

# A CONSTITUIÇÃO DE 1988, O PODER JUDICIÁRIO E O ACESSO À JUSTIÇA

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques\*

Karim Regina Nascimento Possato\*\*

## INTRODUÇÃO



Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988, denominada de “Constituição Cidadã”, rompe com o regime militar e institui o Estado Democrático de Direito. Pressupõe uma democracia participativa, prestigia a harmonia e a separação dos poderes, confere ao indivíduo um amplo rol de direitos e garantias fundamentais e inclui expressamente a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

O Texto Constitucional ao contemplar uma série de direitos e garantias fundamentais, e principalmente de princípios, pressupôs a existência de um Poder Judiciário ativo na sua função de interpretar e aplicar as normas constitucionais, bem como assegurou todos os meios necessários para que o cidadão possa usufruir do direito de acesso à justiça. Para tanto, dedicou especial destaque às funções essenciais à justiça, bem como ao acesso à justiça erigido como direito individual, cláusula pétrea.

A Constituição de 1988 primou por incluir em seu texto inúmeros princípios que lhe conferem unidade e coerência e que veiculam os valores albergados pela sociedade brasileira. Pode-se afirmar que a abstratividade e generalidade dos princípios

---

\* Professora do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da UNINOVE, São Paulo. Pós-doutoranda pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade Nove de Julho, UNINOVE, São Paulo.

constitucionais que conformam o Estado Democrático de Direito necessitam da atividade interpretativa para dar aplicabilidade a essas normas constitucionais, bem como adaptá-las aos mais diversos momentos de evolução da sociedade. Tal circunstância possibilita uma maior margem de atuação dos juizes na interpretação e na concretização desses princípios constitucionais.

A Constituição é um sistema dinâmico e aberto que se relaciona diretamente com a realidade fática que visa a normatizar, de modo que as mudanças e alterações ocasionadas na sociedade refletem diretamente no ordenamento jurídico que deve, portanto, acompanhar essas transformações. Assevera Celso Bastos:

(...). Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta realidade com ele não se confunde. Ela é do universo do ser, e não do dever ser, do qual o direito faz parte. Ela se desvenda através de ciências próprias, tais como a sociologia, a economia, a política, que formulam regras ou princípios acerca do que existe, e não acerca do que deve existir como se dá com o direito.<sup>1</sup>

Verifica-se que o novo Texto Constitucional permitiu um processo de judicialização das mais diversas questões da vida em sociedade, reforçando o vínculo existente entre Política e Direito. Essa relação é mais evidente no Texto Constitucional que além de ser uma norma jurídica trata de matéria política, sendo na definição de Canotilho “o estatuto jurídico do político”<sup>2</sup>. Tal fato pressupõe uma democracia mais judicializada, é dizer que encontra no Poder Judiciário a sua força regulatória.

De outra parte, ainda que o Poder Judiciário desempenhe esse papel mais ativo, há que se considerar que possui as suas limitações, visto que só pode atuar quando provocado e lhe é vedado ingressar na esfera de competência dos demais Poderes

---

<sup>1</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.43.

<sup>2</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5ªed., Coimbra: Almedina, 1991.

Constituídos, sob pena de violar o próprio Texto Constitucional.

Como dito anteriormente, a Constituição de 1988 ampliou significativamente o acesso à justiça, ao criar a Defensoria Pública, possibilitando que os carenciados tivessem acesso ao Poder Judiciário, ao criar a Advocacia da União e ao ampliar as ações que compõe o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

De igual modo, os princípios presentes no Texto Constitucional possibilitaram também o desenvolvimento dos institutos da mediação, da arbitragem e da conciliação como meios aptos a solucionar os conflitos judiciais existentes, além dos litígios que precedem a judicialização, como medidas de solução pacífica de controvérsias.

De outra parte, observa-se uma atuação exacerbada do Poder Judiciário, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, por meio do ativismo judicial que, na grande maioria das vezes, tem invadido a competência dos Poderes Legislativo e Executivo. Isso vem causando um desequilíbrio na harmonia entre os três poderes e insegurança jurídica à sociedade o que acaba por comprometer o próprio regime democrático.

Por outro lado, o mesmo ativismo permite a atuação judiciária como verdadeiro e legítimo instrumento moderador, desde que pautado na ponderação de princípios e sem ferir o mérito administrativo caracterizado pela conveniência e oportunidade dos desígnios do Estado lançados pelo Poder Executivo, na formação das políticas públicas, e pelo Poder Legislativo, na construção das leis.

Nessa senda, o conceito do direito de acesso à justiça no cenário constitucional ganha relevância na medida em que o ativismo judicial, a participação efetiva dos integrantes do sistema de Justiça e os instrumentos alternativos à jurisdição para pacificação dos conflitos voltam-se à necessária garantia e implementação dos direitos individuais e sociais, especialmente quando se observa a estabilização da democracia ao longo dos

anos da história brasileira.

## 1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO ACESSO À JUSTIÇA NA REPÚBLICA BRASILEIRA

No contexto introdutório explorado até aqui, pode-se extrair duas características que preponderam no texto constitucional: o protagonismo da atividade jurisdicional e a busca pela implementação dos direitos sociais e garantias individuais.

Pode-se inferir disso uma consequência lógica relacionada ao período ditatorial que precedeu a promulgação da Constituição Cidadã, o que seria uma conclusão relativamente rasa, posto que ignoraria o histórico político-social brasileiro desde seus tempos imemoriais.

Por isso, permite-se fazer um recorte temporal com referência no período republicano, instalado no ano de 1889, quando se estabeleceu a República Velha a partir da queda do Império, firmando-se o governo provisório do Marechal Manoel Deodoro da Fonseca. Note-se que o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 proclamou provisoriamente e decretou a República Federativa “aguardando [...] o pronunciamento definitivo do voto da Nação, livremente expressado pelo sufrágio popular”<sup>3</sup> que, efetivamente, ocorreu somente em 21 de abril de 1993, por imposição do artigo 2º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988.

Em 24 de fevereiro de 1891 a Constituição Republicana foi promulgada com dizeres preambulares que anunciaram a organização de um estado sob regime livre e democrático, observando-se que, desde então, já se inscreviam alguns direitos e garantias individuais e coletivos, dentre os quais o direito de petição aos poderes públicos: “É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar

---

<sup>3</sup> Artigo 7º do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889.

abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados”<sup>4</sup>, inserido em uma seção própria denominada “Declaração de Direitos”<sup>5</sup>.

Na mesma carta política, além da drástica mudança na forma de governo e Estado, a separação da Igreja Católica Apostólica Romana, iniciando-se um período de laicidade, e a proteção do direito de locomoção pela instituição do *habeas corpus* merecem nota. Todavia, o início da diminuição das restrições de acesso ao sufrágio e de elegibilidade são um marco importante<sup>6</sup>, apesar de mendigos e analfabetos continuarem impedidos votarem e se elegerem nessa época (artigo 70, § 1º, da Constituição de 1891).

Com a decadência econômica ocorrida na República Velha, a Revolução de 1930 pôs fim ao período, inaugurando nova fase que seria coroada com a Constituição de 1934, que, preambularmente, anunciou o objetivo de se assegurar a justiça e o bem-estar social e econômico. Analfabetos e mendigos continuam a sofrer restrições de acesso ao sufrágio, mas os Direitos e Garantias Individuais ganham notabilidade ao serem insculpidos em capítulo próprio (Capítulo II do Título III: “Dos Direitos e Garantias Individuais”).

É com essa carta política que a assistência judiciária gratuita aos necessitados ganha contornos garantistas, determinando-se a *criação de órgãos especiais* para tanto, além da isenção de “emolumentos, custas, taxas e selos” (artigo 113, item 32: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”).

O mandado de segurança (artigo 113, item 33, 1ª parte)

---

<sup>4</sup> Artigo 72, § 9º, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

<sup>5</sup> Seção II do Título IV (Dos Cidadãos Brasileiros) da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

<sup>6</sup> A Constituição Política do Império, de 1824, impunha, dentre outras restrições o critério financeiro para o exercício do sufrágio (cem mil réis à época, artigo 94) e como condição de elegibilidade (quatrocentos mil réis, artigo 95).

contra violação a direito “certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” também assume tal característica.

A razoável duração dos processos, o direito de obtenção de certidões e a transparência da administração pública são também compilados:

A lei assegurará *o rápido andamento dos processos* nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva (artigo 113, item 35, da Constituição de 1934, grifou-se)

O direito à própria subsistência e da família por meio do trabalho passou a ser impositivo ao Estado: “A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência” (artigo 113, item 34, da Constituição de 1934).

A existência digna passou a ser considerada o norte da Ordem Econômica, orientada, também, pelos “princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional”, limitadores da liberdade econômica<sup>7</sup>.

Nota-se, então, que a atividade econômica passou a sofrer restrições impostas por fundamentos puramente sociais, como a Justiça (sem significar o Poder Judiciário) e a dignidade humana. Assim, o direito de propriedade, garantido pela ordem econômica, passou a ser condicionado por sua função social, devendo amparar-se nesses dois pilares.

Todavia, o grande avanço obtido a partir de 1934 extenuou-se com o período belicoso da 2ª Guerra Mundial. Em 10

---

<sup>7</sup> *Caput* do artigo 115 da Constituição de 1934: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

de novembro de 1937, o presidente Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934 e inaugurou o que se denomina o “Estado Novo”, outorgando a nova ordem constitucional, suprimindo-se a garantia de assistência judiciária gratuita e o direito à rapidez nos processos. Somente em 18 de setembro de 1946, com a promulgação da nova constituição, tais direitos foram reconstituídos, agora em seu artigo 141.

O Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, inaugurou novo regime ditatorial, reafirmando os direitos insculpidos na Constituição de 1946. Todavia, tais direitos deixaram, mais uma vez, de serem observados com Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, promulgada em 24 de janeiro do mesmo ano. Apesar disso, deve-se observar que *a justiça social tornou a ser caracterizada como finalidade da ordem econômica*, pautada, também, na “valorização do trabalho como condição da dignidade humana” e na “função social da propriedade” (artigo 157 da Constituição de 1967).

Note-se que em plena ditadura militar os valores sociais relacionados à justiça e à dignidade humana como limitadores da ordem econômica e da propriedade foram exaltados no texto constitucional, reafirmados em 1969, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro, que, por sua vez, restaurou a garantia constitucional de assistência jurídica aos necessitados (artigo 153).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 retomou os princípios e valores sociais constitucionais, concentrando-os na atual carta política, posto que, como visto, encontraram-se esparsos nos diversos momentos políticos da história do Brasil, porém, nunca totalmente suprimidos.

## 2 O ACESSO À JUSTIÇA NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988,

materializado pela Assembleia Nacional Constituinte, indicou a intenção do poder originário em realinhar o Estado brasileiro com o fim de instituí-lo como um “Estado Democrático, destinado a *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos* de uma sociedade fraterna” (grifou-se).

Nessa linha, o artigo 1º da Constituição Cidadã caracteriza o Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, inscrição que, notadamente, não encerra em si mesma uma concepção fechada, mas principiológica, que decorre de valores, antes de tudo, éticos e morais.

Assim, o Estado Democrático de Direito brasileiro, fundamentado na dignidade humana e tendo como pressuposto a promoção do bem de todos, aponta como um de seus objetivos centrais republicanos (artigo 3º da Constituição de 1988) a construção de uma sociedade livre, *justa* e solidária, em que a garantia do desenvolvimento, a erradicação da pobreza e da marginalização, além da *redução das desigualdades* também consistem em metas a serem perseguidas.

Com isso, os direitos fundamentais e garantias individuais foram posicionados no início da Carta Política, permitindo inferir que sua aplicação constitui finalidade que permeia transversalmente os demais mandamentos constitucionais, cujos objetivos últimos são os insculpidos no já mencionado artigo 3º, donde se destacou a construção de uma sociedade justa.

Assim, pode-se dizer que o conceito de “justiça”, nesse universo, transcende a prestação jurisdicional por si mesma, posto que equiparada a um valor. O acesso à justiça, nesse caso, é muito mais abrangente do que o acesso ao Poder Judiciário, significa a capacidade de acesso a todas as garantias e objetivos do Estado como um todo, é acesso a políticas públicas e aplicação legislativa com foco na dignidade humana, já que o Estado



está declaradamente vocacionado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Desses direitos, objetivamente, pode-se destacar a inafastabilidade do Poder Judiciário da competência para apreciar a lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV), a reafirmação do direito de petição aos poderes públicos com o fim de defender direito próprio ou atuar contra ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”), o direito ao devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), o direito ao contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV); além disso, a garantia de que as demandas ocorram em prazo razoável e com meios garantidores de celeridade (princípio da razoável duração do processo - artigo 5º, inciso LXXVIII<sup>8</sup>), assegurando-se a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, inciso LXXIV), assim como a gratuidade nas ações de *habeas corpus* e *habeas data* (artigo 5º, inciso LXXIV).

Na visão de Piovesan<sup>9</sup>, a necessária busca pela concretização desses direitos se aproxima do que pretendeu o poder constituinte, a verdadeira construção de um Estado de bem-estar social em que se promova o bem de todos.

Nesse contexto, a possibilidade e a capacidade de defesa de tais direitos, além do poder de exigir sua materialização, constitui o verdadeiro direito de acesso à justiça, posto que o recurso ao Estado, especialmente ao Poder Judiciário, assim como aos outros poderes públicos, significa o próprio exercício do direito de defesa dos direitos fundamentais e sociais.

Frise-se que a capacidade de recorrer à justiça e acessá-la é um direito internacionalmente reconhecido como meio de garantia da dignidade da pessoa humana, além de fundamento da “liberdade, da justiça e da paz no mundo”, segundo os dizeres

---

<sup>8</sup> Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.101.

preambulares da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH): “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Por sua vez, a gratuidade da justiça e a assistência jurídica integral (artigo 5º, inciso LXXIV, da CF/88) por meio da Defensoria Pública (artigo 134 da CF/88), assim como os demais direitos explorados anteriormente, como a razoável duração do processo, a garantia do contraditório e da ampla defesa, o direito de petição aos poderes públicos e a inafastabilidade da jurisdição, entre outros, são instrumentos que viabilizam o efetivo acesso à justiça, muito mais como a consecução dos direitos primários correspondentes à própria natureza humana que em si, antes de um direito positivado, caracterizam o acesso à justiça mesmo como um princípio natural.

Por decorrência, ao se falar de capacidade de fazer valer os próprios direitos como forma de acesso à justiça, não há como se afastar a aplicação da prestação jurisdicional como meio de regulação de direitos, como já visto. Mas, na verdade, o que se preza, efetivamente, é a possibilidade de resolução de litígios como forma de distribuição de justiça e, até mesmo, de manutenção da coesão do tecido social. É bem por isso que a viabilização de aplicação de métodos alternativos à jurisdição como forma de resolução de conflitos se alinha ao objetivo do constituinte de 1988.

Igualmente, a interferência da jurisdição nos demais poderes, ou o ativismo judicial, como qualificado anteriormente, ao mesmo tempo que pode ser entendida de forma prejudicial ao pacto federativo, caracterizado pela independência e autonomia entre os poderes estatais, pode, também, ser compreendida como mera consequência da atuação inadequada dos gestores do Estado e de seus Legisladores, muitas vezes caracterizada pela ineficácia na implementação de políticas públicas ou de exercício

da função legislativa; sob esse aspecto o ativismo é positivo.

Portanto, a manutenção do equilíbrio social traduzido pela resolução pacífica dos conflitos, seja judicial ou consensual, e pela ponderação principiológica contextualizada no ativismo judicial praticado pelo Poder Judiciário, consistem em instrumentos de revisão da própria coesão das relações sociais, prevenindo a anomia<sup>10</sup> e o colapso estrutural, como que mecanismos próprios de autoapoiese<sup>11</sup>.

### 3 O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 ao tratar do Poder Judiciário, teve a preocupação de assegurar uma série de garantias à instituição e aos seus membros, com vistas a conferir autonomia e independência no exercício de sua função. Garantiu autonomia funcional, administrativa e financeira ao Poder Judiciário.

O Texto Constitucional também contemplou em seu art. 95 garantias aos magistrados, como vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios. Essas garantias institucionais e dos seus membros tornam o Poder Judiciário mais autônomo e o constituem em um verdadeiro poder político.

Atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal a função de ser o guardião e intérprete da Constituição. Nesse sentido tem-se que o papel por ele desempenhado ganha relevância na medida em que também se constitui como órgão de cúpula do Poder Judiciário e responsável pelo sistema de controle de constitucionalidade misto, que engloba, tanto o controle abstrato, como o controle difuso. Cabe a ele a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais. Importante ressaltar aqui que ao contrário do

---

<sup>10</sup> MERTON, Robert King. *Teoria y Estructura Sociales*. México: FCE, 2004.

<sup>11</sup> MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: UFMG, 2001. Diz-se de mecanismo de retroalimentação que mantém o sistema coeso (no caso se relaciona à biologia, mas o conceito pode ser aplicado a qualquer sistema); ou a capacidade de identificação de alterações externas e a necessária readequação interna do organismo a fim de fazer frente ao novo cenário imposto.

que acontece com a maioria dos tribunais Constitucionais da Europa, o Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Poder Judiciário, nos moldes do sistema americano.

Os Tribunais Constitucionais dos Países europeus, na sua quase totalidade, não integram o Poder Judiciário. Pelo contrário constituem-se em uma espécie de poder moderador, cabendo a eles inclusive zelar pela harmonia entre os poderes e resolver eventuais conflitos entre eles. Isso confere aos Tribunais Constitucionais maior autonomia e liberdade, precipuamente, na apreciação dos casos de conflito entre os poderes.

No caso brasileiro, o fato de o Supremo Tribunal Federal ser órgão de cúpula do Poder Judiciário acaba por, muitas vezes, colocá-lo em confronto com o princípio da separação dos poderes. Algumas de suas decisões resvalam na violação da separação dos poderes, principalmente aquelas que enveredam para o ativismo judicial, como se verá mais à frente.

De outra parte a Constituição adentrou em matérias políticas, na medida em que contemplou diversos temas que seriam melhores tratados em nível infraconstitucional, como a matéria eleitoral. Também se constitucionalizou uma série de direitos, transformando assim eventuais violações ao seu conteúdo em matéria judicial.

Há presença de um amplo rol de direitos sociais suscita a interferência do Poder Judiciário, quando provocado, no caso desses direitos não estarem sendo implementados em consonância com o desiderato constitucional.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, vale frisar que o Brasil adota o sistema misto, ou seja, contempla tanto o difuso (no qual qualquer juiz pode afastar a incidência de uma lei que entenda inconstitucional) e o concentrado (no qual o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei em abstrato com efeito *erga omnes*).

No controle concentrado o Supremo Tribunal Federal atua como legislador negativo, pois retira a eficácia jurídica de

uma lei elaborada pelo Poder Legislativo, ou seja, pelos legítimos representantes do povo. Contudo, ao contrário do controle difuso no qual qualquer pessoa é parte legítima para arguir a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo dentro do processo judicial o controle concentrado só pode ser acionado por determinados legitimados constitucionalmente previstos.

O novo Texto Constitucional expressamente ampliou o rol de legitimados para a propositura de ações diretas no Supremo Tribunal Federal elencados no art. 103. Antes do advento da Constituição Cidadã o único que possuía legitimidade para propor uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal era o Procurador Geral da República. Atualmente, conforme disposto no art. 103 da Constituição, são legitimados: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados; os governadores dos Estados e do Distrito Federal, bem como as assembleias Legislativas estaduais e a Câmara Legislativa do Distrito Federal; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Ao aumentar o rol de legitimados possibilitou-se que mais questões fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se a preocupação do constituinte em ampliar o acesso ao controle concentrado ao contemplar a legitimidade do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como defensor da sociedade, os partidos políticos e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, que são aqueles que mais ajuízam ações diretas de inconstitucionalidade.

Outro aspecto de supina importância foi a ampliação também das ações do controle de abstrato de constitucionalidade que antes do Texto Constitucional de 1988 estava restrito apenas a ação direta de inconstitucionalidade, cujo objetivo era a obtenção de uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Contemplou o novo texto as seguintes ações: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A ação declaratória de constitucionalidade visa a obtenção de uma declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que seja objeto de relevante controvérsia judicial, com o intuito de evitar decisões judiciais em sentido contrário que acabem por dificultar a aplicação da lei ou ato normativo.

A ação de inconstitucionalidade omissão visa evitar a inércia inconstitucional do Poder Legislativo e do Poder Executivo em regulamentar dispositivos da Constituição que façam menção expressa a lei ou ato normativo federal. Trata-se de um valioso instrumento para combater a omissão inconstitucional que tanto desprestigia a força normativa do Texto Constitucional.

Já a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio a suprir as deficiências do sistema de controle concentrado de constitucionalidade na exata medida em que possui um caráter residual, que permite a análise de situações que segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal não eram passíveis de serem apreciadas, tais como: o exame da inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição de 1988, de ato normativo revogado e de leis municipais.

Nesse cenário, possibilitou-se a ampliação da atuação do Supremo Tribunal Federal que antes estava impedido de analisar certas questões. Temas como aborto de feto anencefálico, constitucionalidade da lei de anistia, união homoafetiva passaram a ser objeto de apreciação da Corte Suprema por força da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No tocante à legislação infraconstitucional tem-se a edição das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, que respectivamente tratam do procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental que representaram grande avanço na atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade abstrato.

Ambas as leis contemplam a figura do “amicus curiae” que surgiu no direito americano e possibilita que entidades representativas da sociedade possam se fazer ouvir quando do julgamento dessas ações. Tal circunstância possibilita uma aproximação entre a sociedade e a Corte Suprema, amplia a discussão sobre a inconstitucionalidade dos atos normativos, fazendo com que a sociedade participe desse processo bem como legítima a sua atuação.

Trata-se da aplicação da teoria de Peter Häberle<sup>12</sup> que defende a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, segunda a qual todos aqueles que devem obedecer e respeitar a Constituição também se constituem em intérpretes legítimos de seu texto. Pressupõe, portanto, uma democratização da interpretação constitucional e também confere maior legitimidade a esse processo, pois a sociedade civil passa a integrá-lo.

A Emenda Constitucional n.º 45/05 conhecida como Reforma do Judiciário também introduziu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da súmula vinculante. É dizer, o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões em matéria constitucional, pode de ofício ou por provocação, como quórum de dois terços editar súmula vinculante. O efeito vinculante atinge todo o Poder Judiciário e o Poder Executivo. O instituto permitiu que questões que ficavam afetas apenas ao Poder Judiciário ganhassem maior relevo e repercussão.

Além disso, importante asseverar que a EC n.º 45/05 exerceu grande influência na renovação do conceito de acesso à justiça como medida de promoção de bem-estar social no que diz respeito ao acesso à jurisdição. O reconhecimento do

---

<sup>12</sup> HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.12-16.

princípio constitucional da razoável duração do processo e a equivalência dos tratados e convenções internacionais a emendas constitucionais, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos por três quintos dos votos de seus membros, representam fatores incontrovertidos que se somam à eficácia dos direitos humanos.

Sob o aspecto da eficiência da jurisdição, vale mencionar a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a aprovação da EC nº 45/05, possibilitando, além do controle do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, viabilizando, para tanto, a imposição de medidas de ordem regulamentar ou a recomendação de providências. Lembre-se que, sob tal autorização constitucional, foi editada a Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, que introduziu no cenário nacional a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”, elevando os métodos consensuais de solução de conflitos ao patamar de política pública judiciária.

Soma-se a esse cenário a criação da TV Justiça que transmite ao vivo os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que sociedade participe do processo e se sinta parte integrante dele. Essa transparência também colabora com o controle social exercido sobre a atividade judicial. Recentemente, observa-se que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal têm sido transmitidos ao vivo pelas demais emissoras e são objeto de discussão tanto no meio acadêmico, como no meio jornalístico.

Ademais, a Constituição da República é enfática ao garantir em seu art. 5º o direito de acesso à justiça, como direito individual, cláusula pétreia, impossível de ser suprimido inclusive por meio de emenda constitucional. Cumpre dizer, que no conjunto das modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/04 destaca-se, principalmente, a inclusão do inc. LXXVIII



no rol dos direitos e garantias individuais previstos no art. 5º do Texto Constitucional que dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”<sup>13</sup>

Em face da existência de um direito fundamental à razoável duração do processo, imprescindível se faz que a prestação jurisdicional seja eficaz e rápida. Daí a relevância da atuação do Conselho Nacional da Justiça, também criado pela aludida emenda, na busca dessa eficiência, pois a ele é outorgado pela Constituição, dentre a função de controle a de poder editar atos normativos.

Tratou, portanto, o Texto Constitucional de assegurar o acesso à justiça na sua mais ampla acepção, consistente no direito de ingressar com uma demanda no Poder Judiciário e vê-la apreciada em um tempo razoável.

Todos esses elementos trazidos no bojo do Texto Constitucional demonstram nitidamente no Brasil o crescimento da judicialização da política e ampliam sobremaneira a atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

#### 4 DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Ao se falar em atividade jurisdicional, não se pode afastar o pressuposto de que, ao se demandar o Poder Judiciário, sempre haverá a contraposição de interesses antagônicos que, por sua vez, materializaram-se em uma pretensão resistida sem solução consensual aparente e, por isso, reconhece-se a participação do Estado para, então, decidir a questão. Nesse cenário, a

---

<sup>13</sup> Ensina José Renato Nalini: “Transparece Emenda Constitucional a intenção de combater a única – entre as máculas atribuídas à Justiça brasileira – que pode ser considerada consensual: a morosidade. Todos concordam que a Justiça é excessivamente lenta. Até mesmo os juízes não podem negar essa característica à função encarregada de solucionar controvérsias.” (NALINI, José Renato, “Do Poder judiciário”. In. Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro, coordenadores MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. São Paulo: Revista dos Tribunais/ Centro de Extensão universitária, 2008, p. 397)

composição de um sistema que represente tecnicamente as partes envolvidas no litígio se faz necessária com o fim de garantir a distribuição da Justiça. Bem por isso, a atuação de um advogado ou defensor público representando a parte, do Ministério Público atuante como fiscal da lei e da Advocacia Pública como patrona dos interesses do Estado, constituem funções essenciais à administração da Justiça.

Nesse contexto, tem-se que a ampliação da atuação do Ministério Público, como órgão essencial à justiça e dotado de autonomia (funcional, administrativa e financeira) para evitar a sua subordinação aos demais órgãos estatais. Foram outorgadas garantias tanto ao organismo, como aos seus membros individualmente considerados, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Essa maior autonomia conferida ao Ministério Público possibilitou uma ampliação da sua atuação como defensor da sociedade e das minorias, mulheres, crianças e idosos. Não há negar-se que nos últimos anos o Ministério Público tem se consolidado como instituição destinada a defesa da sociedade e da democracia, bem como dos valores albergados pela Constituição da República.

De igual modo houve a criação da Advocacia Pública que é instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe ainda o exercício de atividades de consultoria e assessoramento jurídico.

Sua criação contribuiu sobremaneira para uma melhor atuação do Poder Judiciário, vez que o este só atua quando provocado. Portanto, questões que antes não eram submetidas aos juízes passaram a sê-lo, na medida em que foram criados e desenvolvidos órgãos para exercer esses direitos e suscitar a controvérsia no âmbito judicial.

A criação da Defensoria Pública como instituição permanente para a defesa dos carenciados, ou sejam daqueles que não

possuem condições financeiras para acionar o Poder Judiciário, também ampliou significativamente o acesso à justiça. Pessoas que antes estavam alijadas do processo judicial por questões econômicas agora com uma instituição dotada de autonomia passaram a poder peticionar aos órgãos judiciais. Cumpre dizer que antes da Constituição de 1988 tal mister ficava a cargo em grande parte dos advogados dativos, advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil para fazerem a defesa dos necessitados e pelo Ministério Público.

A advocacia também vem desempenhando um papel relevante na defesa de democracia e do Estado de Direito, constituindo-se em instituição indispensável para a realização da justiça. Sob outro aspecto, vale, nesse universo, a observação de que, antes da intervenção do Estado por meio da jurisdição, mais adequada a solução consensual do litígio instalado. Assim, a promoção dos meios autocompositivos de resolução de conflitos equivale, também, a medida de distribuição de Justiça que se alinha ao compromisso constitucional de solução pacífica de controvérsias na sua ordem interna.

## 5 DOS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Os meios consensuais de resolução de conflitos relacionam-se, diretamente, ao compromisso preambular constitucional de solução pacífica das controvérsias. Vale dizer, nesse sentido, que o fim almejado pela norma constitucional é de que os litígios sejam, precipuamente, resolvidos de forma pacífica.

Nesse sentido, o contexto de pacificidade não significa a ausência de conflituosidade física, ou mesmo a imposição da vontade particular pela força, mas, na verdade, considerando o pacto social, em que o povo entrega ao Estado a força e o poder de impor aos concidadãos suas resoluções, significa, efetivamente, a busca pelo consenso de forma antecipada à imposição

da decisão pelo Estado por meio da jurisdição.

Note-se que tal inscrição, até então, não esteve ordenada no bojo constitucional, sendo qualidade própria da Constituição Cidadã. Assim, a resolução autocompositiva dos conflitos de forma alternativa à jurisdição, além de cumprir o anseio constitucional relacionado à solução pacífica das controvérsias, alinha-se ao conceito sedimentado no texto constitucional de acesso à justiça como reflexo amplo de uma ordem jurídica justa ao orientar a solução dos litígios pelo consenso.

Nesse sentido, a promoção do acesso a uma ordem de valores justa, em que o próprio cidadão, além do Estado, atue como instrumento garantidor de sua própria dignidade significa a própria caracterização do Estado Democrático de Direito<sup>14</sup>.

Nesse aspecto, vale citar os institutos da conciliação, mediação e arbitragem como mecanismos eficazes de solução pacífica e consensual de controvérsias como formas alternativas à jurisdição.

A despeito do caráter já amplamente discutido no meio acadêmico, pode-se dizer que os dois primeiros, a conciliação e a mediação, dizem respeito a soluções consensuais próprias, enquanto a arbitragem equivale à aquiescência pelos litigantes, em momento anterior ao litígio, que até então pode ser entendido como mera expectativa, a submissão a sentença arbitral proferida por terceiro que não um magistrado representante do poder jurisdicional.

As leis infraconstitucionais regulam tais institutos, sendo que, na atualidade o Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015) e a Lei federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, estabelecem os parâmetros para a conciliação e a mediação, e a Lei federal nº 9.307, de 23 de setembro de

---

<sup>14</sup> POSSATO, Fabio e MAILLART, Adriana. 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República. In: XXII Encontro Nacional do Conpedi/ Unicuritiba, 2013, Paraná, *Os direitos humanos fundamentais de desenvolvimento e acesso à justiça sob o prisma da dignidade humana*. 2013, p. 115-121.

1996, há 22 (vinte e dois) anos dispõe sobre a arbitragem.

Tanto a conciliação como a mediação são regidas inicialmente por mecanismos comuns de consensualidade, sendo características a atuação de um terceiro que facilita a busca pelo consenso e a construção da solução do conflito traduzida pela formulação do acordo entre as partes. Por esse motivo a imparcialidade do facilitador, a oralidade, informalidade, a confidencialidade e a não interferência na autonomia de vontade dos litigantes são princípios que devem ser seguidos na consecução do ajuste.

Todavia, o objeto da pretensão inicialmente resistida e a existência, ou não, de relação continuada entre as partes determina qual instrumento será mais efetivo. Assim, se o objeto da eventual disputa for relacionado a direito material disponível, o acordo poderá ser almejado por meio da conciliação, posto que seu foco é centrado na formação da composição.

Por outro lado, caso o conflito seja caracterizado pela existência de uma relação continuada, permeada, muitas vezes, de carga emocional, tende-se a buscar a mediação como instrumento mais adequado, posto que o foco inicial do tratamento se direciona à manutenção da relação continuada, consistindo o acordo em objeto secundário.

A arbitragem, por sua vez, recai sobre litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. A consensualidade encontra-se presente na medida em que os contratantes, em momento anterior, comprometem-se a se submeter à arbitragem no caso de instalação do litígio. Assim, a resolução de eventual controvérsia por meio da arbitragem dá-se por meio de sentença arbitral com a mesma equivalência da sentença judicial, sem afastar, no entanto, a eventual apreciação do compromisso pelo Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

Não se nega que a Constituição de 1988 consolidou o Estado Democrático de Direito, bem como a garantiu inúmeros direitos fundamentais. Nesses trinta anos de sua vigência tem amparado um período de estabilidade democrática e de fortalecimento das instituições.

Ela possibilitou por meio de seus preceitos uma judicialização da política, na medida em que ampliou as garantias institucionais e dos membros do Poder Judiciário, bem como ampliou às funções essenciais à justiça, o acesso à justiça e também expandiu o sistema de controle de concentrado de constitucionalidade.

Essas inovações aliadas ao caráter principiológico do Texto Constitucional possibilitou uma expansão significativa do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, como intérprete e guardião da Constituição e expandiu o acesso à justiça a grupos que até então estavam excluídos, como os menos favorecidos.

De igual modo o Estado Democrático de Direito instituído pelo Texto Constitucional, pressupõe uma separação de poderes, na qual prevaleça a independência e harmonia entre eles. Deve-se preservar um Poder Judiciário autônomo e eficaz. Todavia, não é possível admitir-se que o Supremo Tribunal Federal venha ele próprio criar normas ou realizar políticas públicas, usurpando competência que é do Poder Legislativo e do Poder Executivo; admite-se, todavia, a intervenção moderada na medida em que, sem extrapolar as competências dos outros poderes, atua como regulador das condutas políticas por aqueles entes traçadas na busca do equilíbrio ponderado dos princípios constitucionais insculpidos na Constituição Cidadã.

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição só se mostra possível com um amplo acesso à justiça, que consiste tanto em assegurar o direito de ingressar com uma ação no Poder Judiciário, como no direito de ter o seu processo julgado em um tempo razoável.

Igualmente, a consecução de políticas públicas voltadas à implementação do acesso à justiça, entendida em sua forma ampla como medida de acesso à uma ordem jurídica justa, traduzida na observância dos direitos fundamentais dos quais a dignidade humana é sua maior expressão, é conduta esperada que vai ao encontro do que preconizou o constituinte de 1988.

Assim, a orientação à solução pacífica das controvérsias por meios alternativos à jurisdição, mormente os caracterizados pela autocomposição, além da atuação efetiva dos responsáveis pelo desempenho das funções essenciais à Justiça e a moderação desse meio pelo desempenho do poder jurisdicional num cenário mais amplo, são referências buscadas na construção do Estado brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, sem se olvidar o histórico reconhecido no período republicano.

Nesse sentido, do ponto de vista normativo a Constituição Federal de 1988 é primorosa ao garantir o acesso à justiça, a razoável duração do processo e o fortalecimento tanto das instituições essenciais à justiça, como o próprio Poder Judiciário.



## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um, novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5ºed., Coimbra: Almedina, 1991.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, São Paulo:

- Landy Editora, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. Os desígnios do Estado e a criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. In: *A Defensoria Pública do Estado de São Paulo: por um acesso democrático à justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- MERTON, Robert King. *Teoria y Estructura Sociales*. México: FCE, 2004.
- NALINI, José Renato, “Do Poder judiciário”. In. *Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. Coordenadores MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. São Paulo: Revista dos Tribunais/ Centro de Extensão universitária, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- POSSATO, Fabio e MAILLART, Adriana. 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República. In: XXII Encontro Nacional do Conpedi/ Unicuritiba, 2013, Paraná, *Os direitos humanos fundamentais de desenvolvimento e acesso à justiça sob o prisma da dignidade humana*. 2013.
- ROUSSEAU, Dominique, La justicia constitucional em



Europa: in *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

TEUBNER, Gunther, *Direito, sistema e policontextualidade*, São Paulo: Unimep, 2005.