

**A ADOÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO MISTO: ENTRE E A
RESSIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES
E A MITIGAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA FACE AO
ENGESSAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO**

**ADOPTION OF MIXED LEGAL SYSTEM: REFRAMING AMONG AND
THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS AND MITIGATION
OF ACCESS TO JUSTICE IN RELATION TO THE JUDICIARY
PLASTERCASTING**

Andréia Garcia Martin

Mestra em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (Bauru/SP).

**Professora do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – Unifev,
das disciplinas de Direito Constitucional, Direito Civil –Parte geral.**

Professora de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu.

Advogada.

Resumo: A Emenda Constitucional n. 45/04 introduziu o fenômeno dos precedentes judiciais obrigatórios no Brasil, sob a nomeação de súmula vinculante, que com origem no sistema jurídico do common law, transformou o sistema jurídico brasileiro em misto, já que soma o common law ao sistema centenariamente adotado em terrae brasilis, o civil law. Com o presente trabalho tem-se a intenção de demonstrar que houve uma ressignificação do Princípio da Separação de Poderes, já que se impede a prestação da garantia de acesso à justiça de forma ampla, face ao engessamento da atuação do Poder Judiciário em grau de recurso, o que controla demasiadamente a função primacial exercida por este Poder, provocando o esvaziamento da função típica de julgar afeita ao Judiciário.

Abstract: Constitutional Amendment. 45/04 introduced the phenomenon of binding judicial precedents in Brazil, on the nomination of stare decisis, which originated in the common law legal system, transformed the Brazilian legal system in mixed, since the sum of the common law system adopted centenariamente terrae brasilis the civil law. The present work has the intention of demonstrating that there has been a redefinition of the Principle of Separation of

Powers, as it prevents the guarantee of access to justice broadly, given the inflexibility of judicial power on appeal, which controls the primary function too exercised by this power, causing the evacuation of the typical function of judging accustomed to the judiciary.

Palavras-Chave: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES; ACESSO À JUSTIÇA. SÚMULA VINCULANTE

Keywords: PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS; ACCESS TO JUSTICE. BINDING PRECEDENT

INTRODUÇÃO

A Reforma do Poder Judiciário, decorrente do Pacto Republicano entre os Poderes de Estado, introduziu no ordenamento jurídico pátrio a figura da Súmula Vinculante (art. 103-A), que refletiu diretamente no princípio da separação orgânica de Poderes nos moldes como fora designado, em que se determinava que competia de forma exclusiva, leia-se típica, a função de julgar os casos concretos postos à sua decisão.

Ademais, estabeleceu-se como inerente a todo cidadão, pela Constituição Federal de 1988 a garantia de acesso à justiça, assentado que diante de lesão ou ameaça a direito, diante de provocação, emulava-se o Poder Judiciário a se manifestar, incluindo nesta atribuição o grau de recurso.

Assim, em virtude da adoção do sistema jurídico misto (common law somado ao civil law), pretende-se demonstrar que o fenômeno dos precedentes obrigatórios acende modificação no princípio da separação dos poderes, com consequente modificação da concretização da garantia de acesso à justiça, tornando-a ineficaz.

1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO NEOCONSTITUCIONALISMO

A teoria da separação orgânica dos poderes teve sua primeira referência na Antiguidade Clássica, nos escritos de Aristóteles. Contudo, foi apenas no século XVIII, com o constitucionalismo, que por força da Revolução Francesa, Montesquieu a desenvolveu, pois além de dizer que o exercício dos poderes Públicos deveriam ser desempenhados por órgãos diversos, definiu quais seriam esses órgãos: Legislativo, Executivo e Judiciário.

A separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes.(DALLARI, 2002, p. 221).

Assim, respectivamente os representantes do povo ou dos Estados-Membros (Congresso Nacional, Assembleia Legislativa, Câmara Legislativa e Câmara dos Vereadores) seria atribuída a função típica de legislar; aos chefes da Administração Pública (União, o Presidente; Estados, os Governadores; Municípios, os Prefeitos) deteriam a função de administrar a coisa pública e de executar políticas públicas; e, os juízes (quer estaduais ou federais, e os Ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário) foi conferida a envergadura de julgar os casos colocados à sua apreciação. Desta forma, “cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros” (CANOTILHO, 2003, p. 114).

Estas atribuições absolutamente distintas a cada órgão do Poder, atualmente, com a presença do neoconstitucionalismo, são tidas como um *fábula*, já que vislumbra-se a predominância do Poder Legislativo, quase sempre invadindo o âmbito reservado aos demais Poderes. Eis que,

o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativos e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes* (SILVA, 2011, p. 109).

Referida colaboração é ponto marcante do neoconstitucionalismo, em que o descaso nos Poderes Legislativo e Executivo em cumprir o elucubrado no Texto Constitucional, abre-se ao Judiciário a função derradeira em proporcionar concretude aos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Diante da abordagem deste princípio compete abordar duas técnicas decorrentes deste, quais sejam: a independência dos poderes e a harmonia entre os poderes.

Pelo primeiro significa que “a) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgão do governo não depende da confiança nem da vontade dos outros; b) que no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais”.(SILVA, 2011, p. 110)

Pela harmonia entre os poderes:

Verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado

cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outros e especialmente dos governados. (SILVA, 2011, p. 110).

Assim, em que pese, vislumbra-se um sistema flexível em que há um *contrabalanceamento* entre os poderes com a finalidade de se manter o laço da unicidade estatal. Este refere-se essencialmente às funções que são atípicas ou mesmo que sejam típicas, fiquem, por *desleixo*, sem cumprimento pelo seu natural titular.

2 OS SISTEMAS JURÍDICOS VERSUS EMENDA 45/04: O SISTEMA HÍDRIDO

Os sistemas jurídicos que possuem maior adoção no mundo, por terem origens nos próprios primórdios do direito, dividem-se basicamente em dois: o sistema do *civil law* que possui suas bases históricas calcadas no direito romano-germânico (prevalente no Brasil, até antes da Emenda 45/04; e, o sistema do *common Law* que desenvolve-se basicamente a partir do século XII possuindo como fonte primária a jurisprudência.

Desta forma, com a alteração constitucional manteve-se o modelo anterior, em que se adota como fonte primária do direito a lei, e introduziu-se o sistema dos precedentes obrigatórios no mesmo patamar ocupado pelas leis.

Os argumentos empregados para a propositura do Projeto de Emenda Constitucional eram reentrantes, focado na questão central a morosidade do Judiciário para julgar, em virtude das estruturas processuais *arcaicas*. Uma crítica processual sempre realizada era em relação à repetição das demandas em sede recursal, o que atravancava as instâncias superiores com questões repetidas.

3 SÚMULA VINCULANTE: O ENGESSAMENTO DA FUNÇÃO TÍPICA DO PODER JUDICIÁRIO

A Emenda Constitucional de 45/2004 introduziu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da súmula vinculante, através do artigo 103-A, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

De lá para cá, o Supremo Tribunal Federal, nos moldes do acima citado artigo, tem editado súmulas que vinculam a toda a administração pública do país e ao Poder Judiciário à sua aplicação, acirrando as provocações em torno da mitigação da garantia de acesso à justiça como expediente derradeiro a decisões tidas como injustas por uma das partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação dos Poderes estatais padece de um mal que açoita a sociedade em geral, especialmente aquela desempenhada pelo Poder Judiciário. Desta forma, com o intuito de solapar a morosidade da justiça implantou-se o instituto das súmulas vinculantes que são decorrentes de várias decisões no mesmo sentido que possibilitam sua gravação como obrigatórias a todos que tem casos semelhantes e que batem às portas do Judiciário.

Contudo, em que pese sua grandiosa finalidade que é desafogar o Judiciário, sua adoção provoca *inebriantes* injustiças, pois mitiga a garantia de acesso à justiça, deixando a atividade inerente ao Poder Judiciário *presa* a determinações sumulares, impedindo a atividade criativa do julgador e rechaçando o mais mínimo dos direitos, de *produzir* a justiça no caso concreto a todos que buscam o Judiciário. É como se uma fonte do direito, inferior à lei, impedisse que a prestação jurisdicional decorrente uma lesão ou ameaça aos direitos constitucionalmente estabelecidos ocorresse.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Globo, 1962, p. 177.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lênio. O FAHRENHEIT SUMULAR DO BRASIL: O CONTROLE PANÓPTICO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2013.