitindo livremente Ministros, Magistrados e Presidentes de cada Província, concedendo perdões judiciais, criando, modificando e revogando leis, escolhendo senadores através de listas tríplexes e, até mesmo, podendo dissolver a Câmara dos Deputados.

Nessa época o Poder Judiciário era poder nacional, tendo em vista a forma simples de Estado, e era composto de Juízes e Jurados, na primeira instância (Art. 151, Constituição de 1824), e pelos Tribunais das Relações, nas Províncias, como órgãos de segunda instância; e do Supremo Tribunal de Justiça, situado na Capital, então no Rio de Janeiro.

Após a Constituição de 1824, outro documento legislativo de relevante importância foi o Código Criminal de 1830, advindo das Câmaras do Império com dificultosa aprovação, sendo objeto de seu conteúdo o princípio da legalidade de Cesare Beccaria, por meio da proporcionalidade do delito à pena. Ainda segundo Zimmermann (2014, p. 85) a pena era exclusiva do condenado, nunca passando para seus descendentes. Esse novo Código representou um avanço em relação às Ordenações do Reino de Portugal, embora preservasse a pena de morte, que, mais tarde, foi modificada pela prisão perpétua. A reforma no sistema judicial dessa época se encerra com o Código de Processo Criminal e o Código Comercial de 1850.⁷

Em 1832, durante o período da regência no Brasil, como visto entrou em vigor o primeiro Código de Processo Criminal que garantiu aos juízes de paz a responsabilidade por prender e julgar a grande maioria dos crimes. Por sua vez, o título 6º da Constituição de 1824 trazia o poder judicial como um poder independente. Apesar disso, o Poder Judiciário gozava de pouca ou quase nenhuma independência frente ao Legislativo, ao Executivo e ao Poder Moderador, uma vez que as autoridades que compunham este Poder, à época “Poder Judicial”, se submetiam ao rigor do centralismo e ao poder do Imperador, não sendo consideradas e quiçá respeitadas suas garantias constitucionais.

⁷ Ainda destaca o autor: O Código de Processo Criminal era inspirado no direito inglês e francês, o que representava o espírito liberal em detrimento das ordenações portuguesas. Teve como inovação o *Habeas Corpus* e o Sistema de Jurados. O Código Comercial atendia aos interesses da elite que, de longe, estava de acordo com as ideias sociais revolucionárias de países considerados os mais evoluídos do Ocidente, representando a mentalidade patriarcal, machista, arrogante, individualista, sem levar em consideração os anseios da maioria da população (ZIMMERMANN, 2014, p. 85-86).

Ademais, uma vez que cabia a Assembleia Geral a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, as funções do Poder Judiciário acabaram sendo absorvidas pelos demais poderes (Art. 15, inciso VIII, Constituição de 1824). Buscava-se ao máximo evitar o monopólio judiciário da função jurisdicional, o que se torna perceptível quando se analisa a importância dada a diminuição do número de causas ajuizadas ao estabelecer a jurisdição voluntária, o “julgamento por arbitragem” que permitia nas causas cíveis e, até mesmo nas penais, a nomeação de Juízes Árbitros pelas partes (Art. 160, Constituição de 1824), bem como a obrigatoriedade de prévia tentativa de “conciliação” como condição para iniciar-se um Processo (Art. 161, Constituição de 1824).

Soma-se a isso o fato de que o Supremo Tribunal de Justiça sequer era considerado uma instância de poder, não possuindo competência para revisar os julgados dos Tribunais situados nas Províncias. Somente a partir de 1875, o Supremo Tribunal de Justiça foi autorizado julgar definitivamente as causas em que concedesse revista, unificando a enorme jurisprudência.

Entretanto, a título de curiosidade, cito algumas das evoluções, ainda, tímidas ocorridas no âmbito do Poder Judiciário e dos Direitos e Garantias Fundamentais, que deram origem a diversos princípios consagrados na Carta Magna de 1988, por exemplo, já se vislumbrava esboços do princípio da publicidade dos atos (Art. 159, Constituição de 1824), do juiz natural (Art. 179, XI, Constituição de 1824) e da responsabilização de Juízes de Direito, bem como os Ofícios de Justiça pelos abusos de poder, e prevaricações, cometidas no exercício de seus Empregos.

Constituição de 1891

Em 15 de novembro de 1889, foi proclamada a República pelo marechal Deodoro da Fonseca. Fruto de ideais de uma minoria conservadora e elitista revoltada com as inclinações do Imperador a abolir a escravidão no Brasil colocou fim ao período imperial e deu início a um Governo provisório sendo o Marechal o primeiro presidente da história do Brasil.

A história do direito no período republicano brasileiro passa, necessariamente pela a primeira Constituição Republicana brasileira de 1891. Com a instalação do governo provisório foi estabelecido as novas diretrizes para o Estado brasileiro, cuja República estabelecia o Regime Representativo, o Presidencialismo e a Forma Federativa de Estado, garantindo, dessa forma, autonomia aos Estados da Federação e aos poderes entre si. Buscava-se garantir uma menor intervenção do poder federal nas esferas dos governos estaduais, uma vez que atribuía competências a cada um dos entes da Federação (Art. 6º, Constituição de 1891).

Em outras palavras, a nova Constituição teve como característica a descentralização dos poderes, centrada no modelo federativo de governo, a concessão de autonomia aos Estados e municípios, e a eleição direta dos membros do executivo e legislativo. Naquele momento a configuração/efetivação do Direito Público, no Brasil sofre densas influências dos movimentos revolucionários Francês (1789) e Americano (1776), assentadas nas filosofias liberais e individualistas. O Estado brasileiro ganhava novas incumbências (CARVALHO, 2002).

Entretanto, a República, apesar de Constitucionalmente prevista, era uma ficção. Isto porque foi instituída no bojo de uma sociedade oligárquica e patrimonialista representando seus ideais. Verificava-se a ausência de verdadeira participação popular no cenário político do país. Prova disso é que, em 1891, como não tinha o apoio do Congresso Nacional, Marechal Deodoro decidiu fechá-lo, dando um golpe de Estado em 3 de novembro, decretando o Estado de Sítio do país.

Verifica-se que a separação de poderes ainda não estava muito delineada. Ora, um único poder poderia dispor dos demais, interferindo em sua autonomia. Ademais, a Constituição de 1891, concentrou todos os poderes no Executivo, deixando o Legislativo encarregado, apenas, de aprovar a legislação financeira. Por sua vez, o Poder Judiciário, não mais Poder Judicial, continuou sem grande expressão. Entretanto, foram conquistadas algumas importantes evoluções na sua área, por exemplo, tornou-se verdadeiro poder independente.

Em 1890 foi criada a Justiça Federal, composta pelo Supremo Tribunal Federal, composto por quinze ministros, e por Juízes Federais. Os Estados e o Distrito Federal formavam uma seção judiciária, com um Juiz Federal e um Juiz Substituto, inamovíveis e nomeados pelo Presidente da República, sendo o primeiro vitalício e o segundo, para um mandato de seis anos. Ademais, magistrados passaram a gozar de garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, (Art. 57, § 1º Constituição de 1891), além de terem suas atribuições aumentadas. O Executivo, por sua vez, deixou de ter competência para suspender os Juízes. Os presidentes dos tribunais passaram a ser eleitos pelos próprios juízes do tribunal.

Ademais, importante avanço foram os Decretos de nº 848 e de nº 1030, promulgados em 1890, organizando a justiça federal e a justiça no Distrito Federal, consagrando a existência de duas jurisdições, a federal (Art. 59,60 Constituição de 1891) e a estadual (Art. 61, Constituição de 1891). Assim, foram instituídas a Justiça Federal, composta pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Juízes Federais e a Justiça Estadual (Art. 55,56, Constituição de 1891).

Os magistrados e Tribunais adquiriram poder para declarar a inconstitucionalidade de leis e decretos em casos concretos, bem como para julgar o próprio Chefe do Executivo nos crimes comuns. Entretanto, apesar dessa ascensão, na prática, ainda prevaleciam os interesses do chefe do Executivo e das oligarquias.

Constituição de 1934 e Constituição de 1937

A Constituição de 1891 durou 40 anos. Em 1934 foi promulgada nova Constituição fruto das Revoluções de 1930 e 1932 que buscava maior intervenção do Estado na vida Social, através do estabelecimento de leis para garantir não somente liberdade, mas também igualdade. Assim, em 16 de novembro de 1934, foi promulgada a Constituição da República.

Logo após, a Assembleia foi transformada em Câmara dos Deputados e, noventa dias depois, foi organizado o Senado Federal.

Tentou-se durante a elaboração do projeto da Constituição terminar com o sistema dualista, ou seja, a divisão entre Justiça Federal e Estadual, entretanto, a ideia não foi aceita.

O Poder Judiciário nesse período passou por uma expansão em sua estrutura. A Constituição de 1934 recepcionou o sistema de divisão de competências, bem como a instituição de justiças especializadas, como a justiça Eleitoral, Militar e o Tribunal Especial e da figura do júri.

O Tribunal Especial composto pelo Presidente da Suprema Corte e mais nove juízes, três da Suprema Corte, três senadores e três deputados, tinha como competência julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros da Suprema Corte, dos Ministros de Estado, quando em conexão com os do Presidente da República (Art. 58, § 7º Constituição de 1934).

A Constituição de 1934 delegou à lei ordinária a criação de Tribunais Federais, conforme o interesse da Justiça (Art. 78,79 Constituição de 1934), vedou a prática de outra função pública aos magistrados, salvo a de magistério (Art. 65 Constituição de 1934), bem como a atividade político-partidária (Art. 66, Constituição de 1934).

Apesar dos avanços, foi a Constituição de menor duração sendo substituída, após um Golpe de Estado, pela Constituição de 10 de novembro de 1937, a Constituição “polaca”, que teve como parâmetro a Constituição Polonesa de 1935.

Em 1937, sob a alegação de perturbação e desordem da paz, bem como de garantir a segurança nacional, Getúlio Vargas efetivou um golpe de estado que deu início a um período de ditadura de oito anos, que somente terminou em 1945. Assim dispunha o preâmbulo da Constituição de 1937:

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País.

O período que ficou conhecido como “Estado Novo”, tratava-se, na verdade, de uma ditadura constitucionalmente prevista, com o fortalecimento dos poderes do Executivo. Marcada pelo autoritarismo, concedia ao governo poderes praticamente ilimitados o que ocasionou a banalização da violência e da violação de direitos humanos pelo aparelho opressor do Estado, denominado “Polícia Especial”.

Fruto de um Golpe de Estado, a Constituição de 1934 apresentou grave retrocesso. A separação dos poderes voltou a ser mera ficção, o que se evidencia, por exemplo, na possibilidade de o Presidente da República adiar as sessões do Parlamento e dissolver o Legislativo - o que, de fato foi feito com o fechamento do Congresso – bem como na intervenção do Presidente nos Estados com a nomeação de governadores (Art. 9º Constituição de 1937), a possibilidade de expedição de decretos-leis sobre matérias de competência legislativa da União no lugar do Parlamento (Art. 13 Constituição de 1937). Era, na verdade, contraditória, pois, ao mesmo tempo em que concedia poderes ao Presidente da República para adiar sessões parlamentares e dissolver o Legislativo responsabilizava-o pelos seus atos, incluindo aqueles que atentassem contra a União, a Constituição e o livre exercício dos poderes políticos.

O Poder Judiciário ficou subordinado ao Executivo. Prova disto é que a decretação de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República ficaria sujeita a apreciação do próprio Presidente que poderia, caso considera-se necessária para ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional devolver a matéria a apreciação do Parlamento que poderia tornar sem efeito a decisão do Tribunal (BRASIL, 1937, art. 96). Ademais, deixou de possuir competência para julgar os crimes cometidos pelo Presidente da República.

Constituição de 1946

Em 1946 foi promulgada nova Constituição, uma tentativa de restaurar os avanços garantidos pela Constituição de 1891 e suprimidos pela Constituição de 1937. É a marca de um novo tempo de redemocratização, de garantia dos direitos fundamentais, de estabilização do pacto federativo e do reforço

à independência dos poderes. Voltou sua atenção para a proteção dos trabalhadores, da ordem econômica, da educação, da família, trouxe a figura do controle difuso de constitucionalidade.

O texto Constitucional de 1946 restaurou a justiça especializada Eleitoral, definindo com maior exatidão e amplitude a sua competência e estabelecendo o voto secreto, o regime de partidos, a representação proporcional, a instituição da suplência. Ademais, criou a Justiça do Trabalho e instituiu o Tribunal Federal de Recursos.

Entretanto, até o Ato Institucional nº 2, de 1965 que restabeleceu a Justiça Federal de primeiro grau, os Juízes Estaduais continuaram a processar e julgar os feitos cuja competência anterior era dos Juízes Federais.

Em 1966 foi editada a Lei nº 5.010, Lei Orgânica da Justiça Federal que foi responsável por estruturar as seções judiciárias estaduais e criar o Conselho da Justiça Federal estabelecendo como cargo inicial o de Juiz Federal Substituto, a ser provido por concurso público.

Constituição de 1967 e Emendas de 1969

A Constituição de 24 de fevereiro de 1967 representa novo retrocesso aos direitos adquiridos nas Constituições anteriores, conservadora, dava maior destaque ao poder executivo. Fruto de um golpe militar surgiu no bojo de conflitos entre movimentos sociais e forças conservadoras na sociedade brasileira.

Em 1964 foi editado o Ato Institucional nº 1, de 1964 que suspendeu as garantias de vitaliciedade e estabilidade, o que implicava dizer que os titulares de cargos na magistratura poderiam ser destituídos do cargo através de investigação sumária, cabendo recurso somente ao Presidente da República.

Em 1965, foi publicado novo Ato Institucional de nº 2 que delegou a competência do julgamento de crimes políticos ou contra a segurança nacional cometidos por civis à Justiça Militar e concedeu preferência às sanções militares sobre as civis. Ademais, atribuem as nomeações de juízes federais ao Presidente da República e excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução Militar e pelo governo federal.

Em 1967, foram suspensas as demais garantias da Magistratura, através do Ato Institucional nº 5. Em termos estruturais não houve mudanças.

Finalmente, entre 1970 e 1980 começou um processo de redemocratização do Brasil. Em 1987 foi convocada nova Assembleia Nacional Constituinte, instalada em fevereiro de 1987 e que culminou com a denominada Constituição cidadã de 1988.

A constituição de 1988 e a nova dimensão do poder judiciário

Em 1988 foi promulgada nova Constituição, após 25 anos de ditadura militar estabelecendo no Brasil o regime mais democrático de toda a história brasileira e a consagração de diversos direitos oriundos de reivindicações sociais. Após uma reestruturação dos poderes e das próprias Forças Armadas, bem como da consagração de direitos fundamentais que sofreram duras violações durante o período ditatorial, como a liberdade de expressão, o direito de ir e vir, a liberdade de reunião. Foi restabelecida a eleição direta no âmbito federal, estadual e municipal, estendeu-se o direito de voto aos analfabetos, e legalizaram-se os partidos clandestinos, com possibilidade de criação de novas agremiações políticas. Houve a extinção da fidelidade partidária e a reabilitação de diretorias sindicais cassadas pelos militares, e o Poder Judiciário

ganhou importância sem precedentes no papel de garantia da ordem democrática.

A Constituição de 1988 garantiu autonomia institucional, administrativa e financeira ao Poder Judiciário, bem como independência funcional aos magistrados. Referida autonomia se concretiza através das garantias outorgadas aos Tribunais: direito a eleição de seus órgãos diretivos, à criação de seus regimentos internos, bem como à organização de suas secretarias, de seus serviços auxiliares, dos juízos que lhes forem vinculados, no poder de elaborar suas propostas orçamentárias (BRASIL, 1988, art. 96, I).

A independência do Poder Judiciário representa verdadeiro marco na consecução de Direitos Humanos, uma vez que exerce papel decisivo na eficácia de direitos fundamentais, servindo de limitador do Poder Estatal. O poder judiciário como promotor da pacificação social é verdadeiro alicerce para solidificar as bases de um Estado Democrático de Direito, garantindo uma prestação positiva do ente Estatal a garantia dos direitos e garantias fundamentais.

Atualmente, o Poder Judiciário, em decorrência dos novos mecanismos atribuídos pela Constituição de 1988, bem como da mentalidade dos magistrados contemporâneos, assume verdadeiro papel político, especialmente, o Supremo Tribunal Federal e, quando se fala em atuação política, quer-se dizer participação na formulação de políticas estatais, através da tomada de decisões que direcionam ações administrativas e legislativas do país, visando melhor amoldá-las nos objetivos constitucionais.

Contrariando o estereótipo de Poder mais fraco, o Poder Judiciário vem atualmente exercendo verdadeiro papel de controle da atuação dos demais Poderes da República, fiscalizando os atos do Legislativo e Executivo de forma independente, apreciando a sua constitucionalidade e legalidade. Ademais, sua atuação vem ganhando não somente uma atuação negativa, de desconstituir atos ilegais ou inconstitucionais, mas também um caráter positivo de determinar a atuação amparada pelo texto Constitucional e por Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Assim, o Poder Judiciário vem assumindo papel de verdadeiro guardião da Constituição, dos direitos e garantias fundamentais, tornando-os efetivos através de reiteradas decisões judiciais, dotadas de poder coercitivo, que impõe ao ente administrativo, por exemplo, a efetivação de programas e metas constituintes para concretizar o direito à saúde, a educação, a previdência social, transporte, lazer, dentre outros.

Entretanto, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, depende não somente da independência do Poder Judiciário e de sua atuação positiva, mas também da facilitação do acesso a este, o que a Constituição traz de forma inovadora, consagrando o princípio do acesso à justiça, direito previsto até mesmo em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, que, acompanhado de garantias como a do juiz natural, do devido processo legal, da celeridade, da ampla defesa e do contraditório, dá maior concretude ao acesso a justiça.

O acesso à justiça é direito humano e essencial ao completo exercício da cidadania. Não abrange somente o acesso ao Poder Judiciário, mas também as instituições de consultoria jurídica, como as Defensorias e Ministério Público, bem como as Procuradorias e Advocacia, em um verdadeiro sistema de justiça face ao caráter de essencialidade de tais órgãos.

A garantia do acesso à justiça se encontra consolidada nos artigos 8º e 25 do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário desde 1992.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter

civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) 'e seguintes omissos

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. 'omisso'.

Verifica-se que o acesso à justiça engloba não somente o direito de peticionar perante o Poder Judiciário, mas o direito a um procedimento imparcial, à defesa técnica, a um prazo razoável, a ser julgado por um juízo competente estabelecido anteriormente por lei, a ter respeitado o princípio da presunção de inocência, ao conhecimento de sua acusação e de seus acusadores, a um recurso eficaz, dentre outros que visam garantir uma proteção eficaz ao tutelado.

Atualmente, entretanto, um dos maiores problemas que se enfrenta é a morosidade do sistema. Tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia e, até mesmo o Supremo Tribunal Federal já se manifestou apresentando elementos para determinar a razoabilidade do prazo para o desenrolar da investigação e do processo.

No caso *Garibaldi vs Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2009) listou quatro elementos: a) complexidade do assunto b) atividade processual do interessado c) conduta das autoridades judiciais d) o efeito gerado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.

Por sua vez, a Corte Europeia já reiterou seu posicionamento nos casos *Hornsby vs. Grécia*, *Martins e Garcia Alves vs. Portugal*, *Ruiz Mateos vs. Espanha* acerca da existência de quatro elementos: a) complexidade do caso; b) comportamento das partes; c) o comportamento da autoridade judicial.

Por último, destacam-se os elementos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 113189, seriam eles: a) pluralidade de réus, b) a expedição de cartas precatórias, c) o ajuizamento de inúmeras medidas liberatórias, d) a existência de outros processos criminais em andamento (BRASIL. STF, 2013).

A existência de vários critérios é benéfica para garantir maior proteção as partes, tendo em vista que a demora desmotivada caracteriza verdadeira denegação de justiça aos jurisdicionados, porém, são necessário meios de garantir que sejam respeitados todos estes elementos no desenvolvimento de todo o processo judicial.

Em 2004, ocorreu a Reforma do Poder Judiciário, através da Emenda Constitucional nº 45, importantes mudanças para o aprimoramento dos serviços que visam garantir direitos fundamentais foram realizadas. Visando dar maior efetividade do princípio da proteção judicial através de uma justiça célere e eficiente, acrescentou a seguinte redação ao art. 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal de 1988: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (BRASIL, 1988).

Entretanto, apesar dos inúmeros avanços já conquistados, muitos empecilhos ainda existem à completa efetividade deste direito social básico, alguns relativos à esfera socioeconômica, outros relativos a aspectos culturais, psicológicos da população e, por fim, a defeitos nas áreas jurídicas e procedimentais.

Os elevados valores dispendidos em lides processuais é um fator que dificulta o acesso à justiça, principalmente no Brasil, país com distribuição de renda desigual. Some-se a isso a duração dos processos que se estendem por anos constituindo verdadeira denegação de justiça. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950), em seu art. 6º, parágrafo 1º, reconhece “que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

Quanto aos problemas de ordem social e cultural, tem-se que o precário acesso a educação resulta no desconhecimento por parte de uma grande parcela da população acerca de seus direitos, afeta sua capacidade de identificar um direito violado e passível de reparação judicial. Ademais, esse desconhecimento acaba por gerar, muitas vezes, um medo infundado das figuras dos servidores que integram o Poder Judiciário, principalmente as figuras de autoridade.

Assim, para que o Poder Judiciário continue fortalecendo seu papel de defensor constitucional, é necessária a resolução desses problemas. Atualmente, vem se consolidando, uma teoria que aponta três soluções para o acesso é a justiça, denominadas “ondas de acesso à justiça”. São elas: a primeira onda - hipossuficientes econômicos -; a segunda onda - interesses transindividuais -; e a terceira onda - novas fórmulas de instrumentos.

A primeira tem como objetivo proporcionar aos pobres, maior acesso ao sistema judicial através da adoção de dois sistemas básicos de atuação: o sistema *Judicare*, que consiste no pagamento de advogados particulares pelo Estado à pessoas de baixa renda, garantindo-lhes representação igual à que teriam se pudessem pagar um advogado; e a contratação de defensores remunerados pelos cofres públicos, que seria o sistema de assistência judiciária gratuita, como conhecemos atualmente no Brasil.

Por sua vez, a denominada “segunda onda” tem como foco criar maneiras mais eficazes de defesa aos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Tendo em vista que se trata de direitos novos, atualíssimos, a solução seria a criação de agências especializadas para tutelar esses direitos, bem como a descentralização dessas ações das mãos do Ministério Público, aumentando o rol de legitimados ativos para defesa destes direitos.

Por último, a terceira onde surge com a intenção de buscar novas alternativas de resolução de conflitos que melhor se adequem a casos concretos onde não se verifica de fato a necessária solução processual, por exemplo, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

A Constituição Federal de 1988 é, não há dúvidas, o mais eficiente instrumento legal pátrio de ampliação da cidadania e das garantias de efetivo acesso à justiça, entretanto, é necessário manter a constante busca de meios alternativos e da implementação do sistema judiciário para garantir o direito fundamental de acesso à justiça.

Considerações Finais

Os avanços visualizados na estrutura do Poder Judiciário ao longo dos anos têm sido notáveis. Passando de um poder sem grande expressividade, à margem dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário se torna um dos principais guardiões do Estado Democrático de Direito. Assume papel de suma importância com a Constituição de 1988 como verdadeiro garantidor das liberdades e garantias individuais. Pois, o próprio Poder Judiciário obteve protagonismo na nova Constituição corroborando com avanços relativos a questões político-institucionais, como a defesa do regime democrático, direitos civis e direitos humanos. Na nova Constituição de 1988 também foram estabelecidos Direitos e Garantias

Fundamentais, mecanismos de freios e contrapesos ao abuso do poder político bem como a repartição dos poderes, sendo estes “independentes e harmônicos” entre si. Sem dúvida que o Estado brasileiro encontrou algumas dificuldades de garantir e proteger os direitos elencados pela constituinte de 1988, mesmo após a criação de uma Constituição republicana e democrática de direitos, mas as dificuldades não o impedem de buscar proteger os direitos humanos da população, a modernidade da Constituição de 1988 não trouxe apenas esperanças, mas também assegurou o estado de direito no qual as pessoas adquiriram o dever com as demais de exercer livremente seus direitos e obrigações correspondentes para reivindicar melhores condições de vida (ZIMMERMANN, 2014, p. 94).

As conquistas contabilizadas pelo Poder Judiciário na construção de uma ordem social mais justa e cidadã, não podem ser, de forma alguma, menosprezadas. Entretanto, diante da dinamicidade do processo social que resulta na criação de novos direitos e, conseqüentemente em novos líderes, se faz imprescindível o desenvolvimento de mecanismos alternativos e mais efetivos à solução das lides processuais, bem como da atuação de forma mais célere dos membros do Poder Judiciário, garantindo a concretização do preceituado na Constituição Federal, bem como em todos os Tratados de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário, pois o Direito cuja expressividade está no Poder Judiciário veio a se constituir na principal ferramenta de combate às injustiças e de garantir as condições de cidadania para toda a população brasileira. Esse deve ser o horizonte buscado pelo poder Judiciário, fortalecido amplamente na CF.

Referências

- ANDERSON, P. **Linhagens do Estado Absolutista**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- ARISTOTELES. **A política**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.
- AQUINO, T. de. **Súmula teológica I**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2009.
- ÁVILA, K. C. de A. **O papel do poder judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12946. Acesso em: 16 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 113189**. Relatora Min. Carmen Lúcia. 2ª Turma. J. 02 abr. 2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23097720/habeas-corpus-hc-113189-rs-stf/inteiro-teor-111569962>. Acesso em: 26 jun. 2016.
- BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 15 jun. 2016.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 15 jun. 2016.
- BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 15 jun. 2016.
- BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Emendas Constitucionais, Atos Complementares, Atos Institucionais. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Emendas Constitucionais, Atos Complementares, Atos Institucionais. Brasília, DF, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 01/69**, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2016.

CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CÍCERO, M. T. **Da República**. Brasília: Kiron, 2011.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica (1969)**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DOS HOMENS (1950). Disponível em: www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 21 jun. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1031540. Acesso em: 29 jun. 2016.

CREMONESE, D. **O liberalismo de Locke: o cidadão com direitos naturais**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos915/liberalismo-locke-direitos/liberalismo-locke-direitos2.shtml>. Acesso em: 16 jun. 2016.

DALLARI, D. de A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em: pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos.../direitos.../declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 25 jun. 2016.

FRITZEN, A. **Compartilhando o conhecimento nas áreas de ética, filosofia e sociologia**. Disponível em: https://sites.google.com/site/alouisiofritzen/Home/artigos_apresentacao/grandes_pensadores_obras, 2013. Acesso em: 06 jul. 2016.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista (1787-1788)**. Rio de Janeiro: Russell, 2013.

LIMONGI, F. P. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. O Federalista, n. 48, fl. 258. 2008. In: WEFFORT, F. C. (org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2004. v. 1.

MALMESBURY, T. H. de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-hobbes-leviathan.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe (1515)**. Penguin. Companhia das Letras. E-book.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf. Acesso em: 20 jun. 2016.

ROUSSEAU, J - J. **Do contrato social**. Ebook Brasil. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2016.

ZIMMERMANN, R. Apontamentos sobre a história do direito no Brasil: Fatos políticos e histórico-sociais. **Revista direito em debate do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijui**, ano XXIII n. 41, jan./jun. 2014.

Recebido em: 06.07.2018

Aprovado em: 12.06.2019